Michael Kißener, Andreas Roth
Justiz im Umbruch

Michael Kißener, Andreas Roth

Justiz im Umbruch

Die Geschichte des Bundesgerichtshofes 1950 bis 1965

Band 1

Das Gericht

Von Michael Kißener

DE GRUYTER
OLDENBOURG

ISBN 978-3-11-145532-7
e-ISBN (PDF) 978-3-11-145635-5
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-145642-3
DOI https://10.1515/9783111456355

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Nicht-kommerziell - Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz. Weitere Informationen finden Sie unter https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/.

Library of Congress Control Number: 2024940621

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar.

© 2025 bei den Autoren, publiziert von Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Dieses Buch ist als Open-Access-Publikation verfügbar über www.degruyter.com
Coverabbildung: Grafische Darstellung des Erbgroßherzoglichen Palais in Karlsruhe, Hauptgebäude am Sitz des BGH. © Nathalie Oesterle
Satz: bsix information exchange GmbH, Braunschweig
Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

www.degruyter.com

Vorwort

Unser Buch über die Geschichte des Bundesgerichtshofes 1950 bis 1965 hat eine lange Vorgeschichte. Sie hat 2017 begonnen in ersten Gesprächen mit der Präsidentin des Bundesgerichtshofes Bettina Limperg und dem damaligen Präsidialrichter Rüdiger Pamp über die Möglichkeit einer drittmittelfinanzierten Aufarbeitung der Vergangenheit dieses höchsten deutschen Gerichts in Zivil- und Strafsachen. Seitdem existieren ein kontinuierlicher Kontakt und Austausch mit der Leitung des Bundesgerichtshofes sowie eine unablässige Förderung unserer historischen Bemühungen, für die wir mehr als dankbar sind. Ohne diese außerordentliche Unterstützung und das lebhafte historische Interesse des BGHs wäre dieses Buch nicht denkbar gewesen.

Die ersten Überlegungen, bei denen uns Dr. Vaios Kalogrias durch intensive archivische und bibliographische Recherchen geholfen hat, führten zunächst zur Sichtung von umfänglichen Generalaktenbeständen im BGH-Kellergeschoss in Karlsruhe, die anders als viele Fallakten bislang noch nicht in das Bundesarchiv gekommen waren. Mit Unterstützung des Bundesarchivs und der fachkundigen Hilfe von Dr. Claudia Zenker-Oertel sowie der Registraturleitung des BGH, Anne Zumpf, gelang es unserem langjährigen Mitarbeiter Dr. Matthias Gemählich in einem ersten großen Arbeitsschritt, diese Akten zu sichten und die historisch wertvollen Bestände in das Bundesarchiv zu überführen, wo sie seitdem der Forschung zur Verfügung stehen.[1] Tatkräftige Unterstützung etwa beim Auffinden nicht veröffentlichter Entscheidungen erhielten wir in der BGH-Bibliothek von Dr. Marcus Obert und Helgrid Söder. Ihnen und allen an diesen Arbeiten beteiligten Personen im BGH wie im Bundesarchiv und an der Universität Mainz sei an dieser Stelle für die im Sinne weiterer Forschung nachhaltigen Bemühungen herzlich gedankt.

Ab 2019 hat dann eine intensive Arbeitsphase begonnen, an der Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker ebenso beteiligt waren wie Zeithistorikerinnen und Zeithistoriker. All unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, namentlich Matthias Gemählich, Alina Herrmann, Torben Schneider, Felix Maskow und Julia Tilentzidis sei Dank gesagt für ihr Engagement, für ihren Rechercheeifer und für viele Entdeckungen in Quellen und Literatur, die wir ohne ihre Hilfe sicher nicht gemacht hätten. Nicht zu vergessen sind auch viele Söhne und Töchter der hier thematisierten BGH-Richter, die uns mit ihren Erinnerungen und privaten Nachlässen ihrer Väter sehr geholfen haben. Und ohne die administrative Unterstützung unserer Sekretariate, Anita Graf, Iris Berber und Daniela Hernig, wären wir im Abrechnungsdschungel der vielen Archivreisen sicher verloren gewesen.

Ein wichtiger Baustein in dieser Phase war auch die Gewährung von Forschungsfreisemestern, die es uns ermöglicht haben, frei von Lehrverpflichtungen auch während des Semesters uns der Forschung an der Geschichte des BGH zu widmen. Daher

1 Zenker-Oertel/Kißener, Die Geschichte des Bundesgerichtshofs, S. 27–31.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-201

danken wir den Dekanaten der Fachbereiche 03 und 07 der Johannes Gutenberg-Universität für die Gewährung dieser „Auszeiten“ ebenso wie dem Gutenberg Forschungskolleg.

Eingewoben in unsere Arbeit war auch die Auseinandersetzung um eine höchst umstrittene Gedenktafel für ehemalige Reichsgerichtsräte, die in NKWD-Lagern nach 1945 umgekommen sind. Sie befindet sich im ersten Geschoss des Erbgroßherzoglichen Palais in Karlsruhe und ist zunehmend problematisch geworden, weil heute klar ist, dass die meisten Geehrten auch in die Unrechtsjustiz des NS-Staates verwickelt waren. Um hier Transparenz für den weiteren Umgang mit diesem schwierigen „Erbe“ zu schaffen, wurde im Juni 2022 in Karlsruhe ein wissenschaftliches Kolloquium durchgeführt, dessen Erträge in einer eigenen Publikation festgehalten wurden.[2]

Sodann hat das Bundesarchiv uns Gelegenheit gegeben, erste Erträge unserer Forschungen einer breiteren Öffentlichkeit vorzustellen.[3] Dafür sei ebenso gedankt wie für die archivfachliche Betreuung nicht nur im Bundesarchiv sowie fachliche Gespräche, die wir mit den Projektgruppen in Leipzig, wo derzeit die Geschichte des Bundesverwaltungsgerichts aufgearbeitet wird, und vor allem mit der Arbeitsgruppe „Bundesverfassungsgericht“ am Institut für Zeitgeschichte (Berlin) unter Leitung von Frieder Günther führen konnten. Dieser Austausch war anregend und fruchtbar auch für unsere Arbeit. Und auch den vielen anderen Landes-, Stadt- und Universitätsarchiven, die wir konsultieren durften, sei mit Nachdruck gedankt. Stellvertretend für viele wollen wir ausdrücklich Andreas Vetter vom Hörfunkarchiv des SWR danken, der unter anderem eine längst verschollen geglaubte Hörfunkaufnahme der feierlichen Eröffnung des Bundesgerichtshofes in seinem Archiv für uns aufgefunden hat.

In der Endphase, der Drucklegung der Arbeit, hat uns der Verlag de Gruyter, insbesondere Sophie Wagenhofer und Bettina Neuhoff, dankenswerterweise unterstützt und uns davon überzeugt, dass neben der Printversion unserer Veröffentlichung zeitgleich eine Open-Access-Version erscheint, die jedem Interessierten offen steht und in der nach Begriffen, Orten und Personen denkbar leicht gesucht werden kann. Wir haben aus diesem Grund auf das sonst übliche Register für eine wissenschaftliche Publikation verzichten können. Sabrina Odelga hat sodann in bewährter Weise die formale Überarbeitung der Texte übernommen. Das ist keine leichte, vor allem eine nervenaufreibende Aufgabe, die sie hervorragend gemeistert hat und für die wir ihr herzlich danken. In den Veröffentlichungsprozess waren auch zahlreiche Korrekturleserinnen und Korrekturleser einbezogen, die, auch wenn sie wegen ihrer Vielzahl ungenannt bleiben müssen, sich bedankt fühlen mögen. Sie haben uns auch geholfen, den schwie-

2 Limperg/Kißener/Roth, Entsorgung der Vergangenheit? Wichtige Ergänzungen dazu liefert neuerdings Weinke, Erinnerung vor Gericht, S. 62–75.

3 Symposium des Bundesarchivs zur analogen und digitalen Überlieferung, URL: https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Veranstaltungen/2023-04-24_symposium.html [abgerufen am 31.5.2024]; siehe ebenso: Neue Richter braucht das Land, URL: https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Veranstaltungen/2023-07-20_vortrag-kissener.html [abgerufen am 31.5.2024].

rigen Spagat zwischen den Fachkulturen (Rechtsgeschichte-Zeitgeschichte), der sich auch im rein Formalen wiederfindet, zu meistern. In aller Regel haben wir versucht, die formalen Usancen beider Fachkulturen zu berücksichtigen, wodurch auf den ersten Blick manche Uneinheitlichkeit etwa in der Zitierung von Fachliteratur auffallen mag, die aber (so hoffen wir) beim zweiten Blick als Respektierung eingeübter fachlicher Arbeitsweisen verständlich werden wird.

Am Ende eines so langen Forschungs- und Publikationsprozesses fühlen wir uns so vielen Helferinnen und Helfern, Unterstützerinnen und Unterstützern zu Dank verpflichtet, dass wir sie hier nicht alle aufführen können – sie mögen sich in jedem Fall mitgedacht und mit„bedankt“ fühlen.

In diesen Dank einschließen wollen wir aber auch unsere Familien, die ein solches Großprojekt, das uns über Jahre hinweg intensiv bewegt hat, in vielen Erzählungen und Diskussionen in freien Stunden mit „ertragen“ haben. Ihnen seien diese Bände gewidmet.

Michael Kißener; Andreas Roth
Mainz, im Juni 2024

Inhaltsverzeichnis
Band 1: Das Gericht

Vorwort —— V

I. Einleitung —— 1

Start mit Hindernissen – Die Last der Tradition und Transformation – Ziele – Anlage und Aufbau der Studie – Forschungsstand – Quellenlage

II. Das Gericht und sein Personal

1 Vorgeschichte —— 17

1.1 Justiz in Trümmern —— **17**
Die deutsche Justiz bei Kriegsende – Die Justiz im Denken des deutschen Widerstands – Die Justiz in den Planungen der alliierten Besatzungsbehörden

1.2 Justiz im Aufbau —— **28**
Diskussionen im Parlamentarischen Rat – Die Dritte Staatsgewalt im Grundgesetz

2 Die Gründung des Bundesgerichtshofes —— 33

2.1 Köln oder Karlsruhe oder …? —— **33**
Optionen – Dehlers „Sieg“

2.2 Bau und feierliche Eröffnung des Bundesgerichtshofes —— **42**
Umbau des Erbgroßherzoglichen Palais – Feierliche Eröffnung am 8. Oktober 1950

2.3 Der innere Aufbau des Bundesgerichtshofes —— **50**
Senate und Geschäftsordnung – Arbeitsweise und innere Verwaltungsstruktur – Die Bibliothek – Der Haushalt – Rechtsanwaltschaft und richterliche Hilfskräfte – Wünsche und Realität der Aufbauzeit

2.4 Der Bundesgerichtshof in Raumnot —— **66**
Erste Erweiterungsmaßnahmen – Zweite Erweiterungsphase – Wohnungen für die Richter

2.5 Traditionslasten —— **77**
75 Jahre Reichsgericht – Die Robe – Eine schwierige Gedenktafel

3 Das Personal —— 91

3.1 Auswahl im Richterwahlausschuss —— **91**
Einflüsse auf die Richterwahl? – Gründung und Zusammensetzung des Richterwahlausschusses – Die Arbeit des Richterwahlausschusses – Der Fall Staff – Der Fall Creifelds

3.2 Die „neuen-alten“ Richter: Prägungen und Erfahrungen —— **114**

3.2.1 Familiäre und politische Sozialisation bis 1933 —— **116**
Herkunft – Konfession und Familie – Politische Aktivität vor 1933

3.2.2 Erfahrung des NS-Staates — **124**
Mitgliedschaft in der NSDAP – Kollaboration im Auftreten – Anpassungen in der Publizistik – Mitwirkung in Organen der NS-Unrechtsjustiz – Zwei umstrittene Zweifelsfälle: Dürig und Geiger – Widerständigkeit gegen den Nationalsozialismus – Verfolgte Richter

3.2.3 Kriegserfahrungen — **166**
Reserveoffiziere, Unteroffiziere und Mannschaftsdienstgrade – Wehrmachtsverwaltung und Wehrmachtsgerichtsbarkeit – Die Fälle Hülle, Kanter und Mantel – Verwundung, Gefangenschaft und Verlusterfahrungen

3.2.4 Entnazifizierung — **190**
„Straf"- und Ersatzarbeit – Entlastungs- und Belastungszeugnisse – Reaktionen auf die Entnazifizierung – Aktive Aufarbeitung der Vergangenheit

4 Der BGH in der jungen bundesdeutschen Demokratie — 204

4.1 Richter für *welche* Demokratie? — **204**
Umstrittene Adenauer-Zeit – Nachkriegsdemokratie in Westeuropa

4.2 Die Qualifikationen eines Bundesrichters — **207**
Fachliche Exzellenz und Arbeitsethos – Charakter, Äußeres und andere Qualifikationen – Worüber die Dienstbeurteilung sich ausschwieg …

4.3 Auf dem Weg zum Richter in der demokratischen Gesellschaft — **216**
Politisches und kirchliches Engagement – Öffentliches und zivilgesellschaftliches Engagement

4.4 Richterleitbilder am Bundesgerichtshof — **224**
Definition – Hans-Eberhard Rotbergs und Günther Willms' Richterleitbild – Hermann Weinkauffs Richterleitbild – Kulturpessimistische Positionen – Aufbrüche – Richterleitbild und Grundgesetz

4.5 Die Präsidenten des BGH und ihre Richterinnen/Richter — **241**
Hermann Weinkauff – Bruno Heusinger – Robert Fischer – Personalgewinnung – Richterinnen – Korpsgeist und Kollegialität – Disziplin

4.6 Richter unter Beobachtung — **277**
BGH und Presse – Die „Blutrichterkampagne" und die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz" – Der BGH als wissenschaftliches Untersuchungsobjekt

4.7 Kein zweites Leipzig: Vom höchstrichterlichen Alltag in Karlsruhe — **303**
Vorbild Reichsgericht – Soziale Lage der BGH-Richterschaft – Das „Wirtschaftswunder" und die Richter – Arbeitsalltag und Arbeitslast

4.8 Über den Zusammenhang von Richterbiographie und Urteilspraxis — **327**

4.9 Von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen — **335**
Geschichte und Bedeutung einer Denkfigur – Der belastete Wertkonservative, der Aufarbeiter, der Politiker

III. Fazit — 341

Abkürzungsverzeichnis — 349

Quellen- und Literaturverzeichnis — 352

Register

Dieses Werk erscheint auch als Open Access Publikation und ist online nach jedem Begriff durchsuchbar. PDF-Datei unter URL: https://10.1515/9783111456355

Inhaltsverzeichnis
Band 2: Die Rechtsprechung

I. Einleitung — 1

II. Das Gericht und seine Rechtsprechung

1 Die Schatten der Vergangenheit — 7

1.1 Versuch einer Distanzierung vom Nationalsozialismus — **7**

1.2 Die Bestrafung des NS-Unrechts — **13**

1.2.1 Ein Täter – Millionen Gehilfen? — **14**

1.2.2 Was damals rechtens war, kann heute doch nicht Unrecht sein — **22**
Rechtfertigende Normen des nationalsozialistischen-Staates – Handeln auf Befehl – Weitere Versuche der Rechtfertigung

1.2.3 Schuldlosigkeit wegen Rechtsblindheit? — **28**

1.2.4 Der Dolch des Mörders unter der Robe des Richters – das Justizunrecht — **33**
Rechtsbeugung – ein Privileg für die Justiz? – Richter als Täter entlarvt, aber nicht verurteilt – Der Fall Rehse – Standgerichte – Fazit zum Richterunrecht

1.2.5 Ein Schlussstrich? – die Verjährungsfrage — **55**
Die „kalte Amnestie“ im Jahr 1968 – Rassenhass als persönliches Merkmal – Die Hemmung der Verjährung

1.2.6 Fazit — **64**

1.2.7 Das Verbot der Doppelbestrafung — **65**

1.3 Die Entschädigung der Opfer — **68**

1.3.1 Wiedergutmachung, Rückerstattung, Entschädigung – was gilt für wen? — **69**

1.3.2 Die Verfolgung aus politischen Gründen (§ 1 Abs. 1 Alt. 1 BEG) — **72**
Der Zeitpunkt der Verfolgung – Die politische Verfolgung – Einschränkungen beim Verfolgtenbegriff – Die politische Motivation der Verfolger

1.3.3 Verfolgung aus Gründen der Rasse, der Religion oder der Weltanschauung — **82**
Jüdische Verfolgte – Sinti und Roma – Verfolgte aus Osteuropa – Zeugen Jehovas, Astrologen

1.3.4 Die Verantwortlichkeit des deutschen Staates — **90**

1.3.5 Ausschluss für Nationalsozialisten und Kommunisten — **93**

1.3.6 Die zu ersetzenden Schäden — **99**
Verfolgungseigentümlichkeit des Schadens – Gesundheit und Tod – Soforthilfe für Ausgewanderte/Deportierte – Scheidung als Ausschluss der Rente? – Auswanderung als Schaden – Zwischen Deportation und Auswanderung – der Ausbildungsschaden – Vermögensschäden
1.3.7 Flüchtlinge nach der Genfer Konvention — **115**
1.3.8 Fazit — **117**

2 Staatsschutz im Ost-West-Konflikt — 120
2.1 Einleitung — **120**
2.2 Spione, nicht nur im Kanzleramt — **122**
2.3 Der oberste Verfassungsschützer – ein Landesverräter? — **124**
2.4 Wiedervereinigung als Hochverrat — **132**
2.5 „Wühlarbeit“ für die DDR — **137**
2.5.1 Die Organisationsdelikte in den ersten Jahren — **137**
2.5.2 Die Zeit nach dem KPD-Verbot — **140**
2.5.3 Das Bundesverfassungsgericht greift ein — **144**
2.6 Die politischen Druckschriften — **148**
2.7 Ein verräterischer Spiegel? — **149**
2.8 Ein *whistleblower* und das illegale Staatsgeheimnis — **152**
2.9 Der Senat und die Strafverteidiger — **154**
2.10 Nationalsozialisten und Neonazis — **156**
2.11 Die Strafen — **158**
2.12 Fazit — **160**

3 Ehe, Familie, Erbe — 167
3.1 Die bürgerliche Ehe — **167**
3.2 Sind Männer und Frauen gleichberechtigt? — **171**
3.3 Die Scheidung — **174**
3.3.1 Die Scheidung wegen Verschuldens — **175**
3.3.2 Der Scheidungsgrund der Krankheit eines Ehegatten — **178**
3.3.3 Die Zerrüttungsscheidung – „Bis dass der Tod euch scheidet?“ — **180**
Die Voraussetzungen – Sittliche Rechtfertigung – Der Ausweg: Scheidung bei einer „Fehlehe“ – Schicksalhafte Trennungen, neue Beziehungen – Umdenken in den 1960er Jahren? – Fazit zur Zerrüttungsscheidung
3.3.4 Unterhaltsvereinbarungen als Druckmittel? — **199**
3.4 Vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe — **200**
3.5 Das Kindschaftsrecht — **204**
3.5.1 Die Abstammung — **204**
3.5.2 Das Sorgerecht — **208**

3.6 Adoption — **211**
3.7 Vormundschaft/Pflegschaft — **213**
3.8 Das Erbrecht — **215**
3.8.1 Altfälle — **215**
3.8.2 Unsittliche Testamente — **217**
3.8.3 Der Hoferbe — **221**
3.9 Fazit — **222**

4 Die Auswirkungen des „Wirtschaftswunders“ — 224
4.1 Die Währungsreform — **224**
4.2 Das Handels- und Gesellschaftsrecht — **226**
4.2.1 Nachwirkungen der NS-Zeit — **226**
4.2.2 Traditionelles beim Kaufmann/ Rechtsfortbildung bei den Personengesellschaften — **229**
Die faktische Gesellschaft – Ausschluss von Gesellschaftern
4.2.3 Besonderheiten der Kapitalgesellschaften — **235**
4.3 Der faire Wettbewerb als Motor des Aufschwungs — **238**
4.3.1 Die Firma/ das Warenzeichen — **239**
4.3.2 Die Werbung — **241**
Werbekampagnen – Vergleichende Werbung
4.3.3 Unzulässige Absprachen — **245**
4.4 Kreditsicherheiten — **247**
4.5 Der Verbraucherschutz — **250**
4.5.1 Das Kleingedruckte — **250**
4.5.2 Die Produzentenhaftung — **254**
4.5.3 Abzahlungsgeschäfte — **257**
4.5.4 Versicherungen, Banken und Makler — **259**
4.6 Urheberrecht, gewerblicher Rechtsschutz — **261**
4.6.1 Techniken der Vervielfältigung — **262**
4.6.2 Der Rundfunk — **263**
4.6.3 Urheberrecht außerhalb der Musik — **265**
4.7 Fazit — **266**

5 Der Alltag in der Nachkriegsgesellschaft – Sexualität, Gesundheit, Wohnen, Schule, Mobilität — 268
5.1 Sexualität – „Unsittlichkeit“ vor dem Strafrichter — **268**
5.1.1 Homosexualität — **269**
5.1.2 Weitere Fälle von „Unzucht“ — **273**
Sex mit Abhängigen – Inzest – „Schundliteratur“ – Restriktive Tendenzen

5.1.3 Prostitution/ Kuppelei — **280**
„Verlobtenkuppelei“ – Das Kondom im Automaten
5.1.4 Schließung von Strafbarkeitslücken — **286**
5.1.5 Fazit — **287**
5.2 Gesundheitsfragen — **288**
5.2.1 Einwilligung in ärztliche Heileingriffe — **288**
5.2.2 Unsittlichkeit der Einwilligung? — **290**
5.2.3 Bestimmung der Reichweite des Rechtsguts „Gesundheit“ — **291**
5.2.4 Das vergessene Skalpell – Die Frage der Beweislast — **291**
5.2.5 Psychische Erkrankungen — **293**
5.2.6 Die Schwangerschaftsunterbrechung — **294**
5.3 Das traute Heim — **298**
5.3.1 Probleme beim Wiederaufbau — **298**
5.3.2 Das Mietrecht — **300**
5.4 Die Schule — **305**
5.4.1 Das Züchtigungsrecht — **305**
Das elterliche Vorbild – Das Züchtigungsrecht für Lehrer
5.4.2 Rechtfertigung durch Gewohnheitsrecht — **308**
5.4.3 „Eine kleine Ohrfeige hat noch nie geschadet“ — **311**
5.5 Deutschland wird mobil — **314**
5.5.1 Die Regeln für den Straßenverkehr — **314**
5.5.2 Das KfZ-Schadensersatzrecht — **320**
Die Haftung – Die Schadensberechnung – Mehrere Schädiger – Fazit

6 Der BGH und die Grundrechte — 326
6.1 Die Grundrechtsschranken – Das Beispiel der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) — **328**
6.2 Männer und Frauen sind gleichberechtigt — **330**
6.3 Die Staatshaftung — **337**
6.3.1 Die Amtshaftung — **337**
6.3.2 Die Enteignung — **339**
6.3.3 Die Aufopferung — **342**
6.3.4 Der Gewerbebetrieb — **344**
6.4 Die Anwendung der Grundrechte im Zivilrecht — **346**
6.4.1 Der *ordre publique* – Ein Einfallstor für die Grundrechte in das Privatrecht? — **346**
6.4.2 Die Anfänge der unmittelbaren Grundrechtsanwendung — **349**
6.4.3 Die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts — **350**
6.4.4 Die Ausweitung des Persönlichkeitsrechts — **351**

6.4.5 Die Abwägung verschiedener Grundrechte — **353**

6.4.6 Fazit — **356**

6.5 Die Justizgrundrechte – Die Rückkehr zu rechtsstaatlichen Verfahren — **356**

6.5.1 Die Verfahrensgrundsätze — **356**
Der gesetzliche Richter – Die Öffentlichkeit der Verfahren – Unmittelbarkeit / Mündlichkeit des Strafverfahrens – Rechte des Angeklagten / rechtliches Gehör – Verbotene Vernehmungsmethoden

6.5.2 Die richterliche Beweiswürdigung — **364**
Eigene Sachkunde? – Die Vaterschaftsgutachten

6.5.3 Die Durchbrechung der Rechtskraft — **369**

6.6 Die Kontroverse zwischen dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht — **370**

III. Schlussfazit — 377

Abkürzungsverzeichnis — 384

Quellen- und Literaturverzeichnis — 387

I. Einleitung

Am 8. Oktober 1950 wurde das oberste Gericht für Zivil- und Strafsachen in der Bundesrepublik Deutschland, der Bundesgerichtshof in Karlsruhe, eröffnet.[1] Die mit Rücksicht auf den Terminkalender des Bundespräsidenten geplanten Feierlichkeiten für das seit rund einer Woche schon arbeitende Gericht liefen nicht wirklich nach Plan – in der Rückschau mag man das fast wie ein schlechtes Omen ansehen, das gleichsam einen schwierigen Beginn des neuen Bundesgerichts vorausgedeutet hat.[2]

Start mit Hindernissen

Bundespräsident Theodor Heuss traf kurz nach zehn Uhr mit einem Salonwagen, der an den regulären D-Zug angehängt war, in Karlsruhe ein, doch von dem üblichen Empfangskomitee am Bahnhof war weit und breit nichts zu sehen. Oberbürgermeister Friedrich Töpper, dem der genaue Zeitpunkt der Ankunft des Staatsoberhauptes nicht mitgeteilt worden war, hatte so früh noch gar nicht mit Heuss gerechnet und beeilte sich, den mittlerweile abgehängten und auf ein totes Gleis rangierten Salonwagen quer über alle Gleise laufend zu erreichen. Langweilig dürfte es Heuss beim Warten freilich nicht geworden sein, denn eine Pfälzer Musik- und Tanzgruppe, die zufällig zur gleichen Zeit angekommen war und umsteigen wollte, erkannte das Staatsoberhaupt, eilte auf das Abstellgleis und unterhielt den Bundespräsidenten spontan mit Musik und Tanz, was Heuss „sichtlich Freude“ gemacht haben soll. Als sich Heuss dann auf den kurzen Weg zum Erbgroßherzoglichen Palais, der Residenz des neuen Gerichts, machte, hatten sich einige hundert Menschen am Bahnhof versammelt, die ihm freudig zujubelten. Ganz ungetrübt blieb aber auch dieser Jubel nicht: Auf dem Weg zum Bundesgerichtshof nutzten nicht wenige überzeugte Anhänger der badischen Eigenstaatlichkeit die Gelegenheit, um durch eine Beflaggung mit der badischen gelb-rot-gelben Flagge und nicht, wie es beim Besuch des Staatsoberhauptes zu erwarten gewesen wäre, mit der schwarz-rot-goldenen Bundesflagge, ihren Protest gegen die mit einer Probeabstimmung wenige Tage zuvor eingeleitete Südweststaatsbildung Ausdruck zu verleihen. Überall in der Stadt waren Handzettel verteilt worden, die gegen die Haltung des Bundes in der Südweststaatsfrage polemisierten.[3]

1 Ein bedeutungsvoller Tag, in: *Badische Abendzeitung*, 9.10.1950: „Es gibt wohl kaum einen Tag in der verhältnismäßig jungen Geschichte der Stadt Karlsruhe, der so bedeutungsvoll gewesen ist wie der 8.10.1950“.

2 Rolf Lamprecht, Ehrenvorsitzender der Justizpressekonferenz Karlsruhe, sprach 2015 angesichts von Fehlberufungen, Skandalen und politischen Belastungen am BGH von einem „unrühmlichen Start des Bundesgerichtshofes“. S. Lamprecht, Der unrühmliche Start, in: *NJW* (2005), S. 2941–2944.

3 Das rechte Recht, in: *BNN*, 9.10.1950.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-001

Der Festakt selbst verlief glücklicherweise ganz nach Plan: Unter den Augen einer breiten politischen Prominenz sprachen der Bundespräsident, Bundesjustizminister Thomas Dehler und der gerade erst vereidigte Präsident des BGH Hermann Weinkauff, eingerahmt von musikalischer Begleitung: Geboten wurde das dritte Brandenburgische Konzert von Johann Sebastian Bach. Der vom Südwestdeutschen Rundfunk übertragene Festakt[4] endete mit einem großen Empfang in der Staatlichen Kunstgalerie und einer Festaufführung im Karlsruher Theater, zu der auch die Karlsruher Bürger Zugang hatten.

Die Last der Tradition und Transformation

Der inhaltlich bedeutendste und über Jahrzehnte nachwirkende Mittelpunkt dieser Feierlichkeiten wurde die von Bundesjustizminister Dehler in seiner Eröffnungsrede betonte Traditionslinie, in die er das doch eigentlich neue und der demokratischen Rechtsordnung des Grundgesetzes verpflichtete Gericht stellte: Der Bundesgerichtshof und seine Richter sollten sich als Hüter der ganz unkritisch betrachteten, „großartigen“ Tradition des in der Kaiserzeit gegründeten Leipziger Reichsgerichts sehen und diese nach Kräften fortsetzen.

Immer wieder wurde in der Folgezeit dieser Gründungsauftrag beschworen, die Leipziger Tradition betont, dem vermeintlich großen, fast unerreichbaren Vorbild von vielen Richtern nachgeeifert. Doch der Mythos dieses angeblich so vorbildhaften Reichsgerichtes sollte in den kommenden Jahren und Jahrzehnten zunehmend Risse zeigen, der beschleunigte Wandel des 20. Jahrhunderts stellte mit seinen ständig neuen Problemlagen die Karlsruher Richter vor nie gekannte Herausforderungen, das leuchtende Vorbild verblasste. So wurde der Weg zur Eigenständigkeit, ja eigenen Tradition dieses neuen Gerichtes im neuen demokratischen Rechtsstaat der Bundesrepublik frei. Ging damit auch eine allmähliche Wandlung des Gerichts, seiner Richter und ihres Selbstverständnisses sowie mehr und mehr auch ihrer Rechtsprechung einher?

Von dieser schwierigen, oft mühsamen, zögerlichen und an retardierenden Momenten reichen Veränderung handelt dieses Buch. Es versucht, den Prozess eines an Rückschlägen nicht armen Anverwandlungsprozesses demokratischer Denk- und Handlungsweisen durch eine Justizelite nachzuzeichnen und zu analysieren, die aufgrund ihrer belastenden politischen Erfahrungen und generationellen Prägung zwischen Kaiserreich und junger bundesdeutscher Demokratie keineswegs dazu prädestiniert war, die Demokratie des Grundgesetzes in einen neuen modernen Rechtsstaat westlicher Prägung zu implementieren. Werner Lautmann hat 1972 in seiner rechtssoziologischen Untersuchung die Justiz nicht als dritte, sondern als „stille Gewalt“ bezeichnet, weil ihre Arbeit in aller Regel (zumindest vermeintlich) weit stiller vonstat-

4 SWR Hörfunkarchiv, W0404963, Live-Übertragung des Festaktes zur Eröffnung des BGH in Karlsruhe, 8.10.1950.

ten geht als die der Exekutive oder Legislative.[5] Diese Perspektive trägt in erweitertem Sinn auch in diesem Zusammenhang, weil auch Veränderungen in der Justiz im Allgemeinen und hier im BGH im Besonderen – aus unterschiedlichsten Gründen – meist eher allmählich und gleichsam lautlos erfolgen. Gab es eine solche „lautlose" Veränderung der „stillen Gewalt" des BGH, welcher Art war sie, und was waren ihre Antriebskräfte?[6] So zu fragen, impliziert, die Geschichte der bundesdeutschen Justiz nicht als lineare Erfolgsgeschichte zu erzählen, sondern vielmehr den Prozess einer in vielfacher Hinsicht konservativen „Adaption[en] und Anverwandlung[en] von ‚Demokratisierung'" ins Blickfeld zu rücken.[7]

Mit dieser Fragestellung lässt sich dieses Buch auch als empirischer Beitrag am Beispiel der deutschen Nachkriegszeit zur (amerikanisch dominierten) Transitions- und (deutschen) Transformationsforschung in der Politikwissenschaft lesen, die seit den 1990er Jahren verstärkt Demokratisierungsprozesse nach dem Ende autoritärer oder totalitärer Regime untersucht. In dem dabei angewandten dreiphasigen Modell – „1. Ende des alten Regimes, 2. Institutionalisierung der Demokratie, 3. Konsolidierung der Demokratie" – fällt der hier beleuchtete Prozess in die dritte Phase und fokussiert ein bislang kaum untersuchtes, aber zentral wichtiges Element: die Etablierung der *Rule of Law*, also die Sicherstellung „einer die individuellen und kollektiven Rechte schützenden Rechtsstaatlichkeit" im modernen Sinn, die ab 1950 eine Kernaufgabe des BGH darstellte.[8] Zugleich verstehen sich die nachfolgenden Ausführungen als Versuch, die von Ulrich Herbert formulierte These von der „Fundamentalliberalisierung" der deutschen Gesellschaft in den 1950er und 1960er Jahren am Beispiel der Geschichte des BGH zu überprüfen. Nach Herbert stellen die „Veränderung von politischen Einstellungen, Mentalitäten, Lebensweisen und kulturellen Normen und Traditionsbezügen […] in der Regel sehr langfristige Prozesse" dar, „die sich oft unmerklich und uneinheitlich über Jahrzehnte hinweg vollziehen. In der Bundesrepublik aber sind solche Wandlungsprozesse innerhalb einer Zeitspanne von weniger als 25 Jahren, noch dazu mit nachhaltigen Auswirkungen zu beobachten" gewesen. Zugleich konzediert er, dass dieser Prozess „beschleunigende und verlangsamende Faktoren" hatte, die im Einzelfall herauszuarbeiten wären. Ob sich die Entwicklung des BGH mit dieser Interpretation der deutschen Nachkriegszeit verstehen lässt, zumal Herbert dabei die vergleichsweise rasche Überwindung eines breit nachwirkenden Überhangs an nationalsozialistisch inspirierten Wertvorstellungen in der Nachkriegsgesellschaft annimmt, wird zu prüfen sein.[9]

---

5 Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, S. 13.

6 Nach Perels, Das juristische Erbe, S. 34 gab es keine „Erfolgsgeschichte des demokratischen Rechtsstaates" in der deutschen Justiz.

7 Weinke, Alles noch schlimmer, URL: https://zeitgeschichte-online.de/Kommentar/alles-noch-schlimmer-als-ohnehin-gedacht. [abgerufen am 23.4.2024].

8 Schmädeke, Politische Regimewechsel, S. 110, 141.

9 Herbert, Liberalisierung als Lernprozeß, S. 7–49, hier S. 8 f.

Ziele

Die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen soll zugleich im Rahmen einer Darstellung erfolgen, die erstmalig den Aufbau und die Entwicklung des obersten deutschen Bundesgerichts für Zivil- und Strafsachen umfassend untersucht und dabei zeithistorische wie rechtsgeschichtliche Perspektiven miteinander verbindet. Es wird folglich nicht darum gehen, nur einzelnen Biographien und politischen Belastungen der in den ersten rund 15 bis 20 Jahren hier arbeitenden Juristinnen und Juristen nachzugehen. Sondern auf der Basis einer bereits existierenden sehr reichhaltigen zeit- wie rechtshistorischen Forschung sowie neuer Quellenbefunde soll ein facettenreiches Gesamtbild über die Errichtung und Arbeit dieses Gerichts entworfen werden, das auch die NS-Vergangenheit des richterlichen Personals beleuchtet, diese aber kontextualisiert und mit vielfältigen Perspektiven der Aufbauzeit in Verbindung bringt. Auf diesem Weg lässt sich vielleicht die oft schon formulierte offene Frage, warum es nicht gelungen ist, nach 1945 wenigstens in der obersten Gerichtsbarkeit nur mit Unbelasteten zu arbeiten,[10] beantworten und klären, ob es wirklich einen bedeutenden Unterschied in der Personalrekrutierung zwischen dem BGH und dem Bundesverfassungsgericht gegeben hat.[11]

Ebenso soll es im zweiten Teil dieses Buches auch nicht darum gehen, aus der ungeheuren Fülle der zivil- wie strafrechtlichen Entscheidungen dieses Gerichts der vergangenen fast 75 Jahre nur einzelne schon oft thematisierte und skandalisierte Urteile erneut herauszugreifen, sondern es muss vielmehr der Versuch unternommen werden, diese einzuordnen in den breiten Strom der Rechtsprechung und die Frage zu beantworten, inwiefern diese typisch für das Gericht und seine Richterinnen und Richter waren, ob und inwiefern sich allmähliche Veränderungen ergaben und worin deren Ursache liegt. Damit soll in keiner Weise einer Nivellierung oder gar Rechtfertigung von Urteilen etwa aus dem Bereich der Wiedergutmachungsrechtsprechung, der politischen Justiz oder der Strafrechtsprechung gegen Richter, die im Nationalsozialismus Unrechtsurteile verfasst haben, Vorschub geleistet werden, haben diese doch

10 S. etwa Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 335: „Völlig unverständlich bleibt dennoch, dass es der Bundesrepublik nicht gelungen ist, zumindest beim Aufbau der Obergerichte zu Beginn der 1950er Jahre – durch Emigranten, in der NS-Zeit aus dem Dienst Entlassenen, ausgewählte Vertreter der Anwaltschaft und erst nach 1945 Examinierten – weitgehend nur Unbelastete ins Amt des Bundesrichters zu erheben."

11 S. etwa Kramer, Willi Geiger, S. 103, Fn. 86: „Im Zusammenhang muss man wissen, dass die allermeisten BGH-Richter jener Jahre aus der NS-Zeit schwer belastet waren, während das BVerfG u. a. mit vielen Remigranten durchweg von personellen Kontinuitäten freigeblieben war." Es geht mithin nicht um eine weitere „Nazizählerei" (Bajohr/Hürter), sondern im Gegenteil im Sinne von Frank Bajohr und Johannes Hürter um die Frage, „welche sachlichen Inhalte, Weltbilder und Handlungsmuster sich an bestimmte Personen und ihre Wiederverwendung nach 1945 knüpften – oder auch losgelöst von einzelnen Akteuren als nicht personelle, sondern sachliche Kontinuitäten die Praxis beeinflussten." S. Bajohr/Hürter, Auftragsforschung „NS-Belastung", S. 221–233, hier S. 231 f. sowie Creuzberger/Geppert, Die Ämter. Zwischenbilanz, S. 183–199, hier S. 184.

mittlerweile auch bei späteren Präsidenten und der amtierenden Präsidentin des BGH hinreichendes Unverständnis und Distanzierung hervorgerufen.[12] Vielmehr muss es hier darum gehen, zu erforschen und zu verstehen, wie es zu solchen Urteilen und richterlichem Verhalten kommen konnte und wie repräsentativ diese für die Arbeit auch anderer Senate des Gerichts waren. Insoweit reiht sich dieses Buch in die jüngere Behördenforschung ein,[13] die mittlerweile auch verschiedene Justizbehörden erfasst hat – zu nennen wäre hier beispielhaft nur die jüngst erschienene Studie über die Entstehungsgeschichte des Bundessozialgerichts.[14] Doch es geht darüber hinaus um Weiteres: Es soll nämlich die leitende Frage im Hintergrund stehen, ob und inwiefern es trotz mancher ja schon gut erforschter schwerwiegender Belastungen etlicher Richter und allgemein schwieriger Ausgangsbedingungen gelingen konnte, am Ende einen funktionierenden Rechtsstaat aufzubauen, an dessen Gelingen nach der überwiegenden Meinung vieler Zeit- wie Rechtshistoriker auch der Bundesgerichtshof seinen Anteil gehabt hat[15] – oder, auf eine griffige Formel gebracht: Wurde aus Karlsruhe nun ein zweites Leipzig oder gerade nicht? Frieder Günther hat in seiner Arbeit über die deutsche Staatsrechtslehre 1949 bis 1970 betont, dass ein Vorzug des Grundgesetzes darin bestanden habe, dass es als Mischung aus amerikanischen Einflüssen und älteren deutschen Traditionen jene Entwicklungsoffenheit geboten hat, auf deren Grundlage sich plurale Grundhaltungen weiterentwickeln und zu einer neuen Tradition formen konnten.[16] Hatte dies im Konkreten auch Auswirkungen auf die Entwicklung des BGH? Und wenn dem so ist: Welche Wirkfaktoren lassen sich denn identifizieren, die die Entwicklung des BGH in einer sich ja auch erst allmählich formierenden modernen Demokratie der Bundesrepublik vorangetrieben haben?

Anlage und Aufbau der Studie

Um diese Fragen zu beantworten, bedarf es einer umfassenderen Perspektive auf den Bundesgerichtshof und seine Arbeit, die auch alltags- und kulturgeschichtliche Ansät-

12 Präsidentin des Bundesgerichtshofes/Zentralrat Deutscher Sinti und Roma, Doppeltes Unrecht; Hirsch, Ansprache, S. 13–17, hier S. 15.

13 S. beispielhaft: Braun/u. a., Das Kanzleramt; Creuzberger/Geppert, Die Ämter; Mentel/ Weise, Die zentralen deutschen Behörden; Sabrow/ Mentel, Das Auswärtige Amt.

14 Rudloff/Miquel, Das Bundessozialgericht.

15 Die Auffassung von Godau-Schüttke, die er als erkenntnisleitendes Interesse seines ganzen Buches über den BGH einleitend formuliert, dass nämlich dem BGH, anders als vielfach angenommen, kein „entscheidender Anteil am Aufbau einer demokratischen Justiz zu verdanken“ sei, ist bislang jedenfalls von der einschlägigen Forschung nicht übernommen worden. S. Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 19. Zur Gegenposition s. etwa Fischer, Bundesgerichtshof als Reichsgericht?, S. 62; Jähnke, Aufräumen und neu beginnen, S. 129–151, hier S. 151 oder früh schon der Vorsitzende des Deutschen Richterbundes Meuschel, Dem Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1960), S. 301 bzw. Odersky, 40 Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1990), S. 365–366.

16 Günther, Denken vom Staat her, S. 81.

ze, die Situierung des BGH im badischen Umfeld, die Arbeitsrealität der Richterinnen und Richter sowie das sich verändernde richterliche Selbstverständnis im Blick behält. Rechtsprechung als Hauptaufgabe dieses höchsten deutschen Gerichtes war und ist nie ein rein technokratischer Akt, sondern von einer Vielzahl an Bedingungsfaktoren bestimmt, die in den persönlichen Voraussetzungen der Richterinnen und Richter ebenso zu suchen sind wie etwa in den Rahmenbedingungen ihrer Tätigkeit vor Ort, ihren Lebensumständen, einem sich wandelnden beruflichen Umfeld oder dem sich verändernden Zeitgeist. Die Organisationssoziologie wie auch moderne Ansätze einer Kulturgeschichte der Verwaltung betonen zu Recht, dass die „Frage nach der Subjektivität der Beamten und deren Beziehung zum Verwaltungssystem von Interesse“ ist. „Dabei muß man die Beziehung zwischen Persönlichkeit und Organisation in den Kontext einer umfassenden Analyse der Verwaltung als eines Systems stellen, zu dem andere Systeme mit ihren spezifischen Diskursen und Praktiken eine Umwelt darstellen.“[17] Was in dieser Hinsicht für die moderne Verwaltung gilt, gilt *mutatis mutandis* auch für die moderne Justiz.

Es ist daher zunächst auf die Entstehung dieses neuen Gerichtes im Rahmen der Konstituierung des westdeutschen Teilstaates 1945 bis 1949 einzugehen und sodann die Errichtung und Einrichtung des BGH in Karlsruhe zu analysieren. Auch die Bau- und Organisationsgeschichte des BGH erscheint hier von Bedeutung, weil sie die Rahmenbedingungen richterlicher Tätigkeit nachhaltig prägten und den „Geist“ der Gründungszeit widerspiegeln. Zentral für die Arbeit eines Gerichts ist zweifellos das richterliche Personal, dessen Auswahl ebenso wie dessen quantitative und qualitative Analyse im Mittelpunkt des dritten Hauptkapitels stehen wird. Entscheidend ist freilich bei solchen Untersuchungen die Erfassung des Erfahrungshintergrundes, den die Richter in ihr neues Amt mitbrachten und der mitentscheidend sein musste für die Wahrnehmung ihrer Funktion im Sinne des Grundgesetzes.

Zweifellos sind an die Richter des BGH nach 1949 besonders hohe Erwartungen gerichtet worden, und ihre tragende Rolle für die Gestaltung der Demokratie ist schon im Parlamentarischen Rat breit diskutiert worden. So gilt es, die womöglich allmähliche Anpassung der Richter an diesen Erwartungshorizont zu erfassen, um auf diesem Weg zu erkunden, wann und wie Veränderungen auch kleinerer Art sich schon im Laufe der 1950er Jahre gezeigt haben, bevor sich, wie allgemein angenommen, um 1968 dann eine fundamentale Zäsur zeigt.[18] Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Arbeit der Richter nicht nur durch berufliche Anforderungen bestimmt wird, sondern auch zumindest teilweise Ausfluss von sich verändernden Lebens- und Zeitumständen, des Wertewandels, auch in der eigenen Familie, aber auch unter dem Druck ei-

17 Becker, Überlegungen, in: *JEV* (1989), S. 330. S. a. Beer/Güttler/Ruhkopf, Behördenforschung, S. 639, die in Anlehnung an Frank Bösch und Andreas Wirsching Verwaltungskultur als Zusammenspiel von Mentalitäten, Kommunikationsformen und sozialen Praktiken definieren.

18 Kauffmann, Zur Konstruktion des Richterberufs, S. 52. Zur Wende der späten 1960er und 1970er Jahre siehe Requate, Der Kampf um die Demokratisierung.

ner öffentlichen Beobachtung des richterlichen Handelns ist. Selbst wenn man, wie in der Verwaltungssoziologie, davon ausgeht, dass auch die Richter des BGH gerade in der Anfangszeit des Gerichts Rollenerwartungen einzuhalten hatten, die „durch die Identifikation des Beamten mit der Organisation als auch durch eine systematische Sozialisation, in der sich persönlichkeitsbildende und persönlichkeitsverformende Elemente vermengen" erfüllt wurden, gilt andererseits doch auch, dass diesen Prozess eine gewisse Kontingenz und Offenheit auszeichneten, die auf die unterschiedlichen Umweltbedingungen und auf unterschiedliche Strategien der Akteure zurückzuführen sind, „sich an die Umwelt des Verwaltungssystems und an ihre eigene historisch, sozial und kulturell definierte Umwelt anzupassen." „Normative Vorgaben und die Organisation von Arbeitsabläufen" haben insoweit „eine strukturierende, aber keine determinierende Auswirkung auf die Praktiken und Weltsicht der Beamten."[19]

Damit eröffnen sich Untersuchungsperspektiven auf den Wandel von Einstellungen und Haltungen, vor allem auch von Praktiken im beruflichen wie privaten Bereich, die es in diesem Zusammenhang über den Rahmen der im engeren Sinne rein juristischen Tätigkeit hinaus zu berücksichtigen und zu erforschen gilt. Denn: Praktiken tragen bei „zur sozialen Konstruktion von Wirklichkeit."[20] Eben deshalb blickt dieses Buch auch auf das, was die Richter des BGH außerhalb ihres Dienstes in Karlsruhe taten und was das „Richter-Sein am BGH" in Karlsruhe im Alltag ausmachte, ja auch inwiefern die Veränderungen in Wirtschaft und Gesellschaft im Nachkriegsdeutschland auf die Richter und ihren Alltag eingewirkt und damit ihre Tätigkeit mittelbar beeinflusst haben. Ein praxeologischer Blick auf die ersten beiden Jahrzehnte der Geschichte des BGH verspricht also bei zentral wichtigen Teilthemen einen Erkenntnisfortschritt und vor allem einen entideologisierten Blick auf das Geschehene, der Veränderungsprozesse beschreiben und analysieren, vor allem aber nicht politisch motivierte Thesen über das oberste deutsche Gericht in Zivil- und Strafsachen produzieren will.

Quellen, die solche Beobachtungen zulassen, die eine gewisse Materialität, Prozessualität und Historizität aufweisen und sie damit zu Praktiken und nicht individuellen Handlungen machen, sind nicht seriell überliefert, in dem zu diesem Buch umfänglich eruierten Quellenmaterial aber durchaus zu finden und mit Gewinn auswertbar, vor allem im Bereich des Beurteilungswesens oder im Arbeitsalltag des Revisionsverfahrens. Zudem konnten aber auch 17 Kinder der hier untersuchten, meist schon lange verstorbenen Bundesrichter ausfindig gemacht werden (das heißt ca. 10 Prozent der untersuchten Grundgesamtheit), die in Zeitzeugeninterviews befragt wurden, und wichtige Erinnerungen über den beruflichen wie privaten Alltag der Bundesrichter mitteilen konnten. Darüber hinaus steht für die hier angestrebten Forschungen ein breiter Fundus klassischer schriftlicher Quellen ebenso zur Verfügung wie eine seit

19 Becker, Überlegungen, in: *JEV* (1989), S. 333–334.
20 Elias/u. a., Hinführung, S. 3.

Gründung des BGH geradezu ausgeuferte zeit- wie rechtshistorische, aber auch vielfach rein publizistische Literaturbasis.

Forschungsstand

Es ist schier unmöglich, in einem überschaubaren Rahmen diese zeit- wie rechtshistorische Publikationsflut auch nur annähernd und hinreichend differenziert zu analysieren, allenfalls lassen sich im Folgenden Schwerpunkte und Forschungstendenzen ansprechen.[21] Allem anderen voran ist die Aufarbeitung der NS-Zeit im und durch den BGH zum Gegenstand von Beiträgen, meist in Aufsatzform, gemacht worden. Die oft kurzen, nicht selten essayistischen Aufsätze kreisen um die Themen einer angeblich vergangenheitspolitisch belasteten Richterauswahl im Allgemeinen,[22] um die Biographien einzelner politisch belasteter Richterpersönlichkeiten[23] und um die BGH-Rechtsprechung zu vergangenheitspolitischen Problemen[24] oder auch die Kontinuitätslinien zu vorangegangenen Gerichtshöfen.[25] Hin und wieder ist auch die eigentliche Nachkriegsgeschichte des BGH zumindest in Teilen schon thematisch aufgegriffen worden, so zum Beispiel das Fortwirken älterer Rechtsprechungstraditionen in der BGH-Judikatur,[26] die Vorgeschichte des BGH im Obersten Gerichtshof für die Britische Zone,[27] das der frühen Rechtsprechung zugrunde liegende Gesellschaftsbild,[28] aber auch das Zusammenspiel der obersten Bundesgerichte.[29] Die Spannbreite und das fortdauernde Interesse an diesen Themen macht exemplarisch der bereits in den 1960er Jahren unternommene Versuch, die Soziologie der obersten Richter der Bundesrepublik Deutschland ganz allgemein zu erfassen[30] ebenso deutlich wie eine 2015 publizierte Studie, die die Kontinuitätslinien zwischen Reichsgericht und Bundesgerichtshof eruieren will.[31]

Darüber hinaus fällt auf, dass die Richter des BGH oder interessierte Außenstehende in verschiedenen Zeitabschnitten immer wieder versucht haben, die Arbeit

21 Einen neuen, allgemeinen und groben Überblick zur Entwicklung der Geschichtsschreibung über die justizielle Aufarbeitung der NS-Zeit bietet: Weinke, Der Nationalsozialismus vor Gericht, S. 55–78.
22 Z. B. Bästlein, „Nazi-Blutrichter als Stützen des Adenauer-Regimes“, S. 408 ff.
23 Z. B. Flotho, Bruno Heusinger, S. 349 ff.
24 S. beispielhaft und verschiedene Perspektiven beleuchtend Limperg, Die langen Schatten, S. 159–166 oder Begalke/Fröhlich/Glienke, Der halbierte Rechtsstaat.
25 Z. B. Pauli, Volksgerichtshof und Bundesgerichtshof.
26 Z. B. Pauli, Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes.
27 Z. B. Grieß, „Im Namen des Rechts“; Ohlenroth, Der Oberste Gerichtshof; Pöpken, Vergangenheitspolitik.
28 Ohe, Das Gesellschaftsbild des Bundesgerichtshofs.
29 Z. B. Faller, Bundesverfassungsgericht, in: *AöR* (1990), S. 185–211.
30 S. Feest, Die Bundesrichter, S. 95 ff.; später etwa Richter, Zur soziologischen Struktur.
31 Fischer, Bundesgerichtshof als Reichsgericht?, S. 43 ff. S. auch Schubert/Glöckner, Vom Reichsgericht zum Bundesgerichtshof, S. 2971–2976.

und die spezifische Rechtsprechung einzelner Senate des BGH resümierend zu erfassen. Solche zumeist kurzen Texte blicken zum Beispiel auf die zehnjährige Tätigkeit des Gerichtshofes zurück[32] oder fassen feierliche Ereignisse des BGH und die zu diesen Anlässen gehaltenen Reden zusammen. Selten finden sich Arbeiten zur Baugeschichte der BGH-Gebäude[33] oder zur Organisations- und Verwaltungsgeschichte des obersten Gerichtes.[34] Die Frage nach dem Sitz der neuen Institution[35] ist ansatzweise untersucht worden, ebenso der Aufbau der Bibliothek des BGH.[36]

In einer jüngeren Publikation über die Entwicklung der Rechtsstaatlichkeit in der Bundesrepublik, die insbesondere die obersten Bundesgerichte im Blick hat,[37] wird auch der BGH, freilich nicht ausschließlich, aber doch prominent thematisiert.

Vor diesem Hintergrund kann man das von Klaus-Detlev Godau-Schüttke verfasste und 2005 unter dem Titel *Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland* publizierte Buch als das derzeit zentrale monographische Referenzwerk zur Geschichte des BGH bezeichnen.[38] Es ist in einer als „justizkritisch" titulierten Buchreihe der Verlagsgesellschaft Tischler GmbH in Berlin erschienen, deren Inhaber in einem Vorwort „die fragwürdigen Einstellungen der höchsten deutschen Richter" betont und in polemischen Angriffen von „zahlreichen NS-Justizverbrechern" spricht, die am BGH judiziert und dafür Sorge getragen hätten, dass NS-Verbrecher, ja auch „NS-Blutrichter" aufgrund „der auf Selbstreinigung gerichteten Einstellung der Richter am Bundesgerichtshof" ihrer gerechten Strafe hätten entgehen können.[39] Godau-Schüttkes Einschätzungen sind im Zuge eines großen, in der Öffentlichkeit vielbeachteten Projekts zur Aufarbeitung der Anfänge des Bundesjustizministeriums unter dem Titel *Die Akte Rosenburg*, das von dem Potsdamer Neuzeithistoriker Manfred Görtemaker und dem Strafrechtler Christoph Safferling verantwortet wurde, wiederholt worden.[40] Auf dünner Literaturgrundlage und ohne archivalisches Studium wird die Gründungsgeschichte des BGH dort auf knapp 13 Seiten abgehandelt, wobei auch hier wieder der Blick insbesondere auf eine nach Meinung der Autoren große Zahl NS-belasteter BGH-Richter gelenkt und die frühe Rechtsprechung, etwa zur Entschädigung von Sinti und Roma, als „Skandal" bewertet wird.[41] Wesentlich differenzierter und mit zahlreichen wertvollen Hinwei-

32 Z. B. Heusinger, Zehn Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1960), S. 302 sowie die dieser Einleitung nachfolgenden Aufsatzbeiträge oder Geiß/Nehm/Brandner/Hagen, Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens.

33 Eine Ausnahme: Pieper, Palais im Park.

34 Ein seltenes Beispiel mit rechtsvergleichendem Ansatz: Wissenschaftliche Mitarbeiter des BGH unter Mitwirkung von Hannskarl Salger, Der Bundesgerichtshof der Bundesrepublik Deutschland.

35 S. Pfeiffer, Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts.

36 Kirchner, Aufbau der Bibliothek des Bundesgerichtshofes, S. 67–80 sowie zahlreiche weitere Beiträge des ehem. Leiters der Bibliothek des BGH.

37 Fischer/Pauly, Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik.

38 Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof. S. zudem: Godau-Schüttke, Entnazifizierung und Wiederaufbau, S. 189 ff.

39 Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 13, 16.

40 Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 270.

sen auch für die Geschichte des BGH fiel demgegenüber die von dem Bonner Zeithistoriker Friedrich Kießling und erneut von Christoph Safferling publizierte Arbeit unter dem Titel *Staatsschutz im Kalten Krieg* aus, die die Bundesanwaltschaft, die politische Belastung der dort wirkenden Staatsanwälte und deren Arbeit am Staatsschutz in den 1950er bis 1970er Jahren im Blick hat.[42]

Es lässt sich vor diesem Hintergrund konstatieren, dass eine umfassende, quellengestützte Aufarbeitung der Geschichte des BGH, in der die Untersuchung der politischen Belastungen der Richterinnen und Richter der ersten rund 15 Anfangsjahre ebenso berücksichtigt wird wie die Rahmenbedingungen ihres richterlichen Tuns und diese systematisch in Korrelation mit ihrer Rechtsprechung gebracht wird, ein nach wie vor erhebliches Desiderat der zeithistorischen wie rechtshistorischen Forschung darstellt.

Quellenlage

Um dieses Defizit zu beheben, stand für die vorliegende Studie umfängliches Aktenmaterial zur Verfügung. Zunächst ist dabei an die sehr unterschiedlich strukturierten Generalakten des BGH zu denken, die im Rahmen dieses Projektes in den Kellern des Gerichts aufgefunden und von den Projektmitarbeitern zusammen mit den Archivarinnen und Archivaren des Bundesarchivs vor Ort bewertet und dann in das Bundesarchiv Koblenz überführt werden konnten. Der Bestand ist freilich außerordentlich disparat: Während die Baugeschichte des BGH oder auch die Errichtung einer hoch umstrittenen Gedenktafel für Opfer der NKWD-Verfolgungsmaßnahmen nach 1945 darin durch Briefwechsel und interne Papiere zum Beispiel gut dokumentiert sind, finden sich praktisch keine Dokumente mehr zu den nichtrichterlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Gerichts oder auch zu den vom BGH betriebenen Internationalisierungsmaßnahmen. Der Verkehr mit anderen oberen Bundesgerichten, wie dem Bundesverwaltungs-, dem Bundessozial- oder Bundesarbeitsgericht wiederum erhellt aus diesen Akten besser als durch die Gegenüberlieferung, die vereinzelt in den von diesen Gerichten an das Bundesarchiv abgegebenen Beständen vorhanden ist.

Zentral wichtig ist für die äußere Geschichte des BGH die Überlieferung, die sich in den Beständen des Bundesjustizministeriums, ebenfalls im Bundesarchiv Koblenz zugänglich, befindet, weil hier der Weg zum Sitzort des Gerichtes und die Rahmenbedingungen seiner Tätigkeit vor allem in Briefwechseln und Denkschriften fassbar wird. Die Überlieferung des für die Auswahl der Richterinnen und Richter am BGH zentral wichtigen Richterwahlausschusses ist allerdings noch nicht ins Bundesarchiv

41 S. Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 267–279. Zur Entschädigungsrechtsprechung betreffend Sinti und Roma hat der BGH selbst auch einen Tagungsband veröffentlicht. S. Präsidentin des Bundesgerichtshofes/Zentralrat Deutscher Sinti und Roma, Doppeltes Unrecht.

42 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg.

gelangt, so dass die Protokolle dieses Gremiums für die Zeit von 1950 bis 1965 beim Bundesjustizministerium eingesehen werden mussten. Der Nachlass des dort tätigen und auch für den Bundesgerichtshof zuständigen „immerwährenden" Staatssekretärs Walter Strauß (1950–1963) wiederum ist an das Münchner Institut für Zeitgeschichte gelangt. Er enthält neben Briefwechseln mit einigen wichtigen Persönlichkeiten des BGH auch Denkschriften und etwa einen Bericht des Bundesrechnungshofes über die interne Organisation des Gerichts, der hier erstmals ausgewertet werden konnte.

Ebenso wichtig für die Analyse des richterlichen Personals sind die in großem Umfang überlieferten Personalakten der Richterinnen und Richter, die sich zum Teil im Bundesarchiv Koblenz, zum Teil aber auch in den Landesarchiven befinden. Zwischen 1950 und 1965 wurden ausweislich der Richterliste, die zum 50-jährigen Bestehen des Bundesgerichtshofes veröffentlicht wurde,[43] 175 Richter und drei Richterinnen ernannt, so dass in dieser Arbeit die ersten 178 Richterinnen und Richter dieses obersten Gerichts untersucht werden. Zu diesen liegen, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, die vom BGH selbst geführten Personalakten sowie die im Bundesjustizministerium angelegten personenbezogenen Akten vor. Sofern in diese Akten nicht auch die vorangegangenen Personalakten aus der Tätigkeit der Richterinnen und Richter in der Justiz der Länder inkorporiert wurden, sind auch diese Akten aus der Zeit vor 1950 bzw. dem Eintrittsdatum beim BGH systematisch recherchiert und in die Untersuchung einbezogen worden. Gleiches gilt für jene Richter, die den BGH verlassen und wieder in den Ländern Anstellung gefunden haben, was ein „Mitwandern" ihrer Personalakte nach sich gezogen hat, die eben nun im zuständigen Landesarchiv oder im Falle Niedersachsens noch im dortigen Justizministerium zu finden ist. Auch die Personalakten jener Richterinnen und Richter, die vor 1945 im Reichsjustizdienst tätig waren und zu denen noch Akten des Reichsjustizministeriums überliefert sind, die im Bundesarchiv in Berlin-Lichterfelde lagern, wurden berücksichtigt. Dort finden sich auch in den Beständen des ehemaligen *Berlin Document Center* der amerikanischen Besatzungsverwaltung Unterlagen zu einzelnen Personen, soweit sie in NS-Organisationen tätig waren oder mit diesen in Kontakt standen. So haben sich etwa Korrespondenzen mit der Reichsschrifttumskammer erhalten, parteistatistische Erhebungsbögen oder Akten des Obersten Parteigerichts der NSDAP. Diese Dokumente, die auf bisweilen erhebliche politische Belastungen der Richter verweisen, waren dort auch schon in den 1950er und 1960er Jahren vorhanden, so dass es heute verwundert, warum der Richterwahlausschuss nicht systematisch vor der Berufung von Richterinnen und Richtern dort entsprechende Anfragen unternommen hat. Relevant sind darüber hinaus auch personenbezogene Unterlagen, vor allem aber auch Urteile, an denen die hier untersuchten Richter beteiligt waren, die im Rahmen der sogenannten Blutrichterkampagne in der DDR gesammelt worden sind, oder personenbezogene Dossiers, die vom Ministerium für Staatssicherheit der DDR zu einzelnen Richtern angelegt wurden, um diese wegen ihrer Tätigkeit im Nationalsozialismus in der westdeutschen

43 Personalien, in: Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens, S. 787–813.

Öffentlichkeit zu kompromittieren. Dieses Material, das bislang beim Bundesbeauftragten für die Stasiunterlagen gelagert wurde, findet sich heute im Stasi-Unterlagenarchiv in Berlin. Hinzugezogen wurden schließlich auch die Entnazifizierungsunterlagen der Richter, die in den Archiven der Länder zu finden sind, in denen nach Kriegsende die Wohnsitze der Richter lagen, sofern nicht die wesentlichen Entnazifizierungsdokumente ohnehin Eingang in die Personalakten der Richter gefunden haben.

Solche personenbezogenen Unterlagen sind jenseits des reinen Faktums einer Mitgliedschaft in nationalsozialistischen Organisationen intensiv quellenkritisch zu bewerten. Positive Aussagen in Gutachten über die politische Zuverlässigkeit eines Richters im nationalsozialistischen Sinn können sowohl den Tatsachen entsprochen haben wie auch als gutgemeinte Behauptungen von Dienstvorgesetzten zu verstehen sein, um fachlich bewährten Mitarbeitern zu einem Berufsaufstieg zu verhelfen, der ohne solche Hinweise in der NS-Zeit nicht möglich gewesen wäre. Negative politische Aussagen über einen Richter können ebenso ‚wahr' sein, wie sie als Mittel, um interne Rivalen oder einfach nur missliebige Personen zu bekämpfen, genutzt wurden. Und positive Zeugnisse in Entnazifizierungsverfahren, die oft so genannten Persilscheine, können ebenso abenteuerliche Verdrehungen des wahren politischen Verhaltens enthalten, wie sie oft genug valide Zeugnisse über das politische Verhalten 1933 bis 1945 darstellen können – die jüngste Forschung hat jedenfalls die Geringfügigkeit dreister Lügengebilde in Entnazifizierungsakten nachgewiesen.[44]

Sodann stehen für die Analyse gerade von wissenschaftlichen Qualifikationsarbeiten der Richter die in den Universitätsarchiven noch zumeist vorhandenen Promotionsunterlagen zur Verfügung, die in Einzelfällen bemerkenswerte Einblicke in die wissenschaftliche Praxis unter den Bedingungen einer totalitären Herrschaft ermöglichen. Zu betonen ist darüber hinaus, dass die bereits angesprochenen Interviews von Nachkommen der hier thematisierten Richterinnen und Richter neben lebhaften Erinnerungen über kultur- und alltagsgeschichtlich relevante Details des „Richter-Seins" in Karlsruhe auch oft eine Vielzahl erhaltener schriftlicher privater Zeugnisse zutage gefördert haben. Dabei handelt es sich zumeist um relevante Dokumente aus dem Zusammenhang der eigenen Berufsbiographie, aber auch um zeitgenössische Tagebuchaufzeichnungen oder Korrespondenzen, die Momentaufnahmen der inneren Einstellung der betroffenen Personen zu ihrem Beruf oder politischen Tun bieten. Anders als nachträgliche Lebensbetrachtungen oder eigentlich für eine Veröffentlichung gedachte Autobiographien zeigen sie zeitgenössisch-unmittelbar die Verarbeitung von Erfahrungen direkt nach dem Erlebten und sind damit authentischer als nachträgliche Reflexionen in bisweilen großem zeitlichem Abstand zum eigentlichen Geschehen. An der Echtheit dieser Dokumente kann nach äußerer Quellenkritik und angesichts der Tatsache, dass sie erst auf Nachfrage vorgelegt wurden, kein Zweifel bestehen. Soweit möglich wurde darauf hingewirkt, dass diese als Nachlass an das Bundesarchiv über-

44 Leßau, Entnazifizierungsgeschichten.

geben wurden, wo sie für weitere Forschungen ebenso zur Verfügung stehen wie die transkribierten Interviews der Zeitzeugen. Zugleich wurden auch einige wenige Nachlässe von Bundesrichtern, die bereits ins Bundesarchiv oder in die Länderarchive gelangt sind, gesichtet. Als besonders wertvoll müssen hier der Nachlass des Bundesrichters Günther Wilde im Bundesarchiv und der Nachlass des zweiten Präsidenten des BGH, Bruno Heusinger, im Niedersächsischen Landesarchiv Wolfenbüttel bezeichnet werden.

Schließlich ist als relevante, hier genutzte Quelle auch auf die Sendung *Aus der Residenz des Rechts* zu verweisen, eine regelmäßig ausgestrahlte, durchaus beliebte Hörfunksendung der 1950er und 1960er Jahre, die der Südwestfunk digitalisiert hat und die im dortigen Archiv abhörbar ist. Die Sendung spiegelt in vielen Fällen die gewünschte Außensicht des Gerichts zu diversen Urteilen wider und ermöglicht es, die Stimme und den Redefluss mancher hier behandelter Personen zu vernehmen, so dass ein unmittelbarer Eindruck vom Auftreten und der Richterpersönlichkeit ermöglicht wird – auch dies eine wertvolle Ergänzung zu den traditionellen Akten.

II. Das Gericht und sein Personal

1 Vorgeschichte

1.1 Justiz in Trümmern

Die Geschichte des Bundesgerichtshofes beginnt nicht mit seiner Eröffnung im Oktober 1950. Sie beginnt in den Trümmern des Zweiten Weltkrieges.

Die deutsche Justiz bei Kriegsende

Über mehr als ein Jahrzehnt war die deutsche ordentliche Justiz im „Dritten Reich" teils vom Regime zurückgedrängt, durch gesetzliche Regelungen eingeengt und im Krieg Zug um Zug „gelenkt" und entmachtet worden. Teils hatten sich ihre Organe und ein überwiegender Teil der Richterschaft mit dem Regime arrangiert und waren zu „willigen Vollstreckern" des Unrechts geworden, wie zahllose wissenschaftliche Veröffentlichungen mittlerweile nachgewiesen haben.[1] Manche wollten, wie sie später behaupteten, „Schlimmeres verhütet" haben, manche hatten geglaubt, durch immer willfährigere Anpassung an das politisch Geforderte das Überleben der Justiz im totalitären Maßnahmenstaat sichern zu können, manche waren selbst überzeugte Anhänger der völkisch-rassistischen Staatsidee eines Diktators geworden,[2] der seiner Verachtung von Justiz und Juristen mehrfach Ausdruck verliehen hatte.[3]

Diese für den deutschen Rechtsstaat bittere Bilanz spiegelte sich auch im Schicksal des obersten Zivil- und Strafgerichts des Reiches, dem Reichsgericht in Leipzig, das dem Bundesgerichtshof 1950 als Beispiel vor Augen gestellt wurde, dem er nacheifern sollte. 1879 gegründet, hatte es unter seinem ersten Präsidenten Eduard von Simson,[4] der ab 1933 wegen seiner jüdischen Herkunft verfemt worden war, zur Vereinheitlichung des Rechts im 1871 gegründeten deutschen Nationalstaat maßgeblich beigetragen und einen hohen, weltweit anerkannten Standard in der Jurisprudenz erreicht. Die Urteile des Reichsgerichts waren in ihrer juristischen Brillanz beispielgebend für Generationen von deutschen Juristen geworden, seine Angehörigen genossen in Fachkreisen höchste Reputation. Doch auch das Reichsgericht unter seinem letzten Präsidenten Erwin Bumke hatte sich nach 1933 angepasst und war insbesondere in seiner „Rassenschande-Judikatur" und dann ganz besonders bei der von ihm administrierten

1 S. dazu zusammenfassend Bundesminister der Justiz, Im Namen des Deutschen Volkes. Als Grundlagenwerk zur Justiz im Nationalsozialismus gilt nach wie vor das monumentale Werk von Gruchmann, Justiz im Dritten Reich; Lölke/Staats, richten – strafen – erinnern; Nettersheim/Kiesel, Das Bundesministerium der Justiz.

2 S. beispielhaft für Baden die Typologie richterlichen Verhaltens bei Kißener, Zwischen Diktatur und Demokratie, S. 210–240.

3 S. Krohn, Die deutsche Justiz im Urteil der Nationalsozialisten, S. 32–39.

4 Kern/Schroeder, Eduard von Simson.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-002

„Nichtigkeitsbeschwerde“, die in Kriegszeiten eine brutale Strafverschärfung gerade auch, aber nicht nur bei politischen Straftaten bedingt hatte, zu einem Mitträger, ja Motor des Unrechts im NS-Staat geworden.[5] Daran änderte auch manch ein Versuch von Einzelnen im Reichsgericht, hier und da Reste von Rechtsstaatlichkeit zu bewahren, nichts. Der Selbstmord Bumkes am 20. April 1945 sprach insoweit Bände.[6]

Am Ende war diese im 19. Jahrhundert geformte Justiz unter den Bedingungen einer totalitären Diktatur und den Schlägen des modernen Vernichtungskrieges schnell zerbrochen: Die Ziviljustiz wurde im Krieg so weit wie möglich eingeschränkt, weil sie unter der Kriegsbedrohung nachrangig wurde. Die Strafjustiz schrumpfte auf wenige Sondergerichte, die wie eine „Panzertruppe der Rechtspflege“[7] schnell und praktisch ohne Schutz für die Angeklagten arbeitete, und den berüchtigten Volksgerichtshof zusammen, bis fliegende Standgerichte von Wehrmacht und Waffen-SS sowie andere Vollzugsorgane in den letzten Wochen und Monaten des Krieges ihre Aufgabe praktisch ganz übernahmen, um noch schneller und noch abschreckender wirken zu können.[8] Unterdessen sorgte der alliierte Luftkrieg dafür, dass zahlreiche Justizgebäude zerstört wurden und kaum mehr Richter und Staatsanwälte im aktiven Dienst blieben, weil sie in „Auskämmaktionen“ für Wehrmacht und Volkssturm rekrutiert wurden. Gleichwohl bemühte sich das Reichsjustizministerium, den Dienstbetrieb so gut wie möglich selbst auch unter widrigsten Bedingungen aufrechtzuerhalten, um eine Art Stabilitätsanker im Untergang zu bilden, der in der Zusammenbruchsgesellschaft den Anschein eines funktionierenden Staates so lange wie möglich bewahren sollte. Als die siegreichen alliierten Streitkräfte am 8. Mai 1945 im Zuge der Kapitulation den Stillstand der Rechtspflege, das Justitium, verkündeten, arbeiteten bemerkenswert viele Teile der Justiz noch irgendwie, aber von der traditionellen ordentlichen, rechtsstaatlichen Justiz Deutschlands war angesichts der Eingriffe des NS-Staates und der Anpassungsleistungen des Personals im Grunde nur wenig übriggeblieben.[9]

Auch das Reichsgericht in Leipzig hatte ab Ende 1944 seinen Betrieb einschränken müssen, weil gleich 21 Reichsgerichtsräte, die bislang unabkömmlich gestellt gewesen waren, nun einberufen wurden. Das Gebäude war seit 1943 mehrmals von alliierten Bomben getroffen worden und konnte nur notdürftig wiederhergerichtet werden. So wurde nur noch ein Notbetrieb unterhalten, als am 19. April 1945 amerikanische Truppen in Leipzig einmarschierten. Diese nahmen Oberreichsanwalt Emil Brettle sofort

5 S. dazu vor allem Roth, Beteiligung der 32 Reichsgerichtsräte, S. 33–50.

6 Oehme, Das Reichsgericht; Kern/u. a., 125 Jahre Reichsgericht; Kolbe, Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke.

7 So Staatssekretär Roland Freisler im Zusammenhang einer Tagung über die „Volksschädlingsverordnung“ des Reichsjustizministeriums am 24.10.1939. S. BA, R 22/4158.

8 S. dazu grundlegend Werle, Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung. S. a. zum Beispiel Baden Kißener, Zwischen Diktatur und Demokratie, S. 256–258 und zur absterbenden Ziviljustiz am Beispiel Köln Manthe, Richter in der nationalsozialistischen Kriegsgesellschaft, S. 143–151.

9 S. dazu Lahusen, „Der Dienstbetrieb ist nicht gestört“; Koch/Veh, Vor 70 Jahren.

fest. Erwin Bumke, dessen Selbstmord von der noch amtierenden NS-Führung nicht einmal zur Kenntnis genommen wurde, hatte sich seiner Verantwortung entzogen.[10] Als die Sowjetarmee im Juni 1945 in Leipzig die Besatzung übernahm, blieb das oberste Reichsgericht weiterhin geschlossen und wurde für aufgehoben erklärt, während ein Großteil der noch verbliebenen Richter in russische NKWD-Lager verschleppt wurde und dort in den Folgejahren zu Tode kam.[11]

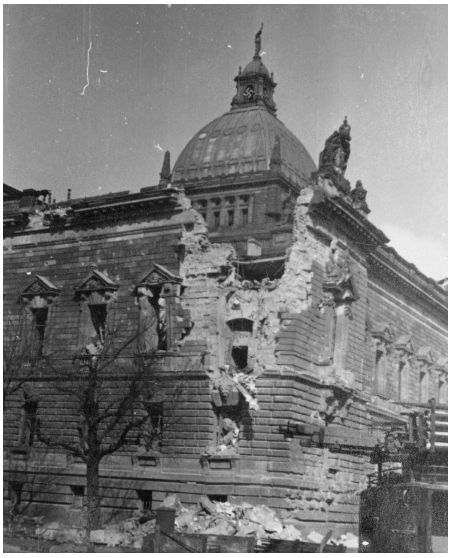


Abb. 1: Beschädigtes Reichsgerichtsgebäude 1945
Quelle: Stadtarchiv Leipzig, S0012547.tif

Die Justiz im Denken des deutschen Widerstands

Obwohl der größte Teil der deutschen Richterschaft entweder den Nationalsozialismus freudig begrüßt und gefördert oder aber sich angepasst und kollaboriert hat, ist nicht zu übersehen, dass zumindest einige Juristen und auch Justizangehörige den deutschen Widerstand gegen den Nationalsozialismus unterstützt haben.[12] Der zweifellos bekannteste unter ihnen ist der ab 1938 als jüngster Reichsgerichtsrat in der Geschichte des Reichsgerichts in Leipzig wirkende Hans von Dohnanyi, der früh schon Zugang zu prominenten oppositionellen Kreisen in der Wehrmacht gefunden hatte und für seine Widerstandstätigkeit noch am 9. April 1945 im KZ Sachsenhausen von einer Tragbahre aus, auf der er bewegungsunfähig lag, erhängt worden ist. Auch in Leipzig hat er Kontakte zum regimefeindlichen Milieu gesucht und gefunden. Unter

10 Kolbe, Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke, S. 394–402.
11 Schäfer, Das große Sterben, in: *DRiZ* (1957), S. 249–250.
12 S. dazu die Portraitsammlungen von Juristen im Widerstand bei Borgstedt, Badische Juristen im Widerstand und Maas, Furchtlose Juristen.

anderem unterhielt er mit den später am Bundesgerichtshof tätigen Angehörigen der Reichsanwaltschaft Carl Kirchner und Hans Richter einen oppositionellen Gesprächskreis, so wie er das zuvor schon in seiner Stellung im Reichsjustizministerium mit dem nach 1950 ebenfalls am Bundesgerichtshof tätigen Otto Riese getan hatte.[13] Dohnanyi vermittelte auch Angehörigen der Bekennenden Kirche, die in Konflikt mit dem NS-Staat gerieten und vor Gericht gezerrt wurden wie Wilhelm Jannasch, Kontakt zu Hans Richter, der den Verfolgten tatkräftig zu helfen versucht hat.[14] Für Dohnanyi wie für seine gleichgesinnten Freunde bedingte die Aufrechterhaltung einer regimegegnerischen Haltung unter Beibehaltung des Amtes allerdings die äußerlich anpassungsbereite Einordnung in ihre richterliche Funktion, die sie gerade am Reichsgericht zu Gehilfen am juristischen Unrecht machte – ein Umstand, der nach 1945 Kirchner wie Richter mehrfach zum Vorwurf gemacht worden ist.[15] Diese Aporie teilten sie mit vielen anderen Juristen, die sich in anderen Zusammenhängen früher oder später entschlossen haben, dem Unrechtsstaat unter Einsatz ihres Lebens entgegenzutreten, man denke etwa nur an den in Berlin wirkenden Rechtsanwalt Josef Wirmer[16] oder den Karlsruher Rechtsanwalt Reinhold Frank,[17] die beide im Zusammenhang mit dem Attentatsversuch vom 20. Juli 1944 hingerichtet worden sind.

Sie alle verband der Wunsch nach Wiederherstellung des Rechtsstaates, der in der geplanten Erklärung des Mitverschwörers und ehemaligen Leipziger Oberbürgermeisters Carl Friedrich Goerdeler, die nach der Ermordung Hitlers im Juli 1944 verlesen werden sollte, eine ganz prominente Rolle spielte. In der vorgesehenen Rundfunkrede hieß es an erster Stelle:

> Die entscheidende Aufgabe, von deren Erfüllung alles andere abhängt, ist die Wiedergewinnung der sittlichen Grundlage für das Wirken des Staates nach innen und außen. Gleiches Recht für alle, unbeirrbare Gerechtigkeit ohne Rücksicht auf die Person, vollkommene Sicherung der Freiheit des Geistes, der Freiheit des Gewissens; absoluter Schutz gegen Willkür, gegen Terror und jede Art der Vergewaltigung; Anerkennung der Interessen und der Rechte anderer; Bereitwilligkeit zu versöhnlichem Ausgleich, Wiederherstellung des Anstands in allen Handlungen des Staates und im Verhalten der Menschen und ihrer Gemeinschaft untereinander. Diese einfachsten und verloren gegangenen Grundlagen gilt es, wiederzugewinnen. Das sollte uns nicht schwer fallen; war doch unser Volk einst rechtschaffen und hatte hohe Ideale; waren doch seine Rechtspflege und die Sauberkeit seiner Verwaltung in der ganzen Welt geachtet, wenn auch in den Augen vieler Deutscher selbst nicht vollkommen genug.[18]

13 Smid, Hans von Dohnanyi, S. 203, 210–212.

14 S. dazu HSTA Wiesbaden, 520/F (A-Z) Nr. R 4705, Zeugnis von Prof. Dr. Wilhelm Jannasch, 16.11.1946. Zu Jannasch s. Kißener, Kontinuität oder Wandel, S. 97–123, hier S. 114 f.

15 Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 46, 94–98.

16 Lill, Josef Wirmer, S. 335–347.

17 Kißener, Für das Recht, S. 19–59 sowie Gross, Reinhold Frank.

18 Gillmann/Mommsen, Politische Schriften, S. 1036–1045, hier S. 1036 f.

Entschiedene Regimegegner entwarfen also ein Zukunftsprogramm, das nach wie vor auf vorhandene Expertise setzte und davon ausging, dass eine Gesundung des Justizsystems aus der rechtsstaatlichen Tradition Deutschlands heraus möglich sein könnte.

Auch der berühmte Initiator des sogenannten Kreisauer Kreises, der Jurist Helmuth James Graf von Moltke, mit Kriegsbeginn in der Beratungsstelle für Völkerrecht im Oberkommando der Wehrmacht tätig, zielte mit seinen Widerstandsbemühungen im Kern auf die Wiederherstellung einer ethisch fundierten rechtsstaatlichen Ordnung. In Abgrenzung vom „Rechtszustand" des „Dritten Reiches" schrieb er dem späteren Mitverschwörer Peter Yorck von Wartenburg schon im Juni 1940:

> Es ist nicht die Aufgabe des Staates, unbedingten Gehorsam und blinden Glauben an sich oder an etwas anderes vom Menschen zu fordern, vielmehr ist es die Bestimmung des Staates, den Einzelmenschen dahin zu führen, dass er nach den Geboten der Vernunft lebt, diese Vernunft bei allen Dingen betätigt, und ihn zugleich dahin zu leiten, dass er seine Kraft nicht in Hass, Ärger, Neid verschwendet oder sonst unrecht handelt. Die letzte Bestimmung des Staates ist es daher, der Hüter der Freiheit des Einzelmenschen zu sein. Dann ist es ein gerechter Staat.[19]

Über solche Fragen diskutierte Moltke unter anderem auch mit dem späteren BGH-Richter Ernst Kanter, der seinen Auffassungen zuneigte und Teil des Widerstandskreises im Amt Ausland/Abwehr, zugleich aber in hohen Funktionen der Kriegsgerichtsbarkeit in Dänemark schließlich auch für Todesurteile verantwortlich war, die über dänische Widerstandskämpfer ebenso wie deutsche Wehrmachtssoldaten, die sich dem Kriegsdienst hatten entziehen wollen, gesprochen wurden.[20]

Die wenigen Exponenten eines tatbereiten Widerstands in der Justiz haben bekanntlich die stetig steigenden Exzesse des NS-Unrechtsstaates nicht hindern können, und so war das Bild, das sich den einmarschierenden alliierten Truppen vom ehemaligen deutschen Rechtsstaat im Mai 1945 bot, denkbar desaströs: Unfassbare Menschheitsverbrechen an Juden und vielen anderen diskriminierten gesellschaftlichen Gruppen waren in den Konzentrationslagern zu sehen, Leichen über Leichen von Verfolgten, Zwangsarbeitern und auch getöteten deutschen Zivilisten, die auf den Straßen der Städte oder am Wegesrand lagen, umgekommen in den Kriegswirren der letzten Tage, hingerichtet von teils selbst ermächtigten Standgerichten, die in eingebildeter Pflichterfüllung die Bevölkerung terrorisierten, um die „innere Front" zu halten, eine korrumpierte ordentliche Justiz und restlos überfüllte Strafanstalten, in denen unbescholtene Menschen auf ihre Hinrichtung warteten oder schutzlos dem Luftkrieg ausgesetzt waren.[21]

---

19 Brakelmann, Moltke, S. 143. Zitat: Brakelmann, Der Kreisauer Kreis, S. 119.

20 Brakelmann, Moltke, S. 278–280, 307. S. a. die Erläuterungen von Ernst Kanter dazu: BA, Pers 101/48832, Bericht „Einzelheiten aus meiner Tätigkeit in Dänemark", 25.10.1949.

21 Raim, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie, S. 19.

Die Justiz in den Planungen der alliierten Besatzungsbehörden

Das von den Militärbefehlshabern mit der SHAEF-Proklamation Nr. 1 vorerst verhängte Justitium war allerdings nicht lange zu halten, denn die Regellosigkeit der Zusammenbruchsgesellschaft produzierte hohe Kriminalitätsraten, seit Jahren aufgeschobene Zivilsachen verlangten Bearbeitung, Erbschaftssachen wie Eheangelegenheiten der an der Front gefallenen Soldaten drängten nach Erledigung und vieles mehr. Klar war, dass alle typischen NS-Gesetze sofort ihre Gültigkeit verlieren sollten, was bereits die SHAEF-Proklamation Nr. 1 verfügte, dass das Strafgesetzbuch in der Form der Zeit vor dem 30. Januar 1933 wieder gelten sollte und dass typisch nationalsozialistische Vorgehensweisen wie das Analogiegebot oder auch die Judikatur nach dem „gesunden Volksempfinden“ sofort aufzuhören hatten. Auch typische nationalsozialistische Gerichtshöfe wie der Volksgerichtshof oder die politischen Sondergerichte in den Landgerichtsbezirken und die NSDAP-Parteigerichte, aber auch das Reichsgericht in Leipzig, wurden mit dem Gesetz Nr. 2 der Militärregierung aufgehoben, das im übrigen das Justitium bekräftigte. Die deutschen Gerichte, die in den meisten Fällen ab Frühsommer 1945 Zug um Zug wieder geöffnet werden durften, sofern die sachlichen Voraussetzungen für ihren Betrieb vorhanden waren, sollten vorerst unter Kontrolle genommen werden, um ihren demokratisch-rechtsstaatlichen Aufbau abzusichern. Die Umsetzung dieser Ziele mit Hilfe von *legal branches* oder in den *directions régionales de la Justice* in der Besatzungsverwaltung war noch während des Krieges von Briten und Amerikanern vorbereitet worden. Ihre Tätigkeit wurde durch das Militärgesetz Nr. 2 geregelt, das ihnen weitreichenden Einfluss auf die deutschen Justizorgane einräumte. Die Aufgabe war kompliziert und widersprüchlich zugleich: Wie sollte man den Deutschen eine neue Rechtsstaatlichkeit unter Kontrolle nahebringen, ist doch das Wesen der Rechtsstaatlichkeit durch die Unabhängigkeit der Gerichte und Richter gekennzeichnet? Die britische Besatzungsmacht setzte auf eine *policy of indirect control*, die auch in der amerikanischen und französischen Zone praktiziert wurde und sich bald schon angesichts der Personalnot in der alliierten Besatzungsverwaltung ohnehin als das Mittel der Wahl herausstellte.[22]

Der Wiederaufbau der deutschen Gerichte erfolgte nach der Kontrollratsproklamation Nr. 3 vom 20. Oktober 1945 und gemäß Artikel 1 des Kontrollratsgesetzes Nr. 4 vom 30. Oktober 1945 nach dem deutschen Gerichtsverfassungsgesetz von 1877, worin bereits der konservative Grundzug der Justizpolitik der Westalliierten zu erkennen war. Insbesondere die britische Militärverwaltung setzte in Hochachtung vor den deutschen Justiztraditionen der Zeit vor 1933 darauf, den Zustand der Justizverwaltung der Weimarer Republik wiederherzustellen und ließ in der Regel erst Amts-, dann Land- und zum Schluss auch wieder Oberlandesgerichte eröffnen. Dabei wollte man bewusst mit vorhandenem, politisch als tragbar angesehenem deutschen Perso-

22 Raim, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie, S. 20–80, 120–129 passim. S. auch Claussen, Justizverwaltung, S. 451–455 sowie Boss, Unverdienter Ruhestand, S. 9–31.

nal arbeiten – eine Entscheidung, die evolutionäre Fortentwicklung mit Rückbesinnung auf gute Justiztraditionen verband und gleichsam eine Absage an revolutionäre Brüche gerade auch in der Personalpolitik darstellte. Die bei der Eröffnung dieser Gerichte gehaltenen Ansprachen führender deutscher Repräsentanten der Justiz zeigen, wie bemüht diese waren, unter der Hilfestellung der Besatzungsmächte zu neuer deutscher Rechtsstaatlichkeit zu gelangen.[23] Zur Vereinheitlichung der Personalverwaltung installierten die Briten als einzige Besatzungsmacht im Oktober 1946 auch ein Zentral-Justizamt und richteten 1947 einen Obersten Gerichtshof für die Britische Zone in Köln ein, der eine gewisse Vorläuferfunktion für den Bundesgerichtshof bekommen sollte. Hinzu kamen mit der Gründung deutscher Länder in den Westzonen ab 1946 eigene Länderjustizministerien, deren Arbeit im Ergebnis von den Besatzungsbehörden bald sehr geschätzt wurde.[24] Weitere die justitielle Tätigkeit koordinierende Funktionen übernahm das Rechtsamt im Vereinigten Wirtschaftsgebiet der Bizone ab Mai 1947, dessen Leiter der spätere Staatssekretär im Bundesjustizministerium Walter Strauß wurde, sowie das aus den Ländern entstandene Justizkollegium ab 1948.[25]

Das Hauptproblem beim (Wieder-)Aufbau einer rechtsstaatlichen deutschen Justiz blieb vor diesem Hintergrund die Frage der Personalbeschaffung. Da das Gros der deutschen Richter und Staatsanwälte sich nicht nur durch einen wie auch immer motivierten Beitritt zur NSDAP und ihren Gliederungen und angeschlossenen Verbänden, sondern auch durch seine Tätigkeit in den Organen des NS-Verbrechensstaates politisch kompromittiert hatte, sollte eine Auslese der politisch noch tragbaren Funktionsträger getroffen werden. Zunächst aber internierte man ab Mai 1945 die Führungsspitzen der deutschen Justiz, ließ dann ab August 1945 wieder erste Unbelastete zu, um ab September die Posten der Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte wieder zu besetzen.[26] Die Proklamation Nr. 3 vom 20. Oktober 1945[27] legte dann fest, dass Richter zukünftig nur sein könne, wer die Grundsätze der Demokratie anerkenne, während das Kontrollratsgesetz Nr. 4 vom 30. Oktober 1945 alle Personen für die ordentliche Justiz ausschloss, die als Mitglieder der NSDAP die Terrormethoden des Regimes unterstützt hatten.[28] Die Kontrollratsdirektive Nr. 24 vom 12. Januar 1946 legte sodann in 99 Kategorien Funktionen des NS-Staates fest, deren Inhaber sofort zu entlassen waren, und leitete damit die eigentliche Entnazifizierung ein,[29] die mit der Kontrollratsdirektive Nr. 38 vom 12. Oktober 1946 das bekannte Fünf-Kategorien-Sche-

23 Frenzel, Das Selbstverständnis in der Justiz.
24 Raim, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie, S. 120–129.
25 Claussen, Justizverwaltung, S. 452 f.
26 Boss, Unverdienter Ruhestand, S. 9–11.
27 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (1945–1947), Nr. 1, 29.10.1945, S. 22 f.
28 Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (1945–1947), Nr. 2, 30.11.1945, S. 26 f. S. hierzu auch Godau-Schüttke, Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung, URL: http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0106godau-schuettke.htm [abgerufen am 19.3.2024].
29 Fürstenau, Entnazifizierung, S. 47 f.

ma politischer Belastungen erhielt.[30] Die Entnazifizierung erfolgte nach zunächst unterschiedlichen Verfahren in den Besatzungszonen und in verschiedenen Formen der Anstellungspraxis der Entnazifizierten. In der französischen Zone wurde die Entnazifizierung der Justiz beispielsweise nach dem Verfahren der *auto-épuration* („Selbstreinigung") in Berufsausschüssen durchgeführt, bis schließlich auch dort das an formalen Kriterien orientierte amerikanische Verfahren übernommen wurde. In der britischen Zone griff man im Laufe der Zeit zur Deckung des Personalbedarfs auf das sogenannte Huckepackverfahren zurück, bei dem für jeden Unbelasteten ein belasteter Jurist in den Justizdienst zurückkehren durfte. Als die Verordnung Nr. 110 die Entnazifizierungsaufgaben am 1. Oktober 1947[31] auf die deutschen Behörden der Länder übertrug, wurde das Ende der historisch einmaligen Prozedur eingeläutet. Mit dem Gesetz zur Fortführung und zum Abschluß der Entnazifizierung vom 10. Februar 1948[32] wurde etwa in der britischen Zone der gesetzliche Rahmen dafür geschaffen.

Das letztliche Scheitern der Entnazifizierung ist schon mehrfach in der einschlägigen Forschung konstatiert worden.[33] Die Bearbeitung einer großen Zahl von Einzelfällen in gerichtsförmigen Verfahren bei vielfach fehlenden Beweismitteln gegen die Betroffenen vor dem Hintergrund des dringenden Bedarfes an Arbeitskräften für den Neuaufbau des Staates, die an formalen Kriterien orientierten, der Funktionsweise eines modernen totalitären Staates nicht gerecht werdenden Belastungskategorien wie auch das Erlahmen des Entnazifizierungseifers bei den Besatzungsbehörden angesichts der Notwendigkeit der Einbindung Westdeutschlands in die Abwehrfront gegen den vordringenden Kommunismus sind vielfach schon als wesentliche Gründe für dieses Scheitern angeführt worden. Die Umkehr der Beweislast, also die Notwendigkeit, Beweise für eine antinationalsozialistische Einstellung im Spruchkammerverfahren beizubringen, führte zu einer Flut von vorgelegten Zeugnissen unterschiedlichster Qualität, die sehr bald in Anlehnung an ein bekanntes Waschmittel die despektierliche Bezeichnung „Persilscheine" erhalten haben. Das Ergebnis war oftmals die Einstufung auch erheblich belasteter Funktionsträger in die Kategorie der sogenannten Mitläufer. Moderne Forschungen zur Entnazifizierung heben demgegenüber die Einzigartigkeit dieses Verfahrens hervor, das nicht nur vermochte, die schwerstbelasteten Nationalsozialisten aus dem Wiederaufbau herauszuhalten, sondern jeden einzelnen dazu zwang, sich und anderen Rechenschaft über sein politisches Verhalten in der Diktatur zu geben, was zumindest untergründig erhebliche gesellschaftliche Auswirkungen gehabt hat.[34]

---

30 Fürstenau, Entnazifizierung, S. 105 f.

31 Fürstenau, Entnazifizierung, S. 127.

32 Fürstenau, Entnazifizierung, S. 130.

33 S. beispielsweise Borgstedt, Entnazifizierung in Karlsruhe; Möhler, Entnazifizierung; Grohnert, Die „auto-épuration", S. 165–185, der auch die oft fälschlich behauptete angeblich laxere französische Entnazifizierungspraxis widerlegt. Zu den Verhältnissen in Nordrhein-Westfalen s. beispielsweise Spreier, Kontinuität oder Diskontinuität.

34 Leßau, Entnazifizierungsgeschichten.

Dies lässt sich gerade am Beispiel der deutschen Justizelite demonstrieren, deren „Staatsgläubigkeit, Standesempfinden und Selbstverständnis“ nach einer frühen Analyse des Justizkritikers Rudolf Wassermann durch die Entnazifizierung in Mitleidenschaft gezogen worden ist. Teils monatelange Berufsverbote, der Zwang, sich und sein Verhalten zu rechtfertigen, um eine Wiederanstellung zu erlangen, niedere Ersatzarbeit in der Landwirtschaft oder bei Aufräumarbeiten, schmerzliche Sühneleistungen an einen Wiedergutmachungsfonds bei aufgezehrten Vermögen und anderes mehr bedeuteten für die Juristen teils einen „tiefen Einschnitt“.[35] Dass viele ihre NS-Vergangenheit verheimlicht haben, gar vor der Spruchkammer gelogen hätten, wie gelegentlich unterstellt wird, lässt sich im Hinblick auf die später am Bundesgerichtshof tätigen Richter nicht nachvollziehen. Die Drohung rechtlicher Konsequenzen bei nachgewiesener Fälschung der von allen auszufüllenden Entnazifizierungsfragebögen hat wohl in aller Regel gerade bei Juristen einen bewussten Betrug verhindert.[36] Einzelfälle vermeintlicher Fragebogenfälschung oder der Nichtangabe von belastenden Momenten haben demgegenüber auch zu späteren Zeitpunkten noch ernsthafte Gefährdungen der beruflichen Karriere mit sich gebracht, die sich als Mahnung gewiss rasch herumgesprochen haben.[37] So dürfte auch für die Justizjuristen zum großen Teil zutreffen, was Ulrich Herbert für NS-Belastete generell festgestellt hat: Dass nämlich die Entnazifizierung einen enormen Anpassungsdruck erzeugte, es notwendig machte, „zu Kreuze zu kriechen“, wenn man die einst privilegierte Stellung wiedererlangen wollte. Das führte zunächst zur Bereitschaft, sich von der NS-Vergangenheit zu distanzieren, sich in das Neue einzufügen. Dem widerspricht nicht, dass es für manch einen gerade auch in der ordentlichen Gerichtsbarkeit gar keinen scharfen Schnitt zwischen einem Davor und einem Danach, zwischen dem Ende der Diktatur und dem demokratischen Neubeginn gegeben haben mag, sondern vielmehr die Wiederaufnahme des traditionellen Dienstbetriebes – nur eben unter anderen politischen Vorzeichen und mit anders gelagerten Regularien – das letztlich weiterführende Grundgefühl wurde. „Juristen waren eben Diener der Notwendigkeit“, der „Dienst an der Ordnung“, gehörte zur Lebensform des Juristen, so Benedikt Lahusen.[38] Hier unterschieden sich Justiz-

35 Wassermann, Zur Geschichte des Oberlandesgerichts Braunschweig, S. 11–110, hier S. 98.

36 S. dazu instruktiv Leßau, Entnazifizierungsgeschichten, S. 101–119.

37 S. beispielhaft der Fall des BGH-Richters Hans Werner Reinhardt, dem vorgeworfen wurde, eine angebliche Tätigkeit als Schulungsleiter der NSDAP verschwiegen zu haben, BA, Pers 101/76104 passim oder der Vorwurf an den BGH- und Bundesverfassungsrichter Willi Geiger, im Fragebogen nicht angegeben zu haben, dass er Kreisredner der NSDAP gewesen sei, BA, Pers 101/84298, Beschluß der Strafkammer des Landgerichts Bamberg, 11.1.1947. In beiden Fällen stellte sich heraus, dass die gemachten Angaben im Entnazifizierungsfragebogen korrekt gewesen waren.

38 Lahusen, „Der Dienstbetrieb ist nicht gestört“, S. 176, 185. Fritz Bauer formulierte diese Erkenntnis bereits 1962: Der deutsche Beamte sei seit dem 19. Jahrhundert „zu einem auswechselbaren Funktionär, einem Rechtshandwerker ohne Überzeugung und Gewissen herabgewürdigt [worden, d.Verf.], der, wenn er lang genug lebte, in seinem bescheidenen Erdenwallen bis 1918 seinem Kaiser und König, weiter bis 1933 einer formalen Republik, sodann bis 1945 einem Gangsterregime und nach seinem Zusammenbruch einem an den Menschenrechten orientierten demokratischen und sozialen Rechts-

juristen wohl nicht wesentlich von den Verwaltungsbeamten, für die Michael Ruck schon vor Jahren als Grundkonstante ihres Berufsethos festgestellt hat, dass der Grundsatz „Verwaltet wird immer, egal unter welcher politischen Herrschaft“ eine systemübergreifende Wirkung zeigte.[39] In jedem Fall führten auch diese Entwicklungen, in welchen individuellen Schattierungen und Ausprägungen auch immer sie von den Betroffenen erlebt worden sein mögen, überwiegend zu einer Fortsetzung der Arbeit der traditionellen Justizeliten, deren Neuausrichtung auf evolutionäre Weise zu bewerkstelligen war.

Dass die Entnazifizierung schließlich unter dem Druck der weltpolitischen Lage unrühmlich endete, sicher auch manche Ungerechtigkeit erzeugt hatte, führte aber mittelfristig auch bei den betroffenen Juristen zu einer Abwehrhaltung und Polemik gegenüber dem Verfahren, auch wenn und sobald sie eine ihnen angemessen erscheinende Stellung wiedererlangt hatten. Denn die zeitweilige existentielle Gefahr, durch die Entnazifizierung womöglich die ganze bürgerliche Existenz einzubüßen, blieb tief in der Erinnerung der Betroffenen sitzen.[40] Vor diesem Hintergrund erscheint es zu kurz gegriffen und letztlich unzutreffend, diesen für das Selbstverständnis der Menschen im Wiederaufbau einschneidenden Vorgang abwertend *nur* als „Mitläuferfabrik“ zu bezeichnen.[41]

Dies gilt umso mehr, als zeitgleich die schon bei der Moskauer Konferenz der Alliierten 1943 vereinbarte Ahndung von NS-Verbrechen erfolgte und mit dem Londoner Statut vom August 1945 der Internationale Militärgerichtshof in Nürnberg eingerichtet wurde sowie Militärtribunale in den einzelnen Besatzungszonen entstanden. Die hier aufgedeckten ungeheuerlichen Verbrechen eines Staates, dem die überlebende Justizelite gedient hatte, eigene bedrückende Erfahrungen in der NS-Zeit, vor allem auch der Nürnberger Juristenprozess, der an Einzelfällen deutlich machte, dass, wie es in einem Urteil hieß, der „Dolch des Mörders […] unter der Robe des Juristen“ verborgen gewesen war, haben für die innere Einstellung der Richter Wirkung gezeigt. Dies wird durch die auch unter Juristen verbreitete Auffassung der hier angeblich ausgeübten „Siegerjustiz“ eher bestätigt als in Zweifel gezogen.[42] Selbst ein Richter wie Willi Geiger, der angesichts seiner Meinungsstärke und öffentlichen Diskussionsfreudigkeit sicher nicht zu den Empfindsamen des BGH gerechnet werden kann, hat einmal öffentlich bekannt: Wer

staat, jeweils nach Eidesleistung ‚gewissenhaft‘ dienen konnte.“ S. Bauer, Justiz als Symptom, S. 221–232, Zitat S. 223.

39 Ruck, Korpsgeist und Staatsbewußtsein, S. 261 f.

40 Herbert, Wer waren die Nationalsozialisten, S. 246–249.

41 So der Titel einer frühen Studie von Niethammer, Die Mitläuferfabrik. Entnazifizierung am Beispiel Bayerns.

42 Raim, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie, S. 501 f.; Zitat nach Bundesminister der Justiz, Im Namen des Deutschen Volkes, S. 341.

> diese schmachvolle Periode unserer Geschichte durchlebt und wer als Richter ganz unmittelbar und persönlich jene spezifische Erfahrung innerhalb seines Standes und Berufes gemacht hat, ist nicht mehr derselbe, der er vorher war. Man darf den Richtern glauben – und die Judikatur beweist es –, daß sie daraus gelernt haben.[43]

Ob tatsächlich die Judikatur gleichsam automatisch durch solche Erfahrungen eine andere geworden ist, dürfte zu bezweifeln und wird im Folgenden noch genauer zu untersuchen sein. Spuren hinterließ das Erlebte jedoch, wie auch der Senatspräsident am BGH und spätere Generalbundesanwalt Max Güde feststellte, der davon sprach, dass die Justizjuristen „in der Einsicht in unser Gesamtversagen selber andere geworden“ seien.[44] Frühe soziologische Untersuchungen haben in solchen Erfahrungen einen relevanten Wendepunkt identifiziert. So vertrat beispielsweise Wolfgang Zapf die Ansicht: „Die Nachkriegsjahre mit Entnazifizierung und Entlassungen haben den ideologischen Kitt, die autokratisch-obrigkeitliche Ausrichtung der deutschen Beamtenschaft zu einem guten Teil aufgelöst.“[45] Richard Schmid, früher Justizkritiker und später Mitglied im Richterwahlausschuss für den BGH, hat dies in seinen Schriften zustimmend aufgegriffen.[46]

Als es dann drei Jahre nach Kriegsende bereits daran ging, einen neuen westdeutschen Teilstaat unter dem Schutz Frankreichs, Großbritanniens und der USA aufzubauen, wirkten bei den Akteuren in der Justiz die Reste des alten deutschen Juristenstolzes mit den erschreckenden Erfahrungen aus der NS-Zeit und den verstörenden, widersprüchlichen Erlebnissen der Jahre 1945 bis 1948 nach. Kein Wunder, dass die Vorstellungen, was und wie aus der jüngsten Vergangenheit zu lernen sei, welches der richtige Weg für eine neue rechtsstaatliche und demokratische deutsche Justiz sein könnte, bei den Hauptverantwortlichen weit auseinandergingen.

Das galt umso mehr, als mit dem Gesetz zu Artikel 131 des Grundgesetzes, das der Bundestag am 10. April 1951 ohne Gegenstimmen beschloss, schließlich auch noch jene wieder einzustellen waren, die bei Kriegsende in einem öffentlichen Dienstverhältnis gestanden hatten und bislang nicht oder nicht wieder auf ihrem Posten eingestellt worden waren. Nur wer als politisch schwer belastet anzusehen war, konnte nach diesem Gesetz noch ausgeschlossen werden. So kamen auch in die Justiz, die an der Verabschiedung dieses Gesetzes keinerlei Anteil hatte, wieder Personen, die man womöglich dort eigentlich nicht hatte verwenden wollen, mit denen man aber leben und umgehen musste, die zugleich die politische Mischung der Funktionsträger noch vielgestaltiger und sicher nicht einfacher gemacht haben.[47]

---

43 Geiger, Von der Aufgabe, in: *DRiZ* (1959), S. 336, wiederabgedruckt in Schumacher, Der Richter, S. 100–120, hier S. 113.

44 Güde, Justiz im Schatten, S. 12.

45 Zapf, Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht, S. 91.

46 Schmid, Justiz in der Bundesrepublik, S. 12.

47 S. zur Rolle der „131er“ in der Justiz Apostolow, Der „immerwährende Staatssekretär“, S. 70–72.

1.2 Justiz im Aufbau

Aus der Rückschau erscheint es durchaus bemerkenswert, wie intensiv die Zeitgenossen der unmittelbaren Nachkriegszeit die Neugestaltung des deutschen Justizwesens verfolgten. In breiten Bevölkerungskreisen und bei vielen Politikern der verschiedensten Parteien galt insbesondere der deutsche Richterstand durch seine Rechtsprechung vor 1933 als mitschuldig an der verbreiteten Justizkrise der Zwischenkriegszeit und am Untergang der Weimarer Republik. Folglich wurden die ersten Urteile deutscher Gerichte aufmerksam beobachtet und bei Missfallen rasch als Ausfluss eines fatalen, rückwärtsgewandten Denkens der Justizelite interpretiert.[48] Viele Richter hingegen sahen sich mehr als Opfer der Verhältnisse vor wie nach 1933, träumten von einem idealisierten, völlig unabhängigen und staatlich geachteten „Richterkönigtum“ und sahen eine völlige Entpolitisierung der Rechtspflege als den einzig gangbaren Weg im Rahmen der anstehenden Neuordnung der Rechtsverhältnisse.[49] Als mit den Frankfurter Dokumenten der westalliierten Militärbefehlshaber 1948 der Weg hin zu einer neuen westdeutschen Teilstaatlichkeit eingeschlagen wurde, entwickelten sich auch in den diversen vorbereitenden Gremien für die Verfassungsgebung die Diskussionen um die neue Gestalt des obersten deutschen Justizwesens. Während der Herrenchiemseeer Konvent, abgesehen von einigen Anregungen zur Zusammensetzung und Aufgabenbeschreibung eines künftigen Bundesverfassungsgerichtes, noch wenig Konkretes zur neuen Gestalt der Bundesjustiz formulierte, wurde das Thema im Parlamentarischen Rat in verschiedenen Gremien immer wieder diskutiert.[50]

Diskussionen im Parlamentarischen Rat

Das zentrale Diskussionsforum war eigentlich ein Arbeitsausschuss des Parlamentarischen Rates, der Ausschuss für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege, der sich am 12. Oktober 1948 als selbständiger Ausschuss konstituierte, allerdings noch rund eine Woche lang gemeinsam mit dem Organisationsausschuss tagte. In zehn Sitzungen mit einer Gesamtberatungszeit von rund 24 Stunden wurde im Rechtspflegeausschuss der Grundgesetz-Abschnitt zur Rechtspflege (Artikel 92–104 des Grundgesetzes) bearbeitet. Als Mitglieder gehörten diesem Ausschuss Paul de Chapeaurouge, Wilhelm Laforet,

48 Die Publikation von Wrobel ist leider vielfach polemisch verfasst, in Teilen sogar mit großem Zynismus geschrieben, stellt aber eine der ausführlichsten Analysen der Beratungen der verschiedenen Gremien des Parlamentarischen Rates dar und gibt die grundlegenden Tendenzen in der Beratung der verschiedenen Akteure in der Sache überwiegend zutreffend wieder. S. hierzu Wrobel, Verurteilt zur Demokratie, S. 253–255.

49 S. dazu die bei Schorn, Der Richter im Dritten Reich, gesammelten frühen Selbstentlastungszeugnisse und zur Entpolitisierung der Rechtspflege den Abschnitt 4.4 dieser Studie, insbesondere die dort thematisierten Publikationen von Hans Eberhard Rotberg.

50 Wrobel, Verurteilt zur Demokratie, S. 286–292.

Walter Strauß und Ernst Wirmer für die CDU/CSU, Fritz Löwenthal, Elisabeth Selbert, Friedrich Wilhelm Wagner und Georg August Zinn für die SPD, Max Becker von der FDP und Wilhelm Heile von der DP an.[51]

Die durchaus schon bejahrten Mitglieder dieses Ausschusses waren überwiegend in der Zeit des Kaiserreiches und der Weimarer Republik beruflich sozialisiert worden, mit einer Ausnahme auch durchweg juristisch gebildet. Eine allgemeine Skepsis über die demokratische Grundhaltung der Bevölkerung in Westdeutschland, ein sehr kritischer Blick auf die Entnazifizierung an sich und der Wunsch, keine grundlegenden Änderungen am deutschen Rechtssystem vorzunehmen, bestimmten das Denken der meisten Ausschussmitglieder, die sich schnell auch in Kompetenzfragen über die Zuständigkeit des Bundes und der Länder bei der Ausgestaltung der Justiz verfingen und längst nicht alle Referate über die zu beratenden Teilbereiche anhören konnten, die eigentlich geplant waren. Auch deshalb gewannen einige Mitglieder des Ausschusses wie der jüdischstämmige Walter Strauß, der das „Dritte Reich“ durch seine Ehefrau geschützt überlebt hatte und wenig später Staatssekretär im Bundesjustizministerium wurde, aber auch Georg August Zinn, ab 1950 Ministerpräsident in Hessen, die Meinungsführerschaft im Ausschuss. Die bisweilen detailreiche Diskussion des Ausschusses wurde im November 1948 noch durch die Hinzuziehung von hohen Repräsentanten der Justiz als Berater weiter intensiviert, deren gemeinsames Ziel es war, den Einfluss der Politik auf eine möglichst unabhängige und über den Parteien schwebende Justiz einzuschränken. Weil man so nicht recht vorankam, die Zeit aber drängte, erlangten auch der Redaktionsausschuss (und hier insbesondere der spätere erste Bundesjustizminister Thomas Dehler) wie der Hauptausschuss Einfluss auf die Ergebnisse der Beratungen, die am 11. Januar 1949 abgeschlossen wurden.[52]

Es bleibt auch in diesem wie anderen Ausschüssen das Verdienst von Elisabeth Selbert, wohl am klarsten das, was nunmehr Not tat, erkannt und benannt zu haben, auch wenn ihre Formulierungen manch einem zu weit gingen, weil sie darin die Gefahr einer völlig politisierten Justiz sahen. Ihrer Ansicht nach galt es nun, für den neuen Staat auch eine neu ausgerichtete Richterschaft zu gewinnen, die auf dem Boden des Grundgesetzes und in voller Bejahung der Demokratie im politischen Leben stand, ohne sich dabei parteipolitisch beeinflussen zu lassen.[53] Die Fiktion eines über dem Parteienstreit stehenden, nur einem abstrakten Staatsideal verpflichteten, unpolitischen Richters lehnte sie ab und drängte darauf, endlich anzuerkennen, dass es nun einmal keine unpolitische Justiz geben könne. Sie plädierte vor diesem Hintergrund für Richterwahlausschüsse, die neben den fachlichen Leistungen der Bewerberinnen und Bewerber für höchste Justizämter eben auch deren demokratische Eignung zu prüfen hätten, und wollte für den Fall eines demokratiefeindlichen Verhaltens auch

51 Feldkamp, Der Parlamentarische Rat, S. 83 f. Walter Strauß legte einen eigenen Reformvorschlag vor, der auch im Druck erschienen ist: Strauß, Die oberste Bundesgerichtsbarkeit.

52 Büttner/Wettengel, Der Parlamentarische Rat, S. XXXIX, XL, XCIII, XCVIII, CI, CII, CIII.

53 S. hierzu zusammenfassend Vogel, Elisabeth Selbert und das Richterbild, S. 71–80.

durch die Richteranklage Vorsorge für eine Entlassung solcher Personen treffen. In der Sitzung des Hauptausschusses am 9. Dezember 1948 stellte sie fest:

> Wenn man wie ich die Nazi-Justiz aus der Nähe, und zwar als Anwalt im Dritten Reich, erlebt hat, kann man die heiße Sorge verstehen, die wir Anwälte aus der damaligen Zeit, aber auch diejenigen, die hier als Opfer der damaligen Justiz sitzen, um die Weiterentwicklung der Justiz haben.

Richterwahlausschüsse müssten prüfen, ob die künftigen Richterinnen und Richter „die Gewähr dafür bieten, daß sie ihr Amt im Geiste der Demokratie und des sozialen Verständnisses ausüben werden."[54] Das sei nötig, weil schon jetzt wieder Richter entlastet würden, die schlimmstes Unrecht begangen hätten, und von einigen Landesjustizministern die Mär von der Untadeligkeit des deutschen Richterstandes in der NS-Diktatur verbreitet würde.

> Die Nazi-Justiz war eine gnadenlose Justiz. Ich habe es im Dritten Reich erlebt, daß man einen 16jährigen Jungen, der [...] nicht einmal geistig zurechnungsfähig war, deshalb zum Tode verurteilt hat, weil er nach einem Bombenangriff, bei dem das Untersuchungsgefängnis zerstört wurde, auf der Straße seine Häftlingskleider loswerden wollte und in einem Keller einen Anzug gestohlen hat. Man hat sich nicht gescheut, diesen Jungen wegen der an sich menschlich verständlichen Handlung als Volksschädling hinzurichten. Ich habe weiter erlebt, daß Dutzende von Frauen, die ich verteidigt habe, wegen Arbeitsverweigerung vor die Sondergerichte gestellt und verurteilt wurden, wenn sie nicht mehr in der Lage waren, der Arbeit nachzugehen. [...] Auch der Richter des Dritten Reiches hatte einen gewissen Spielraum. Er hat aber diesen Spielraum nicht ausgenutzt. In Nürnberg ist die Rede davon gewesen, welchen Spielraum er gehabt hat. Ich könnte noch eine ganze Serie von Fällen auch aus neuerer Zeit nennen, die uns mahnen, daß wir diesmal auf der Hut sein müssen. Unterstellen Sie uns doch nicht, daß wir den Richter unter die Parteipolitik einordnen wollen. Wir wollen zwar den politischen Richter, nicht aber den parteipolitischen Richter. Der politische Richter ist der Richter, der den Geist des Staates versteht, der sich als Diener des Staates, als Repräsentant des Staates fühlt und nicht hämisch über die Demokratie witzelt. [...] Ich sehe die Möglichkeit, den Richterstand gegen Faschismus und staatszersetzende Elemente tabu zu machen, ihn aber auch für den neuen Staat zu gewinnen, nur darin, daß der Richter nach seiner Persönlichkeit ausgewählt wird. Sagen Sie nicht, daß hier der Landesjustizminister die einzig richtige Stelle sei. Der Justizminister gehört wie jedes Kabinettsmitglied in der heutigen Zeit einer politischen Partei an. Ist da die Gefahr nicht viel größer, daß nach parteipolitischen Gesichtspunkten entschieden wird, als wenn ein Gremium entscheidet, das demokratisch zusammengesetzt ist? Diese Gesichtspunkte sollte man doch auch berücksichtigen. [...] Denken Sie daran, daß die Schatten der Vergangenheit hier vor uns stehen, daß wir im Sinne einer neuen Rechtsprechung im demokratischen Staat, aber auch im Sinne der Menschlichkeit Sicherheiten schaffen müssen, die in der Vergangenheit nicht vorhanden gewesen sind.[55]

Was Selbert forderte, klang in den Ohren vieler revolutionär, im Kern ging aber auch sie davon aus, dass es möglich sei, unter den bisherigen Amtsträgern eine Auswahl zu treffen, die einem neuen, demokratischen Justizwesen dienlich sein würde.

---

54 Feldkamp, Der Parlamentarische Rat, S. 725–729 (24. Sitzung des Hauptausschusses, 9.12.1948).
55 Feldkamp, Der Parlamentarische Rat, S. 725–729 (24. Sitzung des Hauptausschusses, 9.12.1948).

Die Diskussionsfronten in den Ausschüssen verliefen bisweilen quer zu den Parteizugehörigkeiten der Diskutanten, und Ausschussmitglieder wie Walter Strauß rangen intensiv um die Schaffung einer neuen Justiz im demokratischen Rechtsstaat, wenn auch mit anderen Akzentuierungen und Konzepten. Thomas Dehler wiederum präferierte die Ernennung der Richter durch die Exekutive und vertrat eher traditionelle Positionen der Richterschaft, vor allem wehrte er sich, obwohl mit einer jüdischen Frau verheiratet und selbst im Nationalsozialismus verfolgt, gegen eine Pauschalverurteilung der deutschen Richter.[56]

Die Dritte Staatsgewalt im Grundgesetz

Am Ende sah das Grundgesetz im Abschnitt IX für die neue westdeutsche Staatlichkeit eine starke und den beiden anderen Staatsgewalten gleichberechtigte Judikative vor und vertraute die Rechtsprechung in Artikel 92 den nach Artikel 97 unabhängigen Richterinnen und Richtern an. Mit Artikel 96 Absatz 1 bestimmte das Grundgesetz obere Bundesgerichte, und zwar, etwas später dann auch explizit genannt, den Bundesgerichtshof, das Bundesverwaltungsgericht, den Bundesfinanzhof, das Bundesarbeitsgericht und das Bundessozialgericht. In Artikel 96 Absatz 2 wurde die Wahl der oberen Bundesrichter durch einen Richterwahlausschuss, der paritätisch aus den Landesjustizministerinnen und -ministern und einer gleichen Anzahl von gewählten Vertreterinnen und Vertretern des Deutschen Bundestages zusammengesetzt sein sollte, geregelt[57] – vereinheitlichende Verfahrensregelungen für die Länderjustiz unterblieben. Für die Richteranklage wurde das Bundesverfassungsgericht zuständig, das einen Richter bei vorsätzlichem Verstoß gegen die Verfassung aus dem Dienst entfernen kann. Näheres wurde durch Artikel 97 Absatz 2 des Grundgesetzes geregelt. Ursprünglich sah die Verfassung noch ein oberstes Bundesgericht vor, das aber nie eingerichtet wurde und dann mit dem Gesetz zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (BGBI, S. 657 und 661) zugunsten eines gemeinsamen Senates der Bundesgerichte aus der Verfassung gestrichen wurde, weil die mit ihm intendierte Einheitlichkeit der obersten Rechtsprechung auch auf diesem Wege gut geregelt werden konnte.[58]

Einzelheiten zur Richterwahl regelte das am 25. August 1950 in Kraft getretene Richterwahlgesetz. Es bestimmte, dass Richterwahlausschüsse für alle oberen Bundesgerichte einzusetzen waren. Im Falle des Bundesgerichtshofes bestimmte dieser gemeinsam mit dem Bundesjustizminister die höchsten Richter des Landes in Straf- und Zivilsachen. Die ausgewählten Richterinnen und Richter waren sodann durch den

56 Wengst, Thomas Dehler, S. 127.

57 BGBl I, 23.5.1949, Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland.

58 Büttner/Wettengel, Der Parlamentarische Rat, S. CVII. S. a. die Diskussionen zusammenfassend Niclauß, Der Weg zum Grundgesetz, S. 235–249.

Bundespräsidenten zu berufen. Die Zusammensetzung des Richterwahlausschusses ergab sich schon nach dem Grundgesetz: Den Mitgliedern kraft Amtes, also den Landesjustizministern, stand die gleiche Anzahl von Mitgliedern gegenüber, die vom Bundestag gewählt wurden, und zwar nach dem Verhältniswahlrecht. Dem Bundesjustizminister wurden die Einberufung des Gremiums und der Vorsitz vorbehalten, er war aber nicht stimmberechtigt. Gleichwohl kommt ihm bis heute eine zentrale Rolle zu, weil ihm die Zustimmung zu den in geheimer Abstimmung mit einfacher Mehrheit gewählten Kandidatinnen und Kandidaten zugebilligt wurde. Erst nach dieser Zustimmung ist die Beantragung der Ernennung beim Bundespräsidenten vorgesehen.[59]

Es war ins Auge gefasst, diese gesetzlichen Regelungen durch ein eigenes Richtergesetz zu ergänzen, das die Rechtsstellung der Justizangehörigen im Detail regeln sollte. Doch dazu kam es vorerst nicht. Die deutschen Richter auf Landes- wie Bundesebene mussten auf die Umsetzung dieses Vorhabens noch bis 1962 warten.

Überblickt man diese Abläufe insgesamt, so wird deutlich, dass an der Notwendigkeit einer grundlegenden Neuaufstellung der dritten Staatsgewalt, die deren Rückkehr zu den humanen Werten der westlichen Wertegemeinschaft intendierte, weder bei den Repräsentanten des deutschen Widerstandes noch bei den Alliierten irgendein Zweifel bestand. Konsentiert war bei den meisten Entscheidungsträgern zudem, dass es notwendig und auch möglich war, dieses Ziel mit dem überkommenen Justizpersonal zu erreichen, das eben einer strengen Auslese zu unterwerfen war. Der Weg dorthin war gleichwohl unter den politisch relevanten Akteuren umstritten. Weniger umstritten war – auch bei den Alliierten – hingegen die Vorstellung, dass Deutschland an eine achtbare Justiztradition der Zeit vor 1933 irgendwie anknüpfen konnte. Dies alles, auch der einmalige Vorgang der Entnazifizierung, beeinflusste die Repräsentanten der Justiz, freilich nicht in gleichförmiger Weise. Alles in allem schuf diese Ausgangslage aber durchaus eine gewisse Veränderungsdynamik, deren Ergebnis abzuwarten war.

59 Zusammenfassung und Analyse der gerichtlichen Regelungen siehe bei Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 167–177; die Hintergründe zu Dehlers Position bei der Erarbeitung des Richterwahlgesetzes schildert klarer Wengst, Thomas Dehler, S. 146 f.

2 Die Gründung des Bundesgerichtshofes

2.1 Köln oder Karlsruhe oder …?

Mit den grundgesetzlichen Regelungen zum Aufbau einer eigenen Bundesjustiz und dem Richterwahlgesetz war ein Anfang gemacht – nun ging es für das neu gegründete Bundesjustizministerium unter dem FDP-Politiker Thomas Dehler darum, schnellstmöglich die Umsetzung der Vorgaben zu bewerkstelligen. Es ist bemerkenswert, in welch atemberaubender Geschwindigkeit in den Trümmern des untergegangenen „Dritten Reiches" in wenigen Wochen und Monaten unter schwierigsten Bedingungen und Mangellagen ein Neuanfang für die obersten Justizorgane gelang. Vieles musste improvisiert werden und blieb vorläufig, aber die in dieser Anfangszeit getroffenen Entscheidungen hatten lange Wirkung und erklären bereits zu einem Gutteil, warum sich der Bundesgerichtshof so entwickelte, wie er sich entwickelte.

Kein Geringerer als der spätere Präsident des Bundesgerichtshofes Gerd Pfeiffer hat bereits 1990 in der Publikationsreihe des Rechtshistorischen Museums den Weg Karlsruhes zur „Residenz des Rechts" beschrieben. Die im Bundesarchiv Koblenz lagernden Akten des Bundesjustizministeriums weisen darüber hinaus jedoch noch einige wichtige historische Details auf, die die Entscheidung für Karlsruhe als Sitz des obersten deutschen Gerichts in Straf- und Zivilsachen erklärlich machen und zugleich Prägungen des frühen Bundesgerichtshofes erkennen lassen, die für seine weitere Arbeit von Bedeutung waren.

Dass die obersten Justizorgane des Staates zweckmäßigerweise in einiger Entfernung vom Sitz der Regierung amtieren sollten, um ihre Unabhängigkeit auch räumlich zu verdeutlichen, war schon im Kaiserreich die Mehrheitsmeinung. Aus diesem Grunde wurde Leipzig und nicht Berlin zum Sitz des 1879 errichteten Reichsgerichts bestimmt. Dieser Umstand war den politischen Akteuren 1949/50 nach wie vor im Gedächtnis, und daher wurden etliche Standorte außerhalb des Regierungssitzes Bonn erwogen.[1]

Optionen

Naheliegend war der Sitz des Obersten Gerichts für die Britische Zone, das seit etwa zwei Jahren Aufgaben erledigte, die denen des Bundesgerichtshofes weitgehend entsprachen: Köln. Hier waren schon Gebäude vom Gericht bezogen, hier gab es schon

1 Pfeiffer, Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts, S. 12 f. S. ergänzend auch Fischer, Karlsruhe wird Residenz des Rechts, S. 49–58. Auch der zweite BGH-Präsident Bruno Heusinger hat die – von ihm positiv wahrgenommene – Entscheidung für Karlsruhe reflektiert. S. Heusinger, Der Bundesgerichtshof in Karlsruhe, S. 165, 175.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-003

eine Menge Personal, das man übernehmen konnte, hier waren schon Strukturen vorhanden, die eine schnelle Arbeitsaufnahme ermöglicht hätten. Vor allem aber: Für Köln machte sich der erste Bundeskanzler der Bundesrepublik Deutschland Konrad Adenauer, vormals Kölner Oberbürgermeister und entschiedener Rheinländer, sofort stark. Adenauer meinte, Köln müsse für die Aufwendungen entschädigt werden, die es beim Aufbau von Bonn als Regierungssitz aufgebracht habe.[2] Mit solchem Rückenwind konnte sich Köln definitiv Hoffnungen machen, Sitz des ersten oberen Gerichtshofes zu werden, der nun gegründet werden sollte, und damit womöglich auch weitere Justizbehörden, vor allem auch das Bundesverfassungsgericht, anzuziehen. Doch es sollte ganz anders kommen, und dafür trug der erste Bundesjustizminister, Thomas Dehler, die Verantwortung, der taktisch geschickt seine Vorstellungen durchzusetzen wusste.

Karlsruhe, wo man durch die im Gange befindliche Südweststaatsgründung dem Verlust der Funktion als badische Landeshauptstadt entgegensehen musste, hatte recht früh die Zeichen der Zeit erkannt und sich bereits am 26. Oktober 1949 an Bundeskanzler Adenauer gewandt. Die Stadt sei schwer vom Kriege getroffen, mit der Zusammenlegung von Baden und Württemberg zum Südweststaat gingen der Stadt nun eine Menge Arbeitsplätze und ökonomische Nachfrage verloren, da sei es jetzt nur richtig, wenn Bundesbehörden, gerne auch die oberste Bundesjustiz, nach Karlsruhe gebracht würden, um diesen Verlust einigermaßen auszugleichen. In ähnlicher Weise äußerte sich der Bevollmächtigte des Landes Württemberg-Baden bei der Bundesregierung, der einen Monat später schrieb, allerdings nicht an Adenauer, sondern an den Bundesjustizminister. Dabei wurde ein klares Signal gesetzt: Karlsruhe werde „jedes nur mögliche Entgegenkommen zeigen“. Nur wenige Tage später, am 30. November 1949, legte der Karlsruher Oberbürgermeister Friedrich Töpper, der mittlerweile verstanden hatte, dass er beim Bundeskanzler nicht weiterkommen würde, in einem eigenen Brief an den Bundesjustizminister nach: Karlsruhe biete sich für die oberste Bundesjustiz an, weil es eine große Verwaltungs- und Justiztradition habe, es sei für die Beamten immer ein „angenehmer Wohnplatz“ gewesen, habe eine gute Infrastruktur und vor allem Gebäude wie das Erbgroßherzogliche Palais, in dem das Gericht untergebracht werden könne, zudem gebe es hinreichend Wohnraum für die Bediensteten des Gerichts. Töpper bat um eine Unterredung mit Dehler, die ihm auch am 8. Dezember 1949 gewährt wurde. Etwa zu diesem Zeitpunkt muss Dehler von der Karlsruher Offerte überzeugt worden sein, denn die Stadt legte noch kurz vor Weihnachten 1949 weitere Unterlagen, darunter Baupläne, vor und gab zu erkennen, dem Minister weit entgegenkommen zu wollen, wenn man nur das obere Bundesgericht in die Stadt bekäme.[3] Der briefliche Kontakt mit dem Bundesjustizminister hörte nun gar nicht

2 Pfeiffer, Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts, S. 13.

3 BA, B 141/1990, OB Töpper an Bundeskanzler Adenauer, 26.10.1949, Der Bevollmächtigte des Landes Württemberg-Baden bei der Bundesregierung an den Bundesminister der Justiz, 26.11.1949, OB Töpper an Bundesminister der Justiz, 30.11.1949, nebst internem Vermerk.

mehr auf: Am 17. Januar 1950 meldete sich der Fraktionsvorsitzende der CDU-Stadtratsfraktion Siegfried Kühn bei Dehler – ein Richterkollege, der Teil des widerständigen Netzwerkes des 20. Juli 1944 um den Karlsruher Rechtsanwalt Reinhold Frank gewesen war. Bürgermeister Heurich wandte sich sodann am 25. Januar 1950 wieder an Dehler, am 23. Februar 1950 war es wieder Töpper, der an Dehler schrieb und mit einer mittlerweile ausgearbeiteten Denkschrift der Stadt Karlsruhe aufwartete. Sie alle bestätigten, wie ernst es Karlsruhe mit seiner Bewerbung war, wie seriös das Karlsruher Angebot sei und wie bereit man zu allerhand Zugeständnissen war.[4]

Die übersandte Karlsruher Denkschrift fasste eine Reihe praktischer Argumente für die badische Landeshauptstadt zusammen, so etwa, dass es einen regionalen Gegenpol zum Rheinland, wo die Bundesregierung und das Parlament residierten, geben sollte, der zweckmäßigerweise im deutschen Südwesten liegen müsse, die gute Verkehrslage von Karlsruhe, die Nähe zur Universitätsstadt Heidelberg, der vorhandene Wohnraum für die Richter und mit dem Palais ein Dienstgebäude, das „voll der Würde des hohen Gerichtshofes“ entspreche, sowie ein angeblich reiches kulturelles Leben in der Stadt.[5] Sie stellte aber auch auf einen markanten Punkt ab, der den geschichts- und traditionsbewussten Dehler nicht unberührt gelassen haben dürfte, hatte er sein liberales Weltbild doch an dem frühen, zu diesem Zeitpunkt politisch noch ganz anders orientierten Edgar Julius Jung ausgebildet, der die Ursprünge des Liberalismus in der deutschen Verfassungs- und Demokratiegeschichte betont hat:[6] „Die Grundlinien einer demokratischen Entwicklung sind, wie historisch nachweisbar ist, in Baden und auch in Württemberg in der Vergangenheit vorbildlich durchgekämpft worden.“ Die Revolution von 1848 habe in Baden eine feste Stütze gehabt und die stets liberal geprägten badischen Landesregierungen hätten Karlsruhe schon früh zu einer liberal gesinnten Juristenstadt gemacht. Die gleichen Argumente machte die Rechtsanwaltskammer Nordbaden in einem Schreiben an Dehler stark, das nur wenige Tage später abgesandt wurde:

> Das Land Baden zeichnet sich – und das ist gerade in der heutigen Zeit für das ‚seelische Klima‘ eines obersten Bundesgerichts vielleicht besonders wichtig – durch eine alte, gerade durch die Anwaltschaft getragene demokratische Tradition aus: Die Bewegung des Jahres 1848 ging bekanntlich im wesentlichen aus dem badischen Landtag in Karlsruhe und seinen aus der Anwaltschaft stammenden Mitgliedern hervor, welche Tradition bis zum heutigen Tage nie erloschen ist. Für die Entwicklung des neuen Bundesrechts dürfte es wichtig sein, dass der Bundesgerichts-

4 Die einschlägigen Schreiben alle in BA, B 141/1990. Die Denkschrift ging mit einem recht kühlen Brief auch an Bundeskanzler Adenauer, in dem Heurich bat, die Haltung gegenüber Karlsruhe doch zu ändern. S. Maassen/Hucko, Thomas Dehler, S. 97–104.

5 Die offiziell überreichte Denkschrift: „Karlsruhe als Sitz des Obersten Bundesgerichts“. Eine Denkschrift der Stadtverwaltung an Bundestagsabgeordnete und andere maßgebende Stellen, in: Amtsblatt für den Stadtkreis Karlsruhe Nr. 9, 2, März 1950, S. 1 f.

6 Wengst, Thomas Dehler, S. 14, 29.

> hof der Sphäre des norddeutschen Preussentums [sic!] etwas ferner gerückt und dem süddeutschen demokratischen Schwerpunkt des Bundesgebietes näher gerückt wird.[7]

Und in der *Badischen Post* lobte man einen Tag später, wie geschickt Karlsruhe den liberalen badischen Geist als Argument im Wettbewerb um den Bundesgerichtshof nutze, und bestärkte die historische Argumentation:

> Das Land Baden ist alter demokratischer Boden, auf dem ein toleranter Geist, ein von Überspanntheiten freies, großdeutsches Denken, Hoffen und Wirken immer lebendig waren, wie auch Württemberg mit ein Vorbild demokratischer Ziele und Ideale in den glühenden Jahren 1848/49 gewesen ist. [...] Die Monarchie in diesem Lande war die liberalste in Deutschland, und Baden hat dem Reiche bedeutende demokratische Kräfte gestellt.[8]

Sicher nicht ganz unerheblich war hinsichtlich der außenpolitischen Situation Deutschlands nach dem Krieg zudem der Verweis der Denkschrift auf die Nähe Karlsruhes zu den sich in Straßburg entwickelnden europäischen Institutionen.[9]

Während Karlsruhe im Winter 1949/50 den Bundesjustizminister bisweilen im Wochenrhythmus mit seiner Bewerbung um den Sitz des Bundesgerichtshofes bedrängte, hatte Adenauer am 11. und wieder am 18. Januar 1950 in einem Brief an Dehler Köln offiziell favorisiert und auch in der Sitzung des Bundeskabinetts am 17. Februar 1950 keinen Zweifel an seiner Präferenz für Köln gelassen. Dehler wiederum ließ in der nächsten Kabinettsitzung vom 21. Februar 1950 erkennen, dass er Karlsruhe favorisiere.[10] Neben Köln hatte aber auch noch eine Reihe anderer Städte ihr Interesse an der Aufnahme des Bundesgerichtshofes bekundet, freilich weit weniger aktiv, als Köln dies mit der Hilfe des Bundeskanzlers konnte und Karlsruhe es aus eigener Kraft mit großem Nachdruck tat.

Im Februar 1950 warf Berlin seinen „Hut in den Ring“, wohl wissend, dass seine Lage im Kalten Krieg mitten im Staatsgebiet der DDR wenig dafür sprach, gerade hierhin den Bundesgerichtshof zu legen. Der Unterstützungsbrief des Generalstaatsanwalts beim Kammergericht an Bundesjustizminister Dehler vom 26. Februar 1950 lässt aber bereits die Anregung eines detachierten Senats in Berlin erkennen, die dann später mit dem 5., in Berlin residierenden, Strafsenat des BGH tatsächlich umgesetzt wurde. Der Generalstaatsanwalt beim Kammergericht argumentierte, Berlin habe es wegen seiner tapferen Bevölkerung, die der Berlin-Blockade der Sowjetunion standgehalten habe, verdient, oberste Justizbehörden zu bekommen. Wenn das aus politi-

---

7 BA, B 141/1990, Denkschrift „Karlsruhe als Sitz des oberen Bundesgerichts“, Fassung 24.2.1950, Rechtsanwaltskammer Baden an Bundesjustizminister, 3.3.1950.

8 Wohin kommt das Obere Bundesgericht?, in: *Badische Post*, 4.3.1950.

9 BA, B 141/1990, Denkschrift „Karlsruhe als Sitz des oberen Bundesgerichts“, Fassung 24.2.1950.

10 Mensing, Adenauer, S. 159. Adenauer sprach in diesem Brief geradezu vorwurfsvoll davon, Dehlers Äußerungen hätten in Köln „große Beunruhigung“ hervorgerufen, auch unter den Mitgliedern des Obersten Gerichtshofes. S. a. Pfeiffer, Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts, S. 13; Wengst, Thomas Dehler, S. 145.

schen Gründen nicht ginge, dann solle man einen BGH-Strafsenat dorthin verlegen, weil die Besonderheiten der großstädtischen Kriminalität in Berlin das zum einen erforderten, zum anderen weil die BGH-Strafrechtsprechung nur im Angesicht der Berliner Situation auf der Höhe der Zeit gehalten werden könne.[11]

Bis Januar 1950 waren auch Bewerbungen aus anderen Städten eingegangen, die im Bundesjustizministerium vornehmlich hinsichtlich der räumlichen Unterbringungsmöglichkeiten für Gericht und Justizangehörige ausgewertet wurden: Braunschweig wollte den BGH im Gebäude des dortigen Oberlandesgerichts unterbringen, Frankfurt bot das Casella-Haus oder alternativ das Siegmund-Strauss-Haus, in dem der Wirtschaftsrat getagt hatte, als Sitz des BGH an. Hamburg schlug vor, den BGH doch im Bau des nun überflüssig werdenden Zentral-Justizamtes unterzubringen und wollte zusätzlich einen Neubau errichten, alternativ sei es auch möglich, den BGH in das Gebäude des Hanseatischen Oberlandesgerichts zu setzen. Kassel hatte das wohl größte Raumangebot zu offerieren: Dort hätte der BGH in das Gebäude des ehemaligen Generalkommandos mit 400 Räumen einziehen können, freilich waren diese noch belegt und hätten erst freigeräumt werden müssen. Auch Wiesbaden bewarb sich: Der Regierungssitz der hessischen Landesregierung wollte dem BGH ein altes Museum als Gebäude überlassen und bei Bedarf neu bauen.[12] Bemerkenswert sind zudem die erst im März und April beziehungsweise Juni 1950 eingelaufenen Bewerbungen von Koblenz, Göttingen und Wetzlar. Für Koblenz intervenierte der rheinland-pfälzische Justizminister Adolf Süsterhenn, der schon an der Ausarbeitung des Grundgesetzes beteiligt gewesen war. Da Landesregierung und Parlament von Rheinland-Pfalz zu dieser Zeit gerade im Begriff waren, aus dem Provisorium Koblenz in die Landeshauptstadt Mainz umzuziehen, wurden in Koblenz etliche Gebäude frei, so unter anderem das Regierungspräsidium am Rhein, das bislang von der französischen Besatzungsverwaltung genutzt worden war.[13] Wetzlar bemühte wiederum die Geschichte und erinnerte an das im 18. Jahrhundert noch in Wetzlar ansässige Reichskammergericht und seinen berühmtesten „Praktikanten“ Johann Wolfgang von Goethe. Der BGH könne heute unschwer in der Spilburg untergebracht werden.[14]

Während in diesen Wochen nun manch ein Brief verschiedenster Interessenvertreter mit Ratschlägen für den Sitz des BGH im Bundeskanzleramt wie im Bundesjustizministerium einlief, machte man sich in Dehlers Behörde an die Definition von Kriterien, nach denen die Auswahl des Sitzortes für den BGH getroffen werden sollte. Damit wehrte er zunächst das drängende Nachfragen des Kanzlers schon im Januar 1950 ab, der erkennen musste, dass Dehler seinem Wunsch, Köln zum Sitz des BGH zu

11 BA, B 141/1983, Generalstaatsanwalt beim Kammergericht Berlin an Bundesjustizministerium, 26.2.1950.

12 BA, B 141/1983, Bericht zur Frage des Sitzes des Bundesgerichtshofes, o.Dat.

13 BA, B 141/1996, Süsterhenn an Dehler, 28.3.1950.

14 BA, B 141/2001, MdB Dr. Erich Köhler an Dehler, 12.7.1950, Bürgermeister Wetzlar an Ministerpräsident Stock, 4.7.1950.

machen, nicht einfach entsprechen würde.[15] Nach einem Vermerk vom 26. Januar 1950 waren es neun Gesichtspunkte, die bei der Wahl des Sitzortes für den BGH beachtet werden sollten:

1. Es müssten hinreichend große Gebäude für die Unterbringung des Gerichtes vorhanden sein.
2. Die Nähe zu einer guten juristischen Bibliothek sei wichtig.
3. Die Nähe zu einer Universitätsstadt sollte gegeben sein.
4. Es sollte eine anregende geistige Atmosphäre am Sitz des BGH herrschen, ohne dass das Gericht aber in seiner Arbeit gestört werde. Zu nahe am Sitz von Regierung und Parlament sollte der BGH aber auch nicht residieren.
5. Die Richter sollten ausreichenden Wohnraum in der Nähe finden können.
6. Eine „entscheidende Rolle“ sollte auch die Höhe der aufzuwendenden Kosten spielen.
7. Es sollte möglich sein, neben dem BGH auch noch andere obere Gerichte in der betreffenden Stadt unterzubringen.
8. Der Sitz des BGH sollte verkehrstechnisch gut erreichbar sein.
9. Die oberen Gerichte des Bundes sollten so in der Republik liegen, dass eine möglichst gleichmäßige Verteilung der Bundesbehörden auf die Länder erfolgte.[16]

Dehlers „Sieg“

Adenauer kümmerte sich freilich nicht viel um Dehlers Vorgehensweise und teilte ihm am 17. März 1950 mit, dass er nach wie vor für Köln als Sitz des BGH sei und das Bundesarbeitsgericht nach Kassel kommen solle, weiterhin, dass er dies in der Kabinettsitzung am 21. März besprechen und Karlsruhe nötigenfalls mit der Bundesmonopolverwaltung entschädigen wolle.[17] Eine entsprechende Kabinettsvorlage vom 5. April 1950 ließ Adenauer sodann in der Kabinettsitzung am 12. Mai 1950 abstimmen. Damit hatte das Bundeskabinett Köln zum Sitz des BGH bestimmt.[18] In Württemberg-Baden wie in Karlsruhe bereitete die Nachricht darüber helle Aufregung. Der Ministerrat und die Stadtverwaltung sandten sofort Telegramme an Dehler, in denen die Bezugsfertigkeit der Wohnungen für die Richter erneut garantiert wurde. Oberbürgermeister Töpper hatte den Bundeskanzler zuvor schon wissen lassen, dass die Stadt

15 BA, B 141/2002, Adenauer an Dehler, 11.1.1950, Dehler an Adenauer, 11.1.1950 und wiederum Adenauer an Dehler, 18.1.1950. S. a. die Faksimiles bei Maassen/Hucko, Thomas Dehler, S. 19–123.

16 BA, B 141/2002, Vermerk 26.1.1950.

17 BA, B 141/2002, Adenauer an Dehler, 17.3.1950.

18 Pfeiffer, Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts, S. 14–16. S. im Einzelnen BA, B 141/2002, Note zu Punkt 13 der 65. Kabinettsitzung am 12.5.1950.

sich unmöglich mit einer nebensächlichen kleinen Bundesbehörde zufriedengeben könne.[19]

Doch Bundesjustizminister Dehler hatte noch einen weiteren Trumpf in der Hinterhand: Wie ein Vermerk über die Form, in der der Sitz der obersten Bundesgerichte zu bestimmen ist, vom 3. Mai 1950 bereits zeigt, konnte er darauf verweisen, dass seit jeher der Sitz der obersten Gerichte in Deutschland immer schon durch ein vom Parlament beschlossenes Gesetz festgelegt worden sei. Darin hieß es: „Von dieser wohlbegründeten deutschen Praxis abzugehen, besteht kein Anlaß. Die Bestimmung des Sitzes der obersten Bundesgerichte ist eine so bedeutsame Entscheidung, daß sie dem Parlament vorbehalten bleiben sollte."[20] Adenauer dürfte der Vermerk bei der von ihm am 12. Mai initiieren Kabinettabstimmung bekannt gewesen sein, musste einige Tage später dem Argument Dehlers nun aber wohl oder übel Rechnung tragen. Dennoch versuchte er nach wie vor in einem Brief an den Präsidenten des Deutschen Bundestages vom 1. Juni 1950 das Parlament für Köln als Sitz des BGH zu gewinnen.[21]

Der Bundestag bildete nun einen Unterausschuss „Sitz des Bundesgerichtshofes", der am 13. Juli 1950 ungefähr nach den in Dehlers Hause schon zu Jahresanfang definierten Kriterien die vorliegenden Bewerbungen beurteilte. Allerdings zeigen die angewandten Beurteilungsgesichtspunkte auch leichte Verschiebungen:

1. sollte das Gericht nach Möglichkeit in einem Gebäudekomplex untergebracht werden,
2. sollte eine sofortige Beziehbarkeit sichergestellt sein, Provisorien waren auszuscheiden,
3. die Unterbringung der Richter und ihrer Familien sollte sofort möglich sein,
4. die finanziellen Aufwendungen des Bundes für das Gebäude des BGH sollten so gering wie möglich gehalten werden,
5. eine Nähe zu einer Universität, zumindest zu hinlänglichen Bibliotheken wurde als wichtig angesehen,
6. der Sitz des BGH sollte nicht völlig außerhalb des politischen und wirtschaftlichen Lebens liegen,
7. eine gewisse Streuung der Bundesbehörden über das Bundesgebiet sollte bedacht werden und
8. sollten günstige Verkehrsverhältnisse vorhanden sein.

19 BA, B 141/1990, Telegramme Ministerrat des Landes Württemberg-Baden an Dehler und Töpper an Dehler, 13.05.1950 und Töpper an Adenauer, 18.4.1950.

20 BA, B 141/2002, Vermerk über die Form, in der der Sitz der obersten Bundesgerichte zu bestimmen ist, 3.5.1950. Dehler brachte diesen Vermerk Adenauer und dem Kabinett bereits mit Schreiben vom 8. Mai zur Kenntnis. S. Maassen/Hucko, Thomas Dehler, S. 125; Wengst, Thomas Dehler, S. 146 hat diese Taktik Dehlers als erster klar dargelegt.

21 BA, B 141/2002, Adenauer an Präsident des Deutschen Bundestages, 1.6.1950.

Zudem waren Kasernenanlagen als Quartier für den BGH ausgeschlossen, und man wollte sich nur auf bindende Zusagen der Bewerber verlassen.[22]

Diese Kriterien kamen Karlsruhe zugute. Schon in früheren internen Papieren des Bundesjustizministeriums hatte es geheißen: „Das schönste und würdigste Gerichtsgebäude kann Karlsruhe aufweisen“. Dort seien auch gut Sitzungssäle unterzubringen. Karlsruhe bot 100 Wohnungen für die Richter und Mitarbeiter des BGH sofort bezugsfertig an, und es war nicht davon auszugehen, dass gerade diese etwas teureren Wohnungen in Karlsruhe besonders nachgefragt wären, so dass es zu Verstimmungen in der Bevölkerung kommen könnte, weil die Richter den Karlsruhern diese Wohnungen wegnähmen. Wenn man davon ausginge, dass zu Beginn für den BGH und das Bundesverfassungsgericht rund 121 Beamte, davon 66 Richter, Bundesanwälte und Hilfsrichter sowie 69 Angestellte und 28 Arbeiter unterzubringen wären, dann wurde ein Raumbedarf von 160 Räumen mit 4000 qm Fläche errechnet, zuzüglich einiger großer Sitzungssäle. Sobald sich zwei Richter ein Dienstzimmer teilen würden, wären nur noch 130 Räume notwendig. Mit 120 Wohnungen, so meinte man im Bundesjustizministerium, wären die Bedarfe der Richter und ihrer Familien gut abzudecken.

Der in dieser Phase der Beschlussfassung aber wohl wichtigste Punkt dürfte gewesen sein, dass der Standort Karlsruhe einen unschlagbar günstigen Mietzins von ca. 40.000 bis 50.000 DM anbot. Dass Karlsruhe bei anderen Kriterien, wie etwa der Nähe zu einer Universität, weniger günstig dastand, machte nunmehr offenbar nur wenig aus. Der Ausschuss beschloss jedenfalls, Köln wie die meisten anderen Bewerbungen, unter denen sich zu diesem Zeitpunkt auch eine von Bamberg, der Heimatregion Dehlers, befand, auszuschließen. Nur die Bewerbungen von Kassel und Karlsruhe sah man als weiter beachtenswerte Angebote an, mit einigem Abstand kam auch Braunschweig noch für den Unterausschuss in Frage.[23]

Diese Beratungsergebnisse wurden vom Ausschuss für Rechtswesen und Verfassungsrecht unter seinem Vorsitzenden Wilhelm Laforet (CSU) weiter besprochen, während den Mitgliedern des Bundestages Gelegenheit gegeben wurde, sich in einem separaten Sitzungszimmer über die verschiedenen Angebote der Städte zu informieren. Die Städte, die sich um den Sitz bewarben, hatten zudem die Gelegenheit, ihre Angebote vor dem Rechtsausschuss zu erläutern. Negativ vermerkte der Abgeordnete Friedrich Maier (SPD, Freiburg), dass dabei allein Köln gegen Karlsruhe polemisiert habe und trotz der viel diskutierten Nachteile Kölns von verschiedenen Seiten immer wieder für diese Stadt interveniert worden sei, zuletzt auch von den Richtern des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone. Der Ausschuss habe aber mit 18 Ja- und 3 Neinstimmen dafür votiert, Köln aus dem Bewerberfeld aussichtsreicher Kandidaten auszuscheiden. Schließlich sei man mit 18 Ja-Stimmen und 4 Enthaltungen übereinge-

22 BA, B 141/2002, Kurzprotokoll über die Sitzung des Unterausschusses „Sitz des Bundesgerichtshofes“, 13.7.1950.

23 BA, B 141/1983, Bericht zur Frage des Sitzes des Bundesgerichtshofs, o.Dat.; BA, B 141/2002, Bericht zur Frage des Sitzes des Bundesgerichtshofes, 23.1.1950.

kommen, dem Bundestag zu empfehlen, Karlsruhe zum Sitz des Bundesgerichtshofes zu bestimmen.

Folglich wurde genau dieser Antrag in der Sitzung des Bundestages vom 26. Juli 1950 gestellt. Nachdem auch hier einzelne Abgeordnete nun wieder für die von ihnen favorisierten Städte geworben hatten, wurde in mehreren Abstimmungsrunden ein Karlsruher Konkurrent nach dem anderen ausgeschieden und, dem Antrag des Rechtsausschusses folgend, endgültig Karlsruhe zum Sitz des Bundesgerichtshofes gemacht.[24] Das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens und des Kostenrechts erhielt damit in Artikel 1 unter Ziffer 51 als § 123 den Satz: „Sitz des Bundesgerichtshofes ist Karlsruhe".

Noch in den letzten Stunden vor dieser Entscheidung hatte Adenauer versucht, seiner Heimatstadt zu helfen, indem er Dehler das Gerücht wissen ließ, Karlsruhe verspreche mehr, als es halten könne, das Erbgroßherzogliche Palais sei unmöglich bis zum Oktober 1950, dem projektierten Eröffnungstermin des BGH, fertig zu stellen. Auch in der *Kölnischen Rundschau* versuchte man Karlsruhe als Standort zu diskreditieren, indem man das Erbgroßherzogliche Palais mit dem kriegszerstörten Dach abbildete, das sich mittlerweile schon wieder im Aufbau befand.[25] Natürlich dementierte man in Karlsruhe alle Gerüchte und Vorwürfe, aber Dehler scheint die Entscheidung für Karlsruhe am Ende doch auch Sorgen bereitet zu haben: Am 2. August bat er den Präsidenten des Landesbezirks Baden sehr dringlich, jetzt nun doch unbedingt dafür zu sorgen, dass der BGH auch pünktlich eröffnet werden könne, weil es sonst für ihn „unangenehme Schwierigkeiten" mit sich brächte, wenn „uns Karlsruhe in unseren Erwartungen enttäuschen würde". Der künftige Bürodirektor des BGH werde jetzt schon nach Karlsruhe entsandt und stehe ab sofort als Verbindungsmann zur Verfügung. Zudem werde er einmal pro Woche seinen persönlichen Referenten, Oberlandesgerichtsrat Willi Geiger, der wenig später auch Richter am BGH wurde, nach Karlsruhe schicken, um den Baufortschritt zu prüfen.[26] Der Oberbürgermeister beruhigte den Justizminister jedoch: „Die Stadtverwaltung und die Einwohnerschaft der Stadt werden bemüht sein, alles zu tun, damit das Obere Bundesgericht und seine Mitarbeiter hier eine würdige Heimstätte finden."[27] Das Störfeuer hörte aber auch im Sommer 1950 nicht auf: Der Abgeordnete Hermann Pünder (CDU), vor kurzem noch Oberbürgermeister in Köln, besuchte im September die Karlsruher Baustelle, stellte zwar Fortschritte fest, ließ seiner ätzenden Kritik aber freien Lauf: Hätte man sich für Köln entschieden, wäre längst alles geregelt, in Karlsruhe dagegen werde man unmöglich den Bauplan einhalten können. Er sehe es

24 Pfeiffer, Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts, S. 16 und Anhang, S. 72–76.

25 Dramatische Abstimmung in Bonn, in: *BNN*, 27.7.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH); BA, B 141/1990, Vermerk 24.7.1950, in dem von der Weitergabe von Gerüchten, die Adenauer gehört habe, an Dehler gesprochen wird.

26 BA, B 141/1990, Vermerk, 24.7.1950. Präsident Landesbezirk Baden an Dehler, 29.7.1950, Dehler an Präsident Landesbezirk Baden, 2.8.1950.

27 BA, B 141/1990, Töpper an Dehler, 7.8.1950.

als notwendig an, den Bundeskanzler, den Finanzminister und die Vorsitzenden des Rechts- und Haushaltsausschusses des Bundestages über die Lage in Karlsruhe und die höchstwahrscheinlich explodierenden Baukosten zu informieren. Dehler ließ sich das nicht gefallen und antwortete Pünder bestimmt und unter Korrektur manch einer Unterstellung Pünders. Vor allem aber wies er darauf hin, „daß der Bundesgerichtshof an keinem anderen Ort mit denselben geringen Aufwendungen an Bundesmitteln hätte untergebracht werden können wie in Karlsruhe.“[28] Pünder sollte nicht Recht behalten, in nur zwei Monaten gelang es in Karlsruhe, die baulichen Voraussetzungen für den Arbeitsbeginn des Bundesgerichtshofes herzustellen.

2.2 Bau und feierliche Eröffnung des Bundesgerichtshofes

In der ehemaligen badischen Landeshauptstadt verbreitete sich die Nachricht von der Entscheidung des Bundestages für Karlsruhe als Standort des Bundesgerichtshofes und damit wohl auch für das Bundesverfassungsgericht schnell. Die badische Presse feierte den Erfolg und schrieb ihn den geeigneten Gebäuden und Wohnungen zu, die man hatte anbieten können. Zugleich erhoffte man sich Investitionen von Land und Bund in Karlsruhe und einen gewissen ökonomischen Aufschwung durch die Gerichte.[29]

Abb. 2: Der BGH (1950er Jahre)
Quelle: BA, B 145, BGH-Gebäude (5F00 / 5)

28 BA, B 141/1990, Vermerk Hermann Pünder, 4.9.1950, Dehler an Pünder, 11.9.1950.
29 Ein großer Erfolg, in: *BNN*, 21.7.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH); Heute Palais, in: *BNN*, 29.7.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH).

Umbau des Erbgroßherzoglichen Palais

Der BGH sollte nun in das im Jahre 1900 fertiggestellte und auf einem künstlichen Hügel inmitten einer Parklandschaft erbaute neobarocke Palais ziehen, das Großherzog Friedrich I. für den Erbgroßherzog hatte erbauen lassen und das dieser 1903 dann auch bezogen hatte. Friedrich II. von Baden blieb auch nach dem Tod seines Vaters 1907 im Palais und zog nicht ins Schloss um.[30] Nach der Abdankung des Großherzogs 1918 wurden zunächst Soldaten in dem Gebäude untergebracht, dann zogen Dienststellen der neuen republikanischen Regierung Badens dort ein, unter anderem das Ministerium für soziale Fürsorge und öffentliche Arbeiten. Im Nationalsozialismus war es der Sitz des Arbeitsgaues XXVII Baden des Reichsarbeitsdienstes. Bei einem Luftangriff auf Karlsruhe am 27. September 1944 wurde das Gebäude schwer zerstört: Die Kuppel war nun nicht mehr vorhanden, das Obergeschoss brannte aus. So war das Palais am Ende nur noch als Waffenlager nutzbar. Am Kriegsende verfiel es durch Diebstähle von Baumaterial und weil es Wind und Wetter monatelang ausgesetzt war immer mehr. Als sich die Staatliche Hochbauverwaltung 1948 um das Gebäude zu kümmern begann und an der Stelle des zerstörten Mansardenstockwerks ein flachgedecktes zusätzliches Obergeschoss einzog, wurde das Palais wieder für staatliche Institutionen interessant. Zeitweilig war die Militärverwaltung hier untergebracht, dann wurden Kulissen des Badischen Staatstheaters eingelagert, auch das Badische Landesmuseum nutzte die Räumlichkeiten für sein Depot. In das ehemalige Stallgebäude zogen Handwerksfirmen ein, einige Notunterkünfte für besonders Bedürftige gab es hier auch.[31] In diesem Zustand befand sich das Gebäude, als die Entscheidung fiel, hier den Bundesgerichtshof zu beheimaten.

Bis zur geplanten Eröffnung am 1. Oktober waren nach der ersten Baubesprechung des Ministeriums mit der Bauleitung am 29. Juli 1950 nur wenig mehr als zwei Monate Zeit, in denen nun das Gebäude zu einem funktionierenden Justizgebäude umgebaut und betriebsfertig hergerichtet werden musste – zweifelsohne eine enorme Herausforderung. Die badische Presse berichtete regelmäßig über die Baufortschritte und die Besuche des Bundesjustizministers, der sich vor Ort über den Stand der Arbeiten unterrichtete. „Der wertlose Stuck aus der Gründerzeit verschwindet im gesamten Haus“, so dass ein „modernes Gepräge“ entstehe, war dort zu lesen – schon das signalisierte einen gewissen Bruch mit Traditionen und den Willen zum Neuanfang. Alle Arbeiten würden im „atemberaubenden Tempo“ in zwei, bald drei Schichten, fast rund um die Uhr erledigt. Baudirektor Karl Kölmel setzte tatsächlich rund 500 Arbeiter gleichzeitig ein, an Sonntagen waren es bis zu 240 – und beanspruchte damit fast die gesamte Arbeitskraft im Bausektor, die Karlsruhe damals zu bieten hatte. Wie sich das Baugeschehen hier geradezu überschlug, machten die *Badischen Neuesten Nach-*

30 Pieper, Palais im Park, S. 1 f., 13 f.

31 Pieper, Palais im Park, S. 42–57. Einzelheiten zur frühen Baugeschichte bei Hugenschmidt, Das Erbgroßherzogliche Palais, S. 135–154.

richten durch zwei Fotos deutlich: Das erste zeigte Karl Kölmel bei Planungsgesprächen mit seinem Stab auf der Baustelle des Bundesgerichtshofes, das zweite eine Reihe von Puppen mit Schwarzwälder Trachten, die dem Landesmuseum gehörten und vom Baustaub leicht angeschmutzt auf ihren Abtransport warteten.[32] Anfang August 1950 inspizierte Dehler die Baustelle erneut und besuchte eine Büromöbelausstellung, die im Badischen Staatstheater von badischen Möbelherstellern für ihn aufgebaut worden war, doch der Minister konnte sich noch nicht entscheiden, wem er den Zuschlag geben wollte. Derweil arbeitete bereits eine „Kopfstelle des BGH" vor Ort, die die Entscheidungswege verkürzte und begann, erste Bewerbungen um Stellen beim BGH zu sichten. Dabei ging man davon aus, dass das Gericht etwa 100 bis 120 Karlsruhern zum Beispiel als Bürokräfte, Wachmänner, Boten, Reinigungspersonal und so weiter Arbeit geben werde. Auch eine eigene Kommission des Gerichtes war zu diesem Zeitpunkt bereits eingerichtet, die ernannten Richterinnen und Richtern Wohnungen vermitteln sollte.[33] Im September konnte man vermelden, dass ein beliebtes Tanzcafé auf dem Areal des Palais nun schließe, weil in dessen Räumlichkeiten die Bibliothek des BGH einziehen sollte. Um 2 Uhr nachts wurde noch getanzt, am Morgen wurde geräumt, am Nachmittag kamen die ersten Regale der Bibliothek. Aufgrund solch präziser Planungen ging man davon aus, den Fertigstellungstermin halten zu können und die fortwährende Kritik anderer Mitbewerber, Karlsruhe werde niemals pünktlich fertig werden, Lügen zu strafen.[34] Bei einem weiteren Besuch Mitte September zeigte sich Bundesjustizminister Dehler äußerst zufrieden mit den Baufortschritten und war sich nun sicher, dass der Eröffnung des BGH zum 1. Oktober – jenem Tag, an dem genau 71 Jahre zuvor auch das Reichsgericht in Leipzig feierlich ins Leben getreten war – nichts mehr im Wege stehen werde. Nur der Terminkalender des Bundespräsidenten bedingte eine Verlegung des Termins der Eröffnungsfeierlichkeiten auf den 8. Oktober.[35]

Interessant ist, dass mit der allmählichen Fertigstellung des Gebäudes auch Stimmen aufkamen, die bemerkten, dass Karlsruhe nun aber keineswegs Leipzig sei, dass das oberste Gericht in Straf- und Zivilsachen, das sich die neu gegründete Bundesrepublik Deutschland hier gab, kaum vergleichbar sei mit dem Leipziger Prunkbau, der einst für das Reichsgericht errichtet worden war. Größe und Reichtum der Ausstattung, wie sie in Leipzig umgesetzt worden war, habe Karlsruhe nicht zu bieten. Zum Beweis druckten die *Badischen Neusten Nachrichten* eine Zeichnung ab, die erkennen

32 Heute Palais, in: *BNN*, 29.7.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH). S. a. den Bericht von Kölmel, Zwei Monate Bauzeit, S. 155–163.

33 Dr. Dehler inspizierte das Palais, in: *BNN*, 4.8.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH). Aus dem Artikel geht hervor, dass Dehler zuvor schon einmal in Karlsruhe gewesen war und dabei die für Richter vorgesehenen Wohnungen inspiziert hatte.

34 Karlsruhe erwartet das Oberste Bundesgericht, in: *BNN*, 15.9.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH).

35 Hier wurde ausgezeichnet gearbeitet, in: *BNN*, 18.9.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH).

ließ, dass das gesamte Erbgroßherzogliche Palais unschwer allein in die Große Halle des Leipziger Gebäudes passen würde. Damit war sehr eindrücklich verdeutlicht, dass hier viel bescheidener gebaut und wohl auch gedacht werden musste als in Leipzig. Vielleicht, so der Autor des Zeitungsartikels, kämen auch einmal bessere Zeiten, die eine Erweiterung der vorhandenen Gebäude möglich machten.[36]

Bis zur Eröffnung und weit darüber hinaus zog sich die Berichterstattung der örtlichen Presse über die Baumaßnahmen für den BGH. Sie reichte schließlich bis zu den technischen Details der im Palais verbauten Warmwasserheizung, der Lichtruf- und Telefonwählanlage, der man den aktuellen Stand der Technik bescheinigte, weil die Umleitung eines eingehenden Anrufes auf einen weiteren Apparat hier möglich gemacht worden sei. Die Presse wurde denn auch unmittelbar nach dem 1. Oktober vom designierten Präsidenten des Bundesgerichtshofes und dem Oberbundesanwalt zu einer eigenen Besichtigung des Gebäudes eingeladen, bei der sich beide vorstellten und eine gute Zusammenarbeit mit der „4. Staatsgewalt“ beginnen wollten, weil „der Presse die bedeutsame Aufgabe zukomme im Volk die Achtung vor dem Recht zu verbreiten.“ Seinen neuen Arbeitsplatz lobte der erste BGH-Präsident Hermann Weinkauff ausdrücklich, stellte aber bereits fest, dass die gemeinsame Unterbringung von Bundesgerichtshof und Bundesanwaltschaft Platzprobleme bereite, die umso größer würden, wenn auch das Bundesverfassungsgericht hier noch einziehen sollte.[37] Der BGH war kaum untergebracht, da standen die Zeichen also schon auf Erweiterung. Zu einem Einzug des Bundesverfassungsgerichts ins Erbgroßherzogliche Palais kam es zwar nicht, auch nicht zum zeitweilig erwogenen gemeinsamen Umzug von BGH, Bundesanwaltschaft und Bundesverfassungsgericht in das Karlsruher Schloss, und dennoch war eigentlich schon bei der Eröffnung abzusehen, dass sich die Raumnot rasch weiter aufbauen würde.[38]

Feierliche Eröffnung am 8. Oktober 1950

Der Tag der feierlichen Eröffnung, der 8. Oktober 1950, konnte jedenfalls kommen. Es lohnt, einen Blick auf diesen Festakt zu werfen, nicht nur, weil die etwas verunglückte Anreise und der Empfang des Bundespräsidenten in den Straßen von Karlsruhe nicht nach Plan verliefen, sondern weil die Feier und die dabei gehaltenen Ansprachen bei genauem Hinsehen nicht nur eine Entwicklungsrichtung für das neue Gericht vorgaben, sondern neben dem Traditionsstrang zum Reichsgericht von Anfang an eine al-

36 Bundesgericht – Reichsgericht, in: *BNN*, 22.8.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH).
37 Arbeitsaufnahme, in: *BNN*, 3.10.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH); Die technische Einrichtung, in: *BNN*, 10.1950. Mit Gesetz vom 4.5.1951 (BGBl I, S. 288) wurde Karlsruhe auch Sitz des Bundesverfassungsgerichts. Die Unterbringung dieses Gerichts erfolgte dann zunächst im Prinz-Max-Palais in der Karlstraße 10. Die Eröffnung des Bundesverfassungsgerichts fand am 28.9.1951 statt.
38 Zu den Plänen, das Schloss für die Bundesinstitutionen zu nutzen, s. Mißmut, in: *StZ*, 9.12.1960.

ternative Entwicklungsrichtung beschrieben, die im Laufe der Zeit aber kaum mehr erinnert wurde. Das ist erklärlich, denn glaubt man der Zeitungsberichterstattung über die Eröffnungsfeier, dann wurde durch sie allein deutlich gemacht, dass der Bundesgerichtshof in die Tradition des Reichsgerichts eintreten und sie fortführen sollte. Dabei sei kaum unterschieden worden zwischen den Anfängen des Reichsgerichts und seinem Ende im NS-Staat, sondern eher pauschal die Qualität der juristischen Arbeit in Leipzig zum Maßstab erhoben worden.[39]

Liest man die wenig später auch veröffentlichten Ansprachen der Einweihungsfeier, offenbart sich allerdings ein weit differenzierteres Bild. Bundespräsident Theodor Heuss betonte zwar einleitend, dass mit dem Tag der Eröffnung des BGH der Gerichtsverfassung nun ihre „Spitze" wiedergegeben sei und dass die Alliierten den Deutschen nach der Gründung des Weststaates die „Autonomie der Rechtsfindung und der Rechtsentscheidung" überlassen müssten, wenn der Rechtsstaat nunmehr wieder zur Entfaltung kommen sollte. Dann aber richtete der Bundespräsident den Blick zurück, in jene Zeit, in der Hitler als *Divus Adolphus* gesehen worden sei und sogar angesehene Rechtswissenschaftler an den Universitäten ihn „in einer schier völlig säkularisierten Welt" verehrt hätten. Jetzt gelte es, das Rechtsdenken „aus der Sphäre der propagandistischen Überspitztheit und der politischen Machtzweckhaftigkeit ganz einfach zur nüchternen Redlichkeit" zurückzuführen.

> Ich sage ‚nüchtern'; denn die Nüchternheit erkennt auch die eingeborenen, gegen individuelle wie gegen gruppenhafte Willkür schutzberechtigten und zu schützenden Lebensnotwendigkeiten aller, auch der demokratischen Staatlichkeit. Ich denke, es wird verstanden, was ich dazu meine.

Diese Nüchternheit, um die es im Rechtsleben nun wieder gehen müsse, mache sich auch darin bemerkbar, dass der Präsident des Bundesgerichtshofes nicht mehr der Stellvertreter des Bundespräsidenten sei, wie vormals der Reichsgerichtspräsident Stellvertreter des Reichspräsidenten gewesen war. Die Gewalten würden im neuen Staat strikt auseinandergehalten. Die wichtigste Aufgabe für die neue Spitze der deutschen Justiz aber sah Heuss darin, die mit dem Grundgesetz geschützten Grundrechte zu wahren und „aus der Auseinandersetzung mit den Grundrechten ein[en] Akt der Rechtsschöpfung selber sich" vollziehen zu lassen.[40]

Bundesjustizminister Dehler erwähnte zwar die NS-Zeit, die eine „Rechtsnot" hervorgerufen habe, „in die unser Volk geraten ist durch Schuld, durch Verbrechen, durch Gewalt, durch eine böse Zeit, die Unrecht unter dem Schein des Rechts tat." Aber er wollte auch den Blick nach vorne wenden und sah im renovierten Bau des Erbgroßherzoglichen Palais ein „Symbol [...] für den Geist, der in diesem Hause weben und wirken soll". Denn das Gebäude stehe gleichsam in der Geschichte durch die ursprüngliche Bausubstanz, habe aber durch die ganz neuen Aufbauten im Dachge-

39 Das rechte Recht, in: *BNN*, 9.10.1950 (StA KA, Zeitungsausschnittsammlung BGH).
40 Ansprache des Bundespräsidenten Professor Dr. Theodor Heuss, S. 7–11.

schoss eine „Klarheit und Schlichtheit der Linien“ erhalten, die das Neue, das nun kommen müsse, repräsentierten. Ausdrücklich dankte Dehler dem Obersten Gerichtshof für die Britische Zone für seine Vorarbeit, die nun vom BGH ebenso aufzunehmen sei wie die des Reichsgerichts, das er ganz unkritisch durch den BGH fortgeführt sehen wollte. Über die Rolle der Richter im „Dritten Reich“ äußerte sich Dehler nur in Andeutungen, forderte aber Richter, die unabhängig seien und das Unrecht bekämpften. Als einen solchen hervorragenden Richter stellte er den designierten Präsidenten des Bundesgerichtshofs und ehemaligen Reichsgerichtsrat, Hermann Weinkauff, vor, der die besten Traditionen des Reichsgerichts verkörpere und nun zum „Vorbild der deutschen Richter“ werden könne. Nach dieser Eloge auf Weinkauff nahm er dem ersten Präsidenten des BGH und anschließend dem ersten Oberbundesanwalt beim BGH Carlo Wiechmann den Amtseid ab. Damit, so stellte er abschließend fest, sei der Bundesgerichtshof eröffnet.[41]

Die Ansprachen des Präsidenten des Landesbezirks Baden Edmund Kaufmann und des Karlsruher Oberbürgermeisters Friedrich Töpper beschränkten sich auf Willkommensgrüße für die BGH-Richter als Karlsruher Neubürger. Der Dank an bemerkenswert viele Abgeordnete und öffentliche Funktionsträger, die sich an unterschiedlichsten Stellen für die Bewerbung von Karlsruhe eingesetzt hatten, offenbarte dabei, wie intensiv Karlsruhe daran gearbeitet hatte, „Residenz des Rechts“ zu werden. Der Präsident des Landesbezirks jedenfalls war davon überzeugt, dass die Richter im direkten Kontakt mit den Badenern ein ganz neues Gericht, einen „neuen Brennpunkt“ erschaffen würden, der „die wieder erstarkende Kraft des deutschen Rechts“ weit über Karlsruhe hinaus erkennen lassen werde.[42]

Präsident Hermann Weinkauff setzte in seiner abschließenden Ansprache den Akzent auf die Justiz als Dritter Staatsgewalt, der durch das Grundgesetz, aber auch durch das Erscheinen des Bundespräsidenten anlässlich der Eröffnungsfeierlichkeiten der Rang gegeben sei, den sie verdiene. Auch er glaubte wahrnehmen zu können, dass der Standort Karlsruhe, den der „Hauch des Westlichen“ umgebe, einen günstigen Einfluss auf den BGH haben werde. Gleichwohl sah er sich – ganz unkritisch – der großen Tradition des Reichsgerichts verpflichtet, dessen bürokratische Perfektion man derzeit angesichts der Unzulänglichkeiten des Nachkriegsalltags noch nicht erreichen könne. Natürlich flocht Weinkauff seine Vorliebe für das Naturrecht auch in diese Ansprache ein, wichtig war zugleich aber, dass er den BGH in eine ungleich schwerere Aufgabe hineingestellt sah, als sie das Reichsgericht jemals habe lösen müssen: Es gehe jetzt nach den Verirrungen der NS-Zeit darum, das Rechtsdenken in Deutschland gleichsam

41 Ansprache des Bundesministers der Justiz Dr. Thomas Dehler, S. 12–17. Die Traditionslinie zum Reichsgericht hatte Dehler im Übrigen schon bei den ersten Debatten im Bundestag über den BGH deutlich hervorgehoben. S. Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 43. Sitzung, 1.3.1950, S. 1435.

42 Ansprache des Landesbezirkspräsidenten Dr. Edmund Kaufmann und Ansprache des Oberbürgermeisters der Stadt Karlsruhe Friedrich Töpper, S. 18–20 und 21–23.

neu zu erschaffen. Der BGH könne nur erfolgreich sein, wenn „im Bewußtsein des Volkes das Recht als ein unbezweifelter und unbezweifelbarer Wert lebt, dem man zunächst einmal Achtung schuldet, und wenn über die tragenden Grundsätze des Rechts zumindest gefühlsmäßig Übereinstimmung besteht". Das aber sei noch nicht erreicht. Nach einigen eher fachlichen Überlegungen ließ er seine Ansprache in dem Gelöbnis gipfeln: „Wir geloben, stets und aus allen unseren Kräften dem Rechte und nur dem Rechte zu dienen. Dazu helfe uns Gott!"[43]

Die regionale Presse feierte anlässlich der Eröffnung verständlicherweise den Erfolg Karlsruhes, Sitz des oberen Bundesgerichts geworden zu sein. In der überregionalen Presse wurde, wie in der *Frankfurter Rundschau*, teils ganz sachlich über die Eröffnung berichtet,[44] teils, wie in der *Frankfurter Allgemeinen Zeitung*, zugleich spekuliert, ob nun auch das Bundesverfassungsgericht nach Karlsruhe käme.[45] Der katholische *Rheinische Merkur* lobte das Bekenntnis des BGH-Präsidenten Hermann Weinkauff zum Naturrecht.[46] Oft wurde aber auch nur ganz kurz oder gar nicht über die Eröffnung des obersten Gerichts in Straf- und Zivilsachen berichtet. Dem *Tagesspiegel Berlin* zum Beispiel war die Eröffnung gerade einmal acht Zeilen wert, wenig mehr als die nachfolgende Meldung über „Selbstmord im NKWD-Keller".[47] Bemerkenswert ist der Artikel der *Süddeutschen Zeitung* vom 9. Oktober 1950 „Um die Einheit des deutschen Rechts", der gar keinen Hinweis darauf enthielt, dass der Bundesgerichtshof in die Tradition des Reichsgerichts gestellt wurde, sondern vielmehr auf eine Neuorientierung abhob, die nach der Zeit des Nationalsozialismus nun nach Meinung vieler Redner die Hauptaufgabe darstelle.[48]

Mehr noch als die Ansprachen bei den Eröffnungsfeierlichkeiten reflektierte eine anlässlich der Eröffnung des BGH erschienene Festschrift die Problematik der für das neue Gericht nun gültigen Programmatik. Schon in den vorangestellten Grußworten wird dies deutlich. Es gehe für den BGH, so Heuss erneut, darum, „eine große, dann bös zerrissene Überlieferung aufzunehmen und sie mit freiem und festem Sinn neu zu entwickeln." Bundeskanzler Konrad Adenauer sprach davon, es werde die Aufgabe des Bundesgerichtshofes sein, eine „verantwortungsvolle Tradition, die aus früheren Jahrzehnten noch herüberwirkt, mit den Forderungen der Gegenwart und Zukunft zu verbinden." Bundesjustizminister Dehler hingegen betonte vor allem und wieder vollständig unkritisch den hohen Standard des Reichsgerichts, den zu erreichen für den BGH nicht leicht werden dürfte, und nahm vorsorglich die Richter in Schutz, die die

43 Ansprache des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Hermann Weinkauff, S. 24–31. Zur Interpretation seiner Rede s. a. Frenzel, Das Selbstverständnis in der Justiz, S. 142–153.

44 Bundesgericht in Karlsruhe eröffnet, in: *FR*, 9.10.1950; Zitadelle der Gerechtigkeit, in: *DIE WELT*, 9.10.1950.

45 Das Bundesgericht in Karlsruhe eröffnet, in: *FAZ*, 9.10.1950.

46 BGH und Naturrecht, in: *RM*, 14.10.1950.

47 Bundesgerichtshof eröffnet, in: *Tsp*, 10.10.1950. Auch die *HAZ* widmete dem BGH im Artikel Unabhängige deutsche Rechtsprechung, 9.10.1950 nur wenige Zeilen rein informierenden Inhalts.

48 Um die Einheit des deutschen Rechts, in: *SZ*, 9.10.1950.

„Stürme der letzten fünfzehn Jahre ungebrochen – körperlich, geistig und charakterlich ungebrochen – überstanden“ hätten. Ganz im Gegensatz dazu richtete der württemberg-badische Justizminister Joseph Beyerle (CDU) den Blick wiederum auf den neuen Ort und auf neue Aufgaben:

> Die geistige Luft, die den neuen Gerichtshof hier umgibt, ist, das dürfen wir aussprechen, eine günstige. Im Südwesten Deutschlands haben Rechtswissenschaft und Rechtspflege von jeher eine gute Heimstätte. Die freiheitlich-demokratische Bevölkerung dieses Landes ist dem Rechtsdenken und rechtsstaatlichen Grundsätzen besonders aufgeschlossen; sie achtet die Gerichte als die zum Schutz der Rechte des Einzelnen wie zur Erhaltung der staatlichen Ordnung berufene Gewalt.

Vor allem aber rief er das neue Gericht dazu auf, nicht mehr in nationaler Verengung, sondern über die Grenzen hinaus zu denken. „Karlsruhe liegt in der Ebene des Rheins, des völkerverbindenden Stromes“. Das führe unweigerlich zur Aufgabe für den BGH, sein Wirken möge „ein wertvoller Beitrag Deutschlands dazu werden, daß die Völker immer mehr sich in der Achtung vor dem Recht verbinden.“[49]

Diese unterschiedlichen Akzentuierungen bei der Beschreibung der für den BGH zu bewältigenden Aufgaben fanden in den anschließenden Beiträgen des kleinen Festbandes ihre Fortsetzung. Der ehemalige Rechtsanwalt beim Reichsgericht Georg Petersen,[50] der 1950 im Bundesjustizministerium arbeitete, hob in seinem Beitrag *Die Tradition des Reichsgerichts* darauf ab, dass es für den BGH nicht nur darum gehe, die ausgefeilte revisionsrichterliche Technik des Reichsgerichts zu übernehmen und den hohen Stand seiner Rechtsprechung zu bewahren, sondern auch dessen „unsichtbare Tradition“ zu adaptieren. Um dieses Ziel zu erreichen, würden ehemalige Reichgerichtsräte helfen, den Aufbau in den Senaten zu leisten. Es gelte aber auch, durch geeignete Lektüre die neuen BGH-Richter in den zu bewahrenden Geist des Reichsgerichts einzuführen. Worin dieser „Geist des Reichsgerichts“ nun konkret bestehen sollte, blieb bei Petersens Ausführungen im Ungewissen, immerhin sprach er – völlig undifferenziert und unbelegt – davon, dass es dem Reichsgericht gelungen sei, das Vertrauen der Bevölkerung zu seiner Rechtsprechung zu erlangen und die Rechtsprechung der Öffentlichkeit verständlich zu machen. Des Weiteren hob er eine Reihe fachlicher Verfahrensgewohnheiten des Reichsgerichts, wie den Umgang mit dem Armenrecht oder die dort herrschenden Auffassungen über Treu und Glauben, als Traditionen des Reichsgerichts hervor, die es für den BGH zu bewahren gelte.[51] In die gleiche Richtung zielte der Beitrag des Präsidenten des BGH Hermann Weinkauff, der hier in leicht abgewandelter Form seine Festansprache erneut abdrucken ließ.[52] Ganz

49 Kistner, Festschrift zur Eröffnung, Geleitworte o. S.

50 Einige biographische Details zu Petersen bei Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 302, die davon ausgehen, dass Petersen als Rechtsanwalt am Reichsgericht nicht nur außerordentlich gut verdient, sondern auch erfolgreich die NS-Rassenideologie genutzt hat, um für seine Mandanten Vorteile zu erwirken.

51 Petersen, Die Tradition des Reichsgerichts, S. 25–37, Zitat S. 27.

52 Weinkauff, Die Aufgaben des Bundesgerichtshofs, S. 39–48.

anders hingegen wiederum der Beitrag von Julius Federer, Richter am Oberlandesgericht Freiburg und 1951 dann Bundesverfassungsrichter, über Recht und Juristen im alten Baden. Er empfahl dem neuen Gericht, die liberalen badischen Justiztraditionen in Karlsruhe aufzunehmen und sich ein Beispiel an regierungskritischen badischen Richtern der Vergangenheit zu nehmen.[53] In genau diese Richtung argumentierte auch der Senatspräsident am Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshof Ernst Walz mit seinem Aufsatz über Verwaltungsrechtspflege in Karlsruhe und Präsidialdirektor Albert Kistner in seinem Beitrag *Karlsruhe, die Stadt des Bundesgerichtshofs*. Nach der Ansicht von Walz sollte sich der BGH im badischen Karlsruhe in die Justiztraditionen Südwestdeutschlands einleben, die gekennzeichnet seien durch ein „Klima freiheitlicher, aber ruhiger und wissenschaftlich befruchteter Rechtspflege, in dieser zwar provinziellen und vielleicht etwas nüchternen, aber doch aufgeschlossenen, toleranten und humanen Atmosphäre“. Vom Reichsgericht und einer zu wahrenden Leipziger Tradition sprachen beide dezidiert nicht, ihr Blick war offensichtlich auf den neuen Standort, der zu einer neuen Tradition führen sollte, gerichtet.[54]

2.3 Der innere Aufbau des Bundesgerichtshofes

Teils parallel, teils im Anschluss an den Aufbau der Gebäude, teils noch im unmittelbaren Umfeld oder nach den Eröffnungsfeierlichkeiten vollzog sich der innere Aufbau des neuen Gerichtes. Der BGH war von Anfang an als ein reines Revisionsgericht geplant, das heißt seine Arbeit beschränkte sich „auf die rechtliche Beurteilung des Streitfalles durch das vorinstanzliche Gericht“. Revisionsverfahren machen bis heute die Hauptarbeitslast am BGH aus. Nur eine wesentliche Ausnahme gab es in dem hier behandelten Zeitraum: die erstinstanzliche Zuständigkeit in Staatsschutzsachen.

Senate und Geschäftsordnung

So startete man 1950 mit fünf Zivilsenaten und vier Strafsenaten, ursprünglich waren dafür 64 Richterstellen vorgesehen, 1952 aber schon musste deren Zahl auf 86 erhöht werden. Wegen des Ausscheidens von Richtern aus unterschiedlichen Gründen (Pensionierung, Stellenwechsel) dauerte die vollständige Besetzung der richterlichen Planstellen bis 1953. Zu Beginn der 1960er Jahre betrug die Zahl der Richterinnen und Richter aber bereits 103.[55] Die personelle Zusammensetzung des Gerichts änderte sich

53 Federer, Recht und Juristen, S. 49–70.

54 Walz, Verwaltungsrechtspflege in Karlsruhe, S. 71–85, Zitat S. 85; Kistner, Karlsruhe, die Stadt des Bundesgerichtshofes, S. 109–116.

55 Petersen, Die Richter des Bundesgerichtshofes, in: *DRiZ* (1960), S. 361–364, hier S. 361; Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 13.

folglich schnell. Eine hinlängliche Beurteilung des richterlichen Personals muss daher zeitlich weiter ausgreifen und eine größere Zahl von biographischen Untersuchungen durchführen, als dies bislang geschehen ist.[56]

Die früheste erhaltene Geschäftsordnung des BGH (vermutlich aus dem Jahr 1950/51) sah als Gremien des BGH die Plenarversammlung aller Richterinnen und Richter sowie das Präsidium vor. Diesen stand der Präsident des BGH vor. Seine Verantwortungsbereiche regelte die Geschäftsordnung ebenso wie die Arbeitsabläufe in den Senaten und die Verantwortlichkeiten der hier tätigen Richterinnen und Richter sowie der/des Senatspräsidentin/Senatspräsidenten. Besonders ausführlich verfügte diese Geschäftsordnung auch die kurze und präzise Formulierung von Urteilen, Entscheidungsgründen und Beschlüssen. Die Anlage eines Nachschlagewerkes und einer Entscheidungssammlung nach Weisung des Präsidenten war ebenso Gegenstand dieser in 23 Paragraphen eingeteilten, nur sechsseitigen Handreichung wie der Umgang mit Akten oder die Abrechnung von Gerichtsgebühren sowie die Festsetzung von Gerichtsferien und das Dienstalter der Richter.[57]

Die wohl wichtigste interne Gliederung ist bis heute jene nach Zivil- und Strafsenaten, wobei die Zuteilung des richterlichen Personals zu den Senaten wie auch die von den Senaten zu bearbeitenden Sachgebiete durch den jährlich vom Präsidium des Bundesgerichtshofes neu beschlossenen Geschäftsverteilungsplan geregelt werden. Insofern gibt es immer wieder Veränderungen und Verschiebungen von Aufgaben und Zuständigkeiten. Auch war es in den Anfangsjahren nicht unüblich, dass Richterinnen und Richter, deren fachliche Expertise bislang im Zivilrecht lag, ins Strafrecht wechseln mussten und umgekehrt.[58] Im Jahr 1960, also zehn Jahre nach Gründung und der Erreichung einer gewissen Konsolidierung, war beispielsweise die Aufgabenzuteilung wie folgt festgelegt:

Die Zivilsenate wurden nach Sachgebieten gegliedert: Der I. Zivilsenat war zuständig für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, der II. Zivilsenat für See-, Handels-, Gesellschafts- und Versicherungsrecht, der III. Zivilsenat für Beamtensachen, Amtshaftung, öffentlich-rechtliche Entschädigung, Straßenverkehrssicherungspflicht der Körperschaften des öffentlichen Rechts und Baulandsachen. Der IV. Senat bekam die Zuständigkeit für Familienrecht und Entschädigung, der V. Zivilsenat für Grundstücks-, Landwirtschafts- und Erbrecht. Zum 1. November 1952 war bereits ein VI. Zivilsenat mit der Zuständigkeit für unerlaubte Handlungen und Verkehrsunfälle errichtet worden, zum 1. Oktober 1956 ein weiterer, VII. Zivilsenat, der für Handelsvertreter und Schiedsgerichte sowie weitere im BGB aufgeführte Rechtsmaterien zustän-

56 Godau-Schüttke hat seine Analyse auf die ersten Richterinnen und Richter, die bis 1953 tätig geworden sind, beschränkt und auch hierbei nur 68 BGH-Personalakten einsehen können. Hier wird ein Sample von 178 Richterinnen und Richtern untersucht. S. Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 17.
57 IfZ München, NL Walter Strauß, ED 94/Nr. 193, Geschäftsordnung des Bundesgerichtshofes.
58 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 6.

dig war. Zum gleichen Zeitpunkt war der VIII. Zivilsenat mit der Zuständigkeit für Kauf, Tausch, Miete und Pacht ins Leben gerufen worden.

Die Strafsenate wurden anders als die Zivilsenate vorwiegend nach örtlicher Zuständigkeit in Anlehnung an die Oberlandesgerichtsbezirke aufgegliedert. So behandelte der 1. Strafsenat 1960 Revisionen in Strafsachen aus Süddeutschland und Militärstrafsachen, der 2. Strafsenat Strafsachen aus Bremen, Düsseldorf, Frankfurt/Main, Köln und Saarbrücken, der 6. Strafsenat, am 1. März 1954 errichtet, hatte erstinstanzlich – eine große Ausnahme am Revisionsgericht – Strafsachen des Hoch- und Landesverrats zu verhandeln, während der 3. Strafsenat für Revisionen auf diesem Gebiet zuständig war. Wegen des Rückgangs der Revisionsverfahren wurde der ursprüngliche 3. Strafsenat 1956 zugunsten der Bildung des VII. und VIII. Zivilsenats aufgelöst, da im Zivilrecht eine Überlast von Verfahren abgearbeitet werden musste. Der ehemals 6. Strafsenat übernahm die Revisionssachen, firmierte nun aber unter der Bezeichnung 3. Strafsenat. Der 4. Strafsenat wurde zuständig für Strafsachen aus Hamm, für Verkehrsstrafsachen und Auslieferungssachen. Der 5. Strafsenat wurde zum 1. Januar 1952 als detachierter Senat im Gebäude des Berliner Kammergerichts errichtet und war nicht nur für Berliner Revisionen in Strafsachen zuständig, sondern auch für ganz Norddeutschland.[59]

Die Gründe für die Errichtung eines detachierten Strafsenats in Berlin liegen etwas im Dunkeln. Die Anregung hierzu findet sich, wie bereits oben dargelegt, schon im Zusammenhang der Bewerbung Berlins um den Sitz des Bundesgerichthofes. Nach dem Erlass des Gerichtsverfassungsgesetzes im September 1950, das in § 130 Absatz 2 die Errichtung von Senaten des Bundesgerichtshofes auch außerhalb von Karlsruhe ermöglichte, entwickelte sich gegen Ende des Jahres 1950 eine lebhafte Diskussion unter den Justizministern der Länder, ob nun ein Senat in Berlin zu errichten sei und welche Zuständigkeit dieser haben sollte. Der niedersächsische Ministerpräsident Hinrich Wilhelm Kopf wandte sich in diesem Zusammenhang am 3. April 1951 an Bundesjustizminister Dehler mit der Frage, ob es denn wirklich notwendig sei, in Berlin einen BGH-Senat zu errichten, nur um darzutun, dass Berlin zur Bundesrepublik Deutschland gehöre. Kopf hielt das schon deshalb für eine schlechte Idee, weil die Angeklagten ja ein Recht auf freie Anwaltswahl hätten, die aber dadurch eingeschränkt werde, dass viele Anwälte nicht durch die DDR reisen wollten oder gar aus politischen Gründen könnten, um nach Berlin zu gelangen. Zudem behindere ein detachierter Senat, weit weg von Karlsruhe, die Sicherung der Rechtseinheit durch den Bundesgerichtshof. Es brauche doch ein gewisses „Entscheidungsklima“ an einem Ort. Wenn es gleichwohl aus politischen Gründen sein müsse, in Berlin ein Standbein des BGH zu haben, so möge man dort dann eben nur Berliner Angelegenheiten entscheiden und

59 Petersen, Die Richter des Bundesgerichtshofes, in: *DRiZ* (1960), S. 361–364. Zu den Änderungen in der Bezeichnung des Staatschutzsenates s. auch Faller, Jagusch, S. 433.

diesem Senat, anders als den anderen Strafsenaten des BGH, keine weiteren Aufgaben zuteilen.[60]

Dehler hatte größtes Verständnis für die Einwendungen Kopfs, zumal er selbst aus ähnlichen Gründen es abgelehnt habe, den BGH gleich ganz nach Berlin zu legen. Da der Bundestag den im Gerichtsverfassungsgesetz ermöglichten detachierten Senat nun aber unbedingt in Berlin sehen wolle, bliebe ihm nichts anderes übrig, und er müsse dort wenigstens einen Strafsenat errichten. Das aber erfordere Personal, das angesichts der schon jetzt erkennbaren Überlastung des BGH nicht unterbeschäftigt bleiben könne. Es bleibe daher nichts anderes übrig, als dem Berliner Senat auch Strafsachen aus anderen Oberlandesgerichtsbezirken Deutschlands zuzuweisen, und das sei auch notwendig, um eine spezifische Berliner Rechtsprechung für Berliner Fälle zu vermeiden.[61] Niedersachsen gab sich damit jedoch nicht zufrieden: Einen Monat später intervenierte der niedersächsische Justizminister, und zwar diesmal beim Präsidenten des Bundesgerichtshofs, weil dieser ja mit dem Präsidium für die Geschäftsverteilung des BGH zuständig war.[62] Weinkauff konnte ihm jedoch keine Hoffnungen machen: Der Berliner Senat werde „voraussichtlich bald errichtet“, und ihm werde neben den Berliner Revisionen auch solche aus den Oberlandesgerichtsbezirken Braunschweig, Celle und Schleswig oder Hamburg übertragen werden.[63] Dagegen nun wandte sich der Oberlandesgerichtspräsident in Hamburg, der Weinkauff gegenüber zwar sehr viel Verständnis dafür zeigte, dass der einzurichtende Berliner Senat auch andere regionale Zuständigkeiten bekommen sollte, um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung zu wahren, jedoch bitte nicht die für Hamburg. Die Hamburger Verhältnisse seien aufgrund der Hafensituation so speziell, dass sie unmöglich in Berlin verhandelt werden könnten.[64] Tatsächlich folgte Weinkauff dieser Argumentation und konnte im Mai 1952 den Hamburger Bundestagsabgeordneten Gerd Bucerius (CDU) beruhigen, dass der Oberlandesgerichtsbezirk Hamburg seine Revisionssachen im Strafrecht vorerst nicht nach Berlin tragen müsse, da ansonsten eine Überlastung des Berliner Senats drohe.[65]

Über den Straf- und Zivilsenaten wurden Große Senate für Zivil- und Strafsachen sowie ein Vereinigter Großer Senat gebildet, die zur Entscheidung befugt waren, wenn ein Straf- oder Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Straf- oder Zivilsenats oder gar Großen Senats abweichen wollte, um so die Einheitlichkeit der oberstgerichtlichen Rechtsprechung zu sichern. Der Vereinigte Große Senat wurde dann angerufen, wenn ein Strafsenat von der Entscheidung eines Zivilsenats oder umgekehrt abweichen wollte oder die Abweichung von einem Großen Senat in Zivil- oder Strafsa-

60 BA, B 141/44980, Ministerpräsident Kopf an Bundesjustizminister Dehler, 3.4.1951.
61 BA, B 141/44980, Bundesjustizminister Dehler an Ministerpräsident Kopf, 16.4.1951.
62 BA, B 283/1000180, Niedersächsischer Justizminister an BGH-Präsident, 23.5.1951.
63 BA, B 283/1000180, Weinkauff an BJM, 23.10.1951.
64 BA, B 283/1000180, OLG-Präsident Hamburg an BGH-Präsident, 7.12.1951.
65 BA, B 283/1000180, Weinkauff an Bucerius, 27.5.1952.

chen anstehen könnte. Aufgrund des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (BGBl I, S. 661) wurde schließlich noch ein gemeinsamer Senat der obersten Bundesgerichte eingerichtet, der entschied, „wenn ein oberster Gerichtshof in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofes oder des Gemeinsamen Senats abweichen will.“[66]

Die Zivil- wie die Strafsenate entschieden mit fünf Mitgliedern unter Einschluss der Vorsitzenden/des Vorsitzenden.[67] Neben den Straf- und Zivilsenaten wurden am BGH auch drei Ermittlungsrichter bestellt, die tätig wurden, wenn die Ermittlungen vom Generalbundesanwalt geführt wurden und also vor allem Staatschutzsachen betrafen.[68] Über die Zivil- und Strafrechtssenate hinaus entwickelten sich im Laufe der Zeit weitere Sondersenate am BGH: der sogenannte Kartellsenat, das Richterdienstgericht, ein Senat für Anwaltssachen, ein Senat für Notarsachen, ein Senat für Patentanwaltssachen, für Wirtschaftsprüfersachen, für Steuerberater und Steuerbevollmächtigtensachen. Die hier wirkenden Richter sind in der Regel zugleich Mitglieder der regulären Straf- und Zivilsenate.[69]

Arbeitsweise und innere Verwaltungsstruktur

Die Arbeitsweise der Senate war und ist bis heute in gewisser Weise standardisiert: Die als Berichterstatter eingeteilten Richterinnen und Richter arbeiten regelmäßig Urteilsentwürfe aus, die alle mitwirkenden Richter schon vor der Sitzung des Senats erhalten. In der mündlichen Verhandlung werden im Rechtsgespräch dann die juristischen Probleme gründlich durchdrungen und zu einer Entscheidung in der Sache geführt, die dann gegebenenfalls in den Urteilsentwurf einfließt. Diese Beratungen können mitunter sehr lange dauern, woraus sich die etwas scherzhafte Bezeichnung „Mondscheinsenat“ entwickelt hat. Wichtige, neue Standards setzende Entscheidungen werden regelmäßig veröffentlicht, zumal dann, wenn ein sogenannter Leitsatz gebildet wird. In solch wichtigen Fällen wird die Entscheidung in einer Sammlung (*Lindenmaier/Möhring*) gedruckt. Im juristischen Alltag ist eine Entscheidungssammlung zentral wichtig, die der BGH selbst herausgibt, *BGHZ* für Zivil-, *BGHSt* für Strafsachen. Jeder Senat bestellte dazu einen „Redaktor“, der die Veröffentlichung von Urteilen, gegebenenfalls auch in anderen juristischen Fachzeitschriften, koordinierte. Insofern dabei Honorare anfielen, wurden diese im Betrachtungszeitraum zu 30 Prozent an die Unterstützungskasse des BGH e. V. ausbezahlt, einer Art Nachfolgerin des ehemaligen

66 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 4, 8 f. Zur Geschichte und Entwicklung dieses Gemeinsamen Senates s. Fischer, Das Ende des Obersten Bundesgerichts, in: *JoJZG* (2021), S. 1–13.
67 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 10.
68 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 7.
69 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 10 f.

„Reichsgerichts-Rentenvereins“, die notleidende Angehörige des BGH oder auch noch des Reichsgerichts beziehungsweise deren Familien unterstützte. Die Unterstützungsleistungen betrugen Anfang der 1970er Jahre noch jährlich über 20.000 DM.[70]

Zur Umsetzung der richterlichen Tätigkeit wurde dem BGH eine eigene Verwaltungsstruktur beigegeben, über deren Anfänge und Entwicklung in den ersten rund 15 Jahren seit Bestehen kaum mehr etwas bekannt ist. Die rudimentären Quellenbestände lassen aber immerhin Folgendes erkennen: Als Dienstvorgesetzter der gesamten Verwaltung, bestehend aus Beamten, Angestellten und Arbeitern, aber auch über die Richter führte der Präsident des Bundesgerichtshofes die Dienstaufsicht. Im Falle der Richterinnen und Richter erstreckte sich die Dienstaufsicht freilich nicht auf ihre verfassungsrechtlich geschützte Unabhängigkeit im Gerichtsverfahren, wohl aber auf die Sicherstellung der Ordnungsmäßigkeit in der Führung der Dienstgeschäfte. Insofern konnte der Präsident auch Richtern Weisungen erteilen oder Maßnahmen gegen sie anordnen, wenn Verstöße, Versäumnisse oder Unzulänglichkeiten in der Amtsführung vorlagen. Zudem war er zentral wichtig, wenn eine Dienstaufsichtsbeschwerde gegen einen Richter eingelegt wurde – ein in der Anwendung gegen unabhängige Richterinnen und Richter sicher nicht unproblematisches, in der hier betrachteten Zeit aber gelegentlich tatsächlich angewandtes Recht der Präsidenten. So befand sich etwa Präsident Hermann Weinkauff 1956 über längere Zeit in einer Auseinandersetzung mit Senatspräsident Hans-Eberhard Rotberg, der seinen Wohnsitzwechsel nach Baden-Baden der Verwaltung nicht angezeigt hatte und es auch sonst mit seiner Anwesenheitspflicht in Karlsruhe offenbar nicht sehr ernst nahm. Das war aufgefallen, und Weinkauff hatte sogar eine anonyme Anzeige im Postkasten seiner Privatwohnung gefunden, die nicht nur das rügte, sondern auch feststellte:

> Diese Tatsache beweist, dass Dr. Rotberg nicht das seiner Stellung entsprechende Pflicht- und Verantwortungsgefühl hat. Sie beweist aber weiter auch, dass die zerüttenden [sic!] und skandalösen Verhältnisse beim BVG nunmehr auch auf dem [sic!] BGH übergreifen und nun auch das Ansehen dieses Gerichts und das Vertrauen zu seinen Richtern gefährden.[71]

Zwar entschuldigte sich Rotberg für den nicht angezeigten Wohnortwechsel, sah aber keine Notwendigkeit für eine tägliche Anwesenheit in Karlsruhe, da er über einen privaten Pkw verfüge, mit dem er in 30 Minuten in Karlsruhe sein könne. Die Frage der Residenzpflicht der Richter war und blieb nicht nur in diesem Fall ein beständiges Problem, das die Disziplinaraufsicht des Präsidenten immer wieder herausgefordert hat.[72] Sehr relevant wurde im Übrigen die Dienstaufsicht der Präsidenten insbesonde-

70 Keßler, 25 Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1975), S. 294–314, hier S. 296.

71 S. BA, Pers 101/48915, Anonymus an Weinkauff, 15.5.1956.

72 S. BA, Pers 101/48915, Anonymus an Weinkauff, 15.5.1956; BA, Pers 101/48915, Rotberg an Weinkauff, 17.5.1956. S. a. BA, Pers 101/48916, Weinkauff an Rotberg, 23.5.1953.

re bei der Abfassung dienstlicher Beurteilungen über die Beamten, Angestellten und Richter des BGH.[73]

Nach außen vertrat der Präsident den BGH, etwa wenn im Rahmen eines konkreten Normenkontrollverfahrens das 1951 gebildete Bundesverfassungsgericht die Stellungnahme der Fachsenate des BGH einforderte, die über den Präsidenten weitergeleitet wurden, oder wenn er selbst Stellungnahmen zu vorbereiteten Gesetzgebungsverfahren des Bundes abgeben musste. Als sehr wichtig erachteten die Präsidenten gerade in den Anfangsjahren des BGH auch den fachlichen und berufspolitischen Austausch mit den Präsidenten der anderen oberen Bundesgerichte: dem Bundesverwaltungsgericht, dem Bundessozialgericht, dem Bundesarbeitsgericht und dem Bundesfinanzhof.[74] Nach dem Eindruck, den so manche Protokolle der Besprechungen der Präsidenten dieser Gerichtshöfe vermitteln, entstand durch diesen Interessenaustausch eine Interessengemeinschaft, in der vor allem in der Präsidentschaft von Bruno Heusinger ein gewisser Ehrenvorrang des BGH-Präsidenten akzeptiert wurde, im Grunde genommen aber das Gespräch unter Gleichgestellten geführt wurde.

Eine offizielle Vertretung, gleichsam einen Vizepräsidenten, der den Präsidenten bei Verhinderung hätte vertreten können, gab es lange Zeit am BGH nicht. Zwar fungierte der älteste Senatspräsident, das war Friedrich Tasche, lange Zeit *de facto* als ständiger Vertreter, aber noch Mitte 1960 weigerte sich das Bundesjustizministerium, eine offizielle Bestellung eines Vizepräsidenten durchzuführen, weil dies auch beim Reichsgericht so nicht vorgesehen gewesen sei.[75] Gleichwohl trat Tasche bei der Verabschiedung des ersten Präsidenten und der Amtseinführung des zweiten Präsidenten am 31. März 1960 gleichsam als Hausherr auf und begrüßte die Gäste.[76]

Einige Richter des Bundesgerichtshofs, die sich ausdrücklich dazu bereit erklärt hatten, fungierten in den Anfangsjahren zugleich auch als Richter am Bundesverfassungsgericht. Nach § 4, Absatz 1 des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 (BGBl I, S. 243) sollten beim Bundesverfassungsgericht vier Richter jedes Senates „aus der Zahl der Richter an den oberen Bundesgerichten für die Dauer ihres Amtes an diesen Gerichten gewählt“ werden. Dies führte bei einigen BGH-Richtern zu einer tatsächlichen Doppelbelastung, die – wie etwa der Fall Willi Geiger zeigt – bewusst gewählt und gewollt wurde. Allerdings gab es in der Anfangszeit auch rein formale Ernennungen zum Richter am BGH und von dieser Funktion aus dann eine sofortige und ausschließliche Verwendung am Bundesverfassungsgericht. Kurt Zweigert etwa wurde am 4. September 1951 einstimmig vom Richterwahlausschuss zum Richter

73 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 40 f.

74 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 45.

75 BA, B 283/1000126, BGH-Präsident an Bundesjustizministerium, 25.5.1960 und Bundesjustizministerium an BGH-Präsident, 10.6.1960.

76 S. Ansprachen zur Verabschiedung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h. c. Hermann Weinkauff und zur Amtseinführung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Bruno Heusinger, S. 7–10.

am Bundesgerichtshof gewählt und mit Wirkung vom 13. September 1951 von Bundesjustizminister Thomas Dehler in eine Planstelle beim BGH eingewiesen. Zwei Wochen später, am 27. September, wurde ihm zudem eine Stelle beim Bundesverfassungsgericht übertragen. 1952 verließ er bereits beide Gerichte wieder und wurde Präsident des Berliner Oberverwaltungsgerichts.[77] Am BGH hat er nie judiziert. Das Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht vom 21. Juli 1956 (BGBl I, S. 662) reformierte dann allerdings diese Praxis im Rahmen einer Neuordnung der Vorgehensweisen am Bundesverfassungsgericht und verfügte im § 4 Absatz 1, dass nunmehr nur drei Richter jedes Senates des Bundesverfassungsgerichts aus der Zahl der oberen Bundesrichter zu nehmen seien und dass diese mindestens drei Jahre lang an diesem Bundesgericht tätig gewesen sein sollten. Mit dem Deutschen Richtergesetz vom 8. September 1961 (BGBl I, 1961, S. 1665) wurde diese Praxis schließlich beendet: Nach § 70 war beim Wechsel an das Bundesverfassungsgericht fortan die Planstelle bei einem anderen oberen Bundesgericht aufzugeben.[78]

Über die nachgeordneten Verwaltungsstrukturen des BGH und seine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter ist kaum noch Quellenmaterial vorhanden. Vor allem interne Telefonbücher oder einzelne Organigramme lassen erkennen, dass neben dem Präsidenten und den Zivil- wie Strafsenaten eine interne Verwaltung eingerichtet wurde, die folgende Bereiche umfasste: die Bibliothek, die 1952 über elf Mitarbeiterinnen/Mitarbeiter verfügte, das Hauptbüro einschließlich des Nachschlagewerks und der Druckerei, die mit 20 Mitarbeitenden funktionierte, sodann die Amtskasse, die acht Beamte und Angestellte hatte, die Kanzlei mit 31 Mitarbeitenden und schließlich den Wachtmeister-, Kraftfahrer- und Portierdienst mit 22 Mitarbeitenden.[79] 1964 war diese Struktur bereits um einen eigenen Mitarbeiterstab um den Präsidenten, eine eigene Pressestelle und eine Kanzlei für die Ermittlungs- und Untersuchungsrichter erweitert worden, wobei einzelne Beamte und Angestellte gleich mehrere Funktionen ausübten. Zudem war Mitte der 1960er Jahre nun neben die so genannte „Hauptverwaltung“ eine Reihe eigenständiger Verwaltungsabteilungen getreten: Nachschlagewerk, Druckereikontrolle und Druckerei, Amtskasse, Kanzlei, Telefonzentrale, Wachtmeister-, Kraftfahrer- und Pfortendienst, Postabfertigungs- und Sanitätsstelle, Hausmeisterei,

77 Die Ernennungsurkunden Zweigerts finden sich in BA, Pers 101/84392.

78 Faller, Bundesverfassungsgericht, in: *AöR* (1990), S. 192 f. fasst diese Entwicklung zusammen. Er führt für die Anfangszeit sieben BGH-Richter, die zugleich am Bundesverfassungsgericht tätig wurden, auf. Diese hohe Zahl an BGH-Richtern erklärt sich daraus, dass zu diesem Zeitpunkt noch kaum andere obere Bundesgerichte gebildet worden waren, aus denen Bundesverfassungsrichter hätten rekrutiert werden können. Die meisten der BGH-Richter am Bundesverfassungsgericht sind nach Faller aber nie am BGH tätig geworden.

79 BGH Bibliothek, Fernsprechverzeichnis des Bundesgerichtshofs 1952. S. a. BA, Slg./43 (1.9.1952) Ahm III, B 526 OrgPl Stand: 1953, Organisations- und Stellenplan des Bundesgerichtshofs für das Rechnungsjahr 1953, wo die einzelnen Tätigkeitsschwerpunkte des Personals aufgelistet werden.

Heizung, Nachtwachdienst, Speiseraum und Geschäftsstelle des Vereins der Bundesrichter und Bundesanwälte beim Bundesgerichtshof e. V. Karlsruhe.[80]

Nur selten haben sich Nachrichten über einzelne Mitarbeitende aus diesem Kreis erhalten. Überliefert ist von Hildebert Kirchner, dem langjährigen Bibliotheksdirektor des BGH, dass der erste Präsident Hermann Weinkauff etliche Rechtspfleger an seinem vorherigen Dienstort Bamberg angeworben und mit nach Karlsruhe gebracht hat, die man dann etwas despektierlich als „Bamberger Reiter" in Karlsruhe bezeichnet habe.[81] Bei einigen Mitarbeitern hat dies Unmut hervorgerufen: Der ehemalige Regierungsangestellte beim Obersten Gerichtshof für die Britische Zone Josef Steinborn, ein engagiertes SPD-Mitglied, informierte nach seinem Wechsel an den BGH den Bundestagsabgeordneten Willi Eichler darüber, dass „sämtliche führende Stellen" in der Verwaltung des BGH „mit Nazis besetzt" worden seien. Überall seien die „Pg's äusserst reichhaltig vertreten." Steinborn fühlte sich überlastet und ständig beobachtet. Die SPD-Parteileitung wollte er veranlassen dafür Sorge zu tragen, dass mehr SPD-nahe Richter ernannt würden. Kollegen aus Köln vermisste er sehr und unterstellte, dass diese aus politischen Gründen nicht nach Karlsruhe übernommen worden seien. Wie zuverlässig sein parteipolitisch geprägter Blick die Verhältnisse der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des gehobenen und mittleren Verwaltungsdienstes beschrieben hat, muss mangels anderer Quellen offenbleiben.[82] Gelegentlich traten Einzelne in der Öffentlichkeit hervor, so etwa der Amtsrat Erwin Schweinfurth, der ursprünglich aus dem Reichsjustizministerium nach Karlsruhe gekommen war und sich beim Bau der Gerichtsgebäude an der Herrenstraße besondere organisatorische Verdienste erwarb, oder Amtsrat Schrod, der zunächst in dem kleinen Arbeitsstab des BGH noch während der Bauphase 1950 für die Vermittlung von Wohnungen an die Richterinnen und Richter zuständig war und dann Leiter der Amtskasse wurde, die er äußerst tüchtig und verantwortungsbewusst verwaltet haben soll.[83] Der Pförtner Ludwig Homberg und ein diensttuender Fahrer wurden 1956 für Bundesrichter Hermann Hengsberger lebenswichtig, weil dieser mit seinen Kollegen nach einer langen Sitzung am späten Abend nach Hause gefahren werden sollte mit dem hauseigenen VW, sich dann aber beim Heraustreten aus dem Palais so schwer verletzte, dass er direkt ins Krankenhaus gebracht werden musste.[84] Und die Justizangestellte Ruth Hermann wurde dem völlig blinden Bundesrichter Hans-Eugen Schulze zur Seite gestellt und hat diesen bei seiner Arbeit aufopferungsvoll unterstützt.[85]

80 BGH Bibliothek, Fernsprechverzeichnis des Bundesgerichtshofs 1964.

81 Kirchner, Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 113–138, hier S. 114.

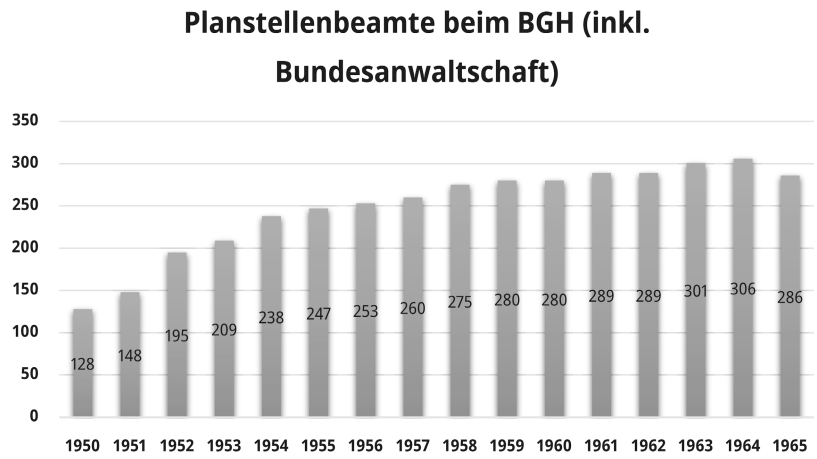
82 AdsD, Willi Eichler, 1/WEAA000226, Josef Steinborn an Willi Eichler, 8.11.1950, vertraulich.

83 S. Amtsrat Schweinfurth gestorben, in: *BNN*, 25.9.1962; Amtsrat Schrod gestorben, in: *BNN*, 31.8.1963.

84 BA, Pers 101/75902, Vernehmung von Pförtner Ludwig Homberg, 29.9.1956.

85 BA, Pers 101/76181, Vermerk vom 4.2.1963.

Insgesamt ergab sich im Betrachtungszeitraum, nicht zuletzt durch ständig steigende Aufgabenvermehrung für den BGH und die beständige Überlastung vor allem der Zivilsenate,[86] ein kontinuierlicher Personalzuwachs, der sich beispielsweise bei den Planstellenbeamten aller Ebenen wie folgt darstellte:[87]



Auch innerhalb der Zivil- und Strafsenate wurde von Anfang an eine gewisse Verwaltungsinfrastruktur eingerichtet. Die Senatsgeschäftsstellen umfassten im hier betrachteten Zeitraum in der Regel einen Beamten des mittleren Dienstes und eine Justizangestellte. Während letztere zumeist die anfallenden Büroarbeiten erledigte, aber auch bei der Registerführung half, fungierte der Beamte des mittleren Dienstes als Urkundsbeamter. Seine Hauptaufgabe war die Registerführung, die Aktenkontrolle und die Statistik des Senats. Auch Vollstreckungsvermerke und Rechtskraftvermerke lagen in seinem Aufgabenbereich. Hinzu kam ein Rechtspfleger des gehobenen Dienstes, der in erster Linie Rechnungsangelegenheiten und Kostensachen für den Senat zu bearbeiten hatte. Auch Aufgaben der freiwilligen Gerichtsbarkeit konnten in seinem Aufgabenspektrum liegen.[88]

86 Vergleichbares lässt sich auch für das Bundessozialgericht feststellen, s. Rudloff/ Miquel, Das Bundessozialgericht, S. 115.

87 Die Zahlen sind aus dem jährlich erscheinenden Bundeshaushaltsplan für das Rechnungsjahr 1950–1965, Berlin/Bonn 1950–1965 entnommen.

88 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 59.

Die Bibliothek

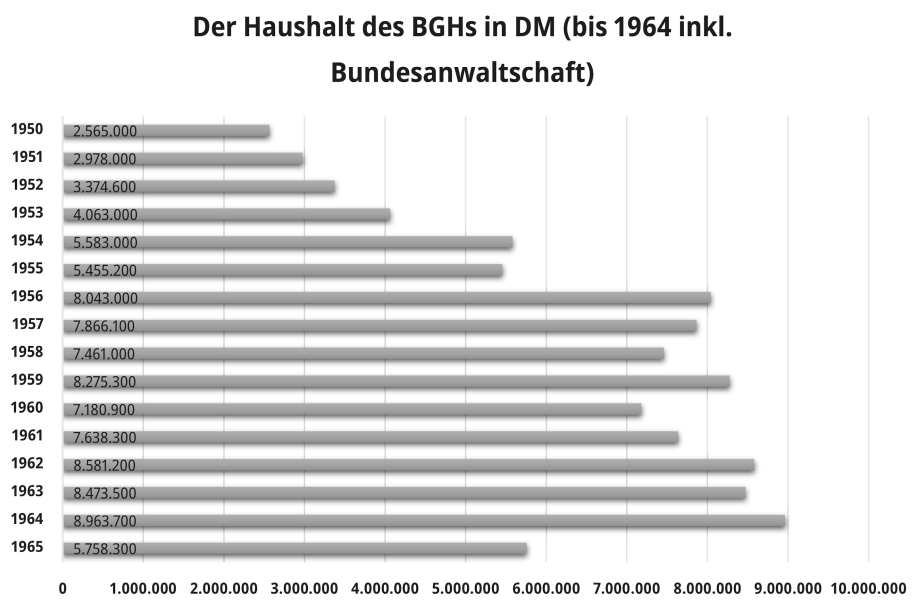
Die mit Abstand wichtigste nichtrichterliche Institution innerhalb des BGH ist seit jeher aber sicher die wissenschaftliche Bibliothek, das zentrale Arbeitsmittel in einem Revisionsgericht. Da die große Bibliothek des Reichsgerichts, mit 300.000 Bänden nach Ulrike Habersetzer eine der „bedeutendsten juristischen Bibliotheken Europas", zunächst in Leipzig verblieben war und später an das Oberste Gericht der DDR gegeben, teilweise auch zerschlagen und verkauft wurde, musste in Karlsruhe wegen des Fehlens einer auch nur annähernd vergleichbaren juristischen Fachbibliothek eine weitgehend neue und bedarfsgerechte Bibliothek aufgebaut werden. Erst nach der Wiedervereinigung kamen 1996 einige wesentliche Teile der Reichsgerichtsbibliothek wieder an den BGH in Karlsruhe.[89] Den Grundstock bildete zunächst die Bibliothek des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Köln, die mit 5.000 Bänden nach Karlsruhe kam. Mit der Bibliothek kamen auch drei Bibliothekare, die zuvor schon am Reichsgericht gearbeitet hatten und daher keine Einweisung in die Bedarfe eines Revisionsgerichts brauchten. Sie bauten die Karlsruher Bibliothek nach dem Leipziger Vorbild auf, weil sie davon ausgingen, nach der baldigst erwarteten Wiedervereinigung Deutschlands mit dem Bundesgerichtshof zurück nach Leipzig ziehen zu können. Anfänglich wurden für einfache Bibliotheksarbeiten auch Personen angestellt, die politisch belastet waren und anderswo kein Unterkommen finden konnten. 1958 waren es bereits 16 Kräfte, die die BGH-Bibliothek betreuten und ständig ausbauten. Denn die BGH-Bibliothek erhielt Sondermittel des Bundes in Höhe von 1 Million DM zum Aufbau und zudem einen regulären Jahresetat von 50.000 bis 60.000 DM, der ab 1961 sogar noch auf 95.000 DM erhöht wurde. Das war vergleichsweise viel Geld, das es ermöglichte, über Antiquariate wichtige Altbestände zu ergänzen, aber auch laufend die neu erscheinende Fachliteratur weitgehend vollständig zu erwerben. Da, wo es anfänglich noch mangelte, half die juristische Bibliothek der Universität Heidelberg aus. Fast täglich verkehrte ein Aktenwagen auch nach Heidelberg und besorgte den Richtern die Literatur, die in Karlsruhe noch nicht zu bekommen war. Die Benutzungsbedingungen waren anfänglich denkbar ungünstig: Mangels eines Lesesaales saßen die Benutzer in den Ecken des Magazins, und die drängende Enge nahm noch zu, als 1951 auch das Bundesverfassungsgericht nach Karlsruhe kam und die dortigen Richter mangels eigener Bibliothek die des Bundesgerichtshofes mitbenutzten. Hatten in Leipzig die Richter des Reichsgerichts noch umfängliche eigene Bibliotheken unterhalten, so war in Karlsruhe angesichts der Kriegszerstörungen, der schwachen Finanzausstattung der Richter und des darniederliegenden Verlagswesens gar nicht daran zu denken, große eigene Bibliotheken zu erwerben, geschweige denn die so wichtigen Entscheidungssammlungen gleich dutzendfach irgendwo zu besorgen. Die Bibliothek des

89 Habersetzer, Der geteilte (Bücher-)Himmel, S. 267–276, Zitat S. 267.

Bundesgerichtshofes erlangte vor diesem Hintergrund eine außerordentlich hohe Bedeutung für die Revisionsrichter.[90]

Der Haushalt

Für den Betrieb all dieser Einrichtungen im BGH stellte der Bund im jährlichen Haushaltsplan, beginnend mit dem für den BGH ja kurzen Haushaltsjahr 1950 zwischen 2,5 Millionen und 9 Millionen DM zur Verfügung. Der Betrag ergab sich unter Abzug der Gerichtseinnahmen (vor allem Gebühren und Geldbußen) aus den fortdauernden und einmaligen jährlichen Ausgaben des Gerichts, die mit Zuschüssen aus dem Bundeshaushalt gedeckt wurden. Diese Zuschüsse entwickelten sich wie folgende Graphik zeigt:[91]



Wie diese Verwaltungsstruktur funktionierte, war 1958 Gegenstand einer umfänglichen Untersuchung des Bundesrechnungshofes, der sein Gutachten darüber 1959 vorlegte und zugleich eine Reihe von Änderungsvorschlägen unterbreitete. Gravierend waren die Defizite und Mängel, die hier konstatiert wurden, zumindest im Vergleich

90 Kirchner, Aufbau der Bibliothek des Bundesgerichtshofs, S. 67–80, passim.

91 Die Zahlen sind aus dem jährlich erscheinenden Bundeshaushaltsplan für das Rechnungsjahr 1950–1965, Berlin/Bonn 1950–1965 entnommen.

zu den heute oft ausgesprochenen Mahnungen des Bundesrechnungshofes, nicht. Sie führten aber zu erheblicher Verstimmung des Präsidenten wie des Generalbundesanwaltes, die der Auffassung waren, dass die Rechnungsprüfer die unbestrittene Überlastung von Gericht und Bundesanwaltschaft nicht beachtet hatten und zu wenig Verständnis für die dauerüberlasteten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zeigten. Zudem hielten sie den Prüfern entgegen, dass ihre Vorschläge von profunder Unkenntnis des Geschäftsbetriebes eines Revisionsgerichts geprägt seien. Solche Rede und Gegenrede hat sich in der öffentlichen Verwaltung wohl bis heute in ganz ähnlichen Formen erhalten. In dem hier zu thematisierenden Zusammenhang ermöglichen das Gutachten und die Antwort des BGH-Präsidenten darauf aber immerhin einen schlaglichtartigen Einblick in die Verwaltungsstruktur des BGH in den 1950er Jahren, der angesichts des Aktenverlustes sonst nicht möglich wäre.

Die von einem Oberregierungsrat geleitete Verwaltungsabteilung, die, wie der Prüfer meinte, im BGH unzweckmäßiger Weise „Hauptbüro“ genannt werde, war der Kern der Administration dieses oberen Bundesgerichts. Hieran wurde keine Kritik geübt, wenn auch die Aufgabenverteilung der nachgeordneten Verwaltungskräfte noch als verbesserungsbedürftig angesehen wurde. Hierbei standen die Kanzleikräfte und unter diesen insbesondere die Schreibkräfte im Fokus der Prüfer. Ihr Einsatz sei zu optimieren, vor allem zur Vermeidung von differierenden Belastungen. Die durchgeführte Untersuchung der Arbeitsbelastung von Schreibkräften hatte immerhin gezeigt, dass deren Beanspruchung beim BGH höher war als in den Ministerien, allerdings besser noch als bei der Bundesanwaltschaft, die unter einem chronischen Mangel solcher Kräfte enorm litt. Als Ausweg wurde nicht etwa die Beschäftigung weiterer Kräfte, sondern die technische Modernisierung angesehen, denn im BGH waren Ende der 1950er Jahre nur selten elektrische Diktiergeräte im Einsatz, und elektrische Schreibmaschinen gab es hier noch gar nicht. In der Vervielfältigungsstelle sahen die Prüfer vor allem bei deren Leiter eine zu hohe Bezahlung, den Pförtnerdienst hielten sie für ausreichend besetzt. Kritisch wurde der Fahrer für den Präsidenten gesehen, der zu gut bezahlt werde, während die Justizwachtmeister in der Poststelle unterbezahlt würden. Ein Dorn im Auge aber war den Prüfern das Heer an Reinigungskräften, das der BGH bezahlte. Die 19 Reinigungskräfte seien zu entlassen und deren Arbeit von privaten Dienstleistern zu übernehmen. Auch das Personal der Dienst- und Amtskasse sei zu verringern, nachdem eine moderne Buchungsmaschine erst kürzlich angeschafft worden sei. Sehr wohlwollend sahen die Prüfer die kleinen Verwaltungsabteilungen bei den Senaten, die effektiv arbeiteten. Der Personalstamm in der Bibliothek sei hingegen übersetzt, und es sei zumindest zu überlegen, ob man nicht die getrennten Bibliotheken von Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof zusammenfassen könne, auch wenn das von allen am BGH für absolut ausgeschlossen erachtet würde.[92]

92 IfZ München, NL Walter Strauß, ED 94/Nr. 153, Gutachten über die Organisation und Wirtschaftlichkeit der Verwaltung und des Geschäftsbetriebes bei dem Bundesgerichtshof und der Bundesanwaltschaft in Karlsruhe und Berlin, April 1959.

Gegen diese Kritikpunkte wehrten sich BGH-Präsident und Generalbundesanwalt mit Nachdruck, weil sie selbst über die Ergebnisse der Untersuchung nicht vorab in Kenntnis gesetzt und ihnen mithin die Gelegenheit zur korrigierenden und erläuternden Stellungnahme vorenthalten worden war. Daher dürfe der Bericht so nicht an die Mitglieder des Rechtsausschusses des Bundestages gehen. Dies gelte umso mehr, als der Bundesrechnungshof die permanente Überlastung des Gerichts und der Bundesanwaltschaft zwar nicht verneine, aber sie in keiner Weise bei seinen Ausführungen berücksichtigt habe. Dies aber sei notwendig, denn manche Verwaltungsgewohnheiten, die kritisiert würden, erklärten sich allein aus der Überlastung. Gehaltsabstufungen von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern wurden rundweg abgelehnt, denn: „Schon jetzt hat es sich als recht schwierig erwiesen, geeignete Kräfte des mittleren und gehobenen Dienstes aus den Landesjustizverwaltungen für den Bundesgerichtshof und die Bundesanwaltschaft zu gewinnen." Es habe sich herumgesprochen, wie viel man am BGH arbeiten müsse – werde jetzt noch das Gehalt gekürzt, wolle gar keiner mehr nach Karlsruhe kommen. Gewiss könnte man Synergieeffekte bei manchen Verwaltungsabteilungen hervorrufen, doch setze dies ein Ende der aus einer Notlage hervorgegangenen räumlichen Trennung von Verwaltungsbereichen und der schlechten Arbeitsverhältnisse in mangelhaften Gebäuden voraus. Die dazu notwendigen Koordinationsstellen seien seit Jahren beantragt, aber nie genehmigt worden. Gerade an Schreibkräften fehle es am BGH, das vorhandene Personal sei immer wieder total überlastet, woran auch moderne technische Mittel wie elektrische Schreibmaschinen nur wenig ändern könnten. Gerne könnten einzelne unterbezahlte Posten höher eingestuft werden – allein, das sei seit Jahren beantragt, werde aber vom Ministerium nicht genehmigt. Verminderung oder gehaltliche Abstufungen, ganz gleich in welchem Bereich, lehnten beide vehement ab, weil sie sich schützend vor ihre Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter stellen müssten, die in allen Abteilungen bis an die Grenze ihrer Belastbarkeit arbeiteten. Allein das Problem der Reinigungskräfte wollte man angehen, freilich dabei sozialverträgliche Übergangszeiten gewahrt wissen, zumal mit dem geplanten Neubau an der Herrenstraße bereits für dieses Gebäude ein externer Dienstleister beauftragt worden sei.[93]

Ganz unberücksichtigt, weil wohl in direkter Verbindung mit dem Büro des Präsidenten, blieb in diesem Gutachten die allerdings erst allmählich aufgebaute Pressestelle des BGH. Sie wurde in dem hier betreffenden Zeitraum von einem dafür besonders abgeordneten Richter geleitet und hatte die Aufgabe, wichtige Entscheidungen des Gerichtes der Presse zu kommunizieren und überhaupt für Presseanfragen zur Verfügung zu stehen. Zudem gab sie offenbar regelmäßig Presseverlautbarungen heraus, durch die zum Beispiel Dienstjubiläen oder Verabschiedungen von Richterinnen und Richtern der Öffentlichkeit bekanntgegeben wurden. Man muss freilich davon

93 IfZ München, NL Walter Strauß, ED 94/Nr. 153, BGH-Präsident, Generalbundesanwalt an BMJ, 24.7.1959.

ausgehen, dass der gesamte Betrieb keinen besonderen Regularien unterlag und auch die Verlautbarungen des BGH nur nach Bedarf veröffentlicht wurden.[94]

Rechtsanwaltschaft und richterliche Hilfskräfte

Zentral wichtig für die Arbeit des Bundesgerichtshofes ist von Anfang an auch eine eigene Rechtsanwaltschaft geworden, die nach dem Vorbild des Reichsgerichts eingerichtet worden ist. Während in Strafsachen jeder zugelassene Rechtsanwalt vor dem Bundesgerichtshof auftreten durfte, war schon 1950 die allgemeine Überzeugung entscheidend, dass die bisweilen hochkomplexen Materien, die in den Zivilsenaten zu verhandeln waren, nur durch eine besonders tüchtige und in einem eigenen Wahlausschuss ausgewählte Anwaltschaft so behandelt werden könnten, dass unnötige Verzögerungen angesichts des enormen Geschäftsanfalls vermieden wurden. Formale Voraussetzung für die Ernennung zum Rechtsanwalt beim BGH war die Vollendung des 35. Lebensjahres und eine mindestens fünfjährige ununterbrochene rechtsanwaltliche Tätigkeit. Die durch Vertreter der Rechtsanwaltschaft wie des Gerichtes besetzte Auswahlkommission legte ihre Vorschläge dem Bundesjustizminister vor, der die Ernennung vornahm. Dem exklusiven, rund 20 Rechtsanwälte umfassenden Kreis waren die Zulassung und das Auftreten vor anderen Gerichten untersagt.[95]

Eine gewisse personelle Verstärkung konnte sich der Bundesgerichtshof immer schon durch die Anstellung von wissenschaftlichen Hilfskräften verschaffen, die nach Möglichkeit aus allen Bundesländern gleichmäßig rekrutiert werden sollten. Die Landesjustizverwaltungen ordneten solche geeigneten Kräfte, um die der BGH ersuchte, für drei Jahre ab, ohne dass den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern dadurch ihre Planstelle im Landesdienst verloren ging. Dabei handelte es sich stets um besonders qualifizierte Richterinnen und Richter, die oft auch über ein für den jeweiligen Senat, in dem sie eingesetzt werden sollten, notwendiges Spezialwissen verfügten. Oft um 40 Jahre alt, stellten sie nicht selten das Reservoir für Nachwuchskräfte im BGH dar. Allerdings war die Bereitschaft, am BGH eine solche Aufgabe zu übernehmen, angesichts des notwendigen Umzuges und eines nur mäßig aufgebesserten Gehaltes nicht eben groß. Und die Landesjustizverwaltungen sahen den Abgang hochqualifizierter Kräfte in die Bundesjustiz in der Regel auch nicht unbedingt gerne. Im Unterschied zur Anstellung von wissenschaftlichen Hilfsarbeitern am Reichsgericht wirkten diese Personen auch nicht als Hilfsrichter mit, sondern waren mit vorbe-

94 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 45.

95 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 53. S. auch Gross, Dr., Docteur en Droit, S. 147–152. Diese besondere Zulassungspraxis ist bis heute hoch umstritten, besonders in der Rechtsanwaltschaft. S. beispielsweise Wesser, Gegen die Singularzulassung, URL: https://www.vak-berlin.de/kammerton/ausgaben/ausgabe-12-2023/gegen-die-singularzulassung-beim-bgh-in-zivilsachen [abgerufen am 20.3.2024].

reitenden Arbeiten für die Prozesse oder mit der Erstellung von Voten beschäftigt. An den eigentlichen Verhandlungen nahmen sie nur als Zuhörer teil.[96]

Wünsche und Realität der Aufbauzeit

Schlaglichtartig zeigen einige wenige überlieferte Dokumente, wie rasch sich bereits innerhalb des ersten Arbeitsjahres und gerade bei Präsident Hermann Weinkauff Illusionen über die Gestaltung des neuen Gerichts zerschlugen und die nüchterne Realität eines überlasteten Gerichts den Alltag bestimmte. Im August 1950, als man mitten in den Bauarbeiten steckte und Weinkauff noch gar nicht zum Präsidenten ernannt war, eruierte er im Kontakt mit dem Bundesjustizministerium, welche Möglichkeiten sich für das neue Gericht ergeben könnten. Zu diesem Zeitpunkt war er selbst noch skeptisch, ob der Eröffnungstermin 1. Oktober zu halten wäre, und prognostizierte Probleme bei der Literaturbesorgung in Heidelberg. Die Übernahme von Verfahren des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone glaubte er noch leicht abwehren zu können, schließlich könne dieser Gerichtshof doch gerne auch nach Eröffnung des BGH noch seine Altlasten selbst abarbeiten. Vor allem aber wollte er sich um eine geistig anregende Umgebung für seine Richter kümmern, die in Leipzig doch von so großem Vorteil gewesen sei:

> Ein Bedürfnis für ein reges gesellschaftliches Leben besteht im Bundesgerichtshof durchaus. Bei dem Reichsgericht war es vor 1933 in besonderem Maße entwickelt. Es ist bei einem Obersten Revisionsgericht auch rein dienstlich ungemein fruchtbar. Die verschiedenen Mitglieder, die sonst in ihren einzelnen Senaten von den übrigen Senaten abgekapselt sind, müssen sich unbedingt gegenseitig kennen lernen und Ideen allgemeiner Art und Ideen über die Grundlinien der Rechtsprechung austauschen können. Es empfiehlt sich auch durchaus, möglichst bald und möglichst eingehend mit den Karlsruher Kreisen und mit den Heidelberger und Freiburger Universitätskreisen in gesellschaftliche Berührung zu treten.[97]

Wenige Tage nach Eröffnung des BGH klangen seine Briefe an das Bundesjustizministerium schon mehr wie Hilferufe. Am 12. Oktober 1950 klagte er darüber, dass die Richter nur tropfenweise nach Karlsruhe berufen würden, die zwangsweise aus Köln übernommenen Verfahren noch nicht bearbeitet werden könnten und er nun unbedingt einen qualifizierten Präsidialrat brauche, damit er nicht völlig im Kleinklein des Alltags versumpfe. Die Stadt sitze ihm im Nacken mit den Mieten für die Wohnungen der Richter, die noch nicht bezogen seien. Man müsse den ankommenden Richtern schnellstens das Trennungsgeld entziehen, damit sie auch diese Wohnungen nun schnell annähmen. Ein Erweiterungsbau für die Bibliothek müsse sofort angegangen werden. Und auch sein Dienstwagen und die unabdingbaren Pkw-Aktenwagen mach-

96 Salger, Der Bundesgerichtshof, S. 57–59.

97 BA, B 141/25115, OLG-Präsident Bamberg an Willi Geiger, BMJ, 4.8.1950.

ten ihm Sorgen: Er habe mit Mühe einen Mercedes, den er aus einer Exportquote habe herauslösen können, bestellt. Seinen alten, schon ziemlich abgenutzten Mercedes könne dann der Generalbundesanwalt haben. Wichtig seien aber die Aktenwagen für den Transport von Literatur und Akten in die Privatwohnungen der Richter, ohne die der Betrieb nicht anlaufen könnte. Das Bundesministerium der Justiz möge für eine reibungslose Abwicklung all dieser Käufe sorgen und ihn vor weiteren bürokratischen Behinderungen schützen.[98] Nach einem Jahr fasste er die Aufbauarbeit des jungen Gerichts in einem eigenen Bericht zusammen und leitete diesen mit der Feststellung ein: „Es war ein sehr schweres Jahr der Improvisation und des Aufbaus, das an die Arbeits- und Nervenkraft aller Beteiligten harte Anforderungen stellte." Ob der BGH wirklich eine Fortführung des Reichsgerichts werden könne, bezweifelte er nun, weil sich das neue Gericht „in einer Umwelt gesteigerter und früher nie erhörter rechtlicher Schwierigkeiten" beweisen müsse. Von alledem habe die Öffentlichkeit gar keine angemessene Vorstellung.[99]

2.4 Der Bundesgerichtshof in Raumnot

Für die Bewältigung all dieser Aufgaben und die Unterbringung des dazu notwendigen Personals bedurfte es einer zumindest hinlänglichen Immobilienstruktur – und auch die war eigentlich von Anfang an nicht wirklich vorhanden. Schon bei der gesonderten Presseführung durch die Räumlichkeiten des BGH, wenige Tage vor der feierlichen Eröffnung, hatte Präsident Weinkauff durchblicken lassen, dass die Raumkapazitäten im Palais durch die Aufnahme der Bundesanwaltschaft wie durch die zu diesem Zeitpunkt noch in der Diskussion befindliche Aufnahme des Bundesverfassungsgerichts ins Erbgroßherzogliche Palais nicht ausreichen würden.[100] Als im November 1950 die ersten Gerichtssitzungen abgehalten wurden, berichtete die Presse, dass der Dienstbetrieb des BGH erst allmählich in Gang komme, weil noch längst nicht alle Richter gewählt und ernannt wären, ließ aber auch durchblicken, dass die vorhandenen Räumlichkeiten manch ein Problem böten. So gebe es drei Gefängniszellen im Keller des Palais, die für die Unterbringung von Gefangenen während der Verhandlungspausen gedacht seien, jedoch mehr als spartanisch aussähen. Die Bibliothek sei noch im Aufbau, die Kantine und Kücheneinrichtungen befänden sich im wenig ansehnlichen Keller des Gebäudes.[101]

98 BA, B 141/25115, BGH-Präsident an BMJ, 12.10.1950. Die Stadt Karlsruhe kam Weinkauff schließlich mit dem Mietzins für die freigehaltenen Richterwohnungen entgegen und wollte vor Ende Oktober 1950 keine Forderungen stellen. S. BA, B 141/25115, BGH-Präsident an BMJ, 14.10.1950.
99 BA, B 141/25115, Bericht „Ein Jahr Bundesgerichtshof. Von Hermann Weinkauff".
100 Arbeitsaufnahme, in: *BNN*, 3.10.1950.
101 Bundesgerichtshof jetzt arbeitsfähig, in: *Badische Abendzeitung*, 11.11.1950.

Abb. 3: Verhandlungssaal im BGH (1950er Jahre)
Quelle: BA, B 145 Bild-F000631, Verhandlungsaal (5F06 / 44)

Erste Erweiterungsmaßnahmen

Tatsächlich wurde schon unmittelbar nach der Eröffnung des Gerichts weiter auf dem Gelände des BGH gebaut. Vor allem der alte Küchenbau des Palais, wo die Bibliothek eigentlich nur provisorisch untergebracht war, musste durch einen Anbau erweitert werden, um deren Kapazitäten zu erhöhen.[102] Als dann im Winter 1950/51 klar wurde, dass der BGH mit den ursprünglich geplanten Richterstellen nicht auskommen würde und durch eine Erhöhung des Personalstandes absehbar sich auch der Raumbedarf vergrößern würde, schlug Präsident Weinkauff im April 1951 sofort Alarm und forderte die weitere Bebauung des Geländes. Dem Präsidenten des Landesbezirks Baden schilderte er drastisch die kurz nach Gründung des Gerichts bereits vorhandene Raumnot: Es gebe für die Richter bei weitem nicht genügend Arbeitszimmer. Deren Arbeit in die Privatwohnungen zu verlegen, sei nur begrenzt möglich, weil die Bibliothek noch keine Bücher ausleihen könne und die Anschaffung von Privatbibliotheken

102 SWR Hörfunkarchiv, WO113245, Der Ausbau des BGH. Das Untersuchungsgefängnis für den BGH befand sich in den 1950er Jahren in der Riefstahlstraße 9, sah äußerlich wohl ansehnlich aus, war aber ebenfalls mangelhaft, weil die Häftlinge in diesem Gebäude unschwer miteinander kommunizieren konnten. S. Endstation Bundesgerichtshof, in: *Südwestdeutscher Spiegel*, 6.3.1957, S. 8.

den Richtern aufgrund ihres nur mäßigen Gehaltes nicht zumutbar sei. Selbst das Kellergeschoss des Erbgroßherzoglichen Palais sei bereits vollkommen belegt: Dorthin seien die Wachtmeisterei, die Druckerei, die Druckereikontrolle, die Nachschlagewerke, die Registraturen, die Gerichtskasse, ein Teil der Gerichtsverwaltung, die Hausverwaltung und die Kantine verlegt worden. Das könne nur eine sehr kurzfristige Übergangslösung sein, weil der Keller nicht nur dunkel, sondern auch feucht sei und die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sich zurecht über die schlechten Arbeitsbedingungen dort beschwerten. Es brauche jetzt schnellstens einen Erweiterungsbau zwischen Palais und Bibliotheksgebäude, der dann „unseren Raumbedürfnissen endgültig genügen“ werde. Der Bau werde ca. 115.000 DM kosten, die das Land aufbringen müsse, doch wäre danach auch eine Erhöhung des Mietzinses möglich.[103]

Nicht nur mit seiner optimistischen Prognose über den mit diesem Erweiterungsbau endgültig zu befriedigenden Raumbedarf des BGH hatte sich Weinkauff allerdings zu weit vorgewagt. Auch das Bundesjustizministerium war mit diesem Vorpreschen keineswegs einverstanden. Thomas Dehler ließ Weinkauff zwei Wochen später wissen, dass er von Bauanträgen an das Land derzeit nichts wissen wolle. Der entstehende Südweststaat müsse dadurch den Eindruck bekommen, er werde nun vom Bund ausgenutzt, zumal die Verhandlungen über die Unterbringung des Bundesverfassungsgerichts in Karlsruhe ja noch in vollem Gang seien.

> Wenn die Richter, wie das von Anfang an vorgesehen und beim Reichsgericht allgemein üblich war, dazu übergehen, zu Hause zu arbeiten, sind die zur Verfügung stehenden Räume ausreichend. Die Schwierigkeiten, die einer solchen Regelung entgegenstehen, sind in dem Augenblick behoben, in dem die Richter das offenbar verlorengegangene Gefühl für einige besondere Pflichten ihres hohen Amtes wiedergewinnen: sich die notwendige Fachliteratur persönlich anzuschaffen, einen Wohnraum als Arbeitsraum zu benutzen und durch Übernahme der Kosten eines privaten Telefonanschlusses den Verkehr mit dem Gericht zu erleichtern,

meinte Dehler.[104]

Der Realitätsferne dieser Vorstellungen vom grünen Tisch widersprach Weinkauff im Angesicht der täglichen Problemlagen umgehend. Die Lage im Karlsruhe des Jahres 1951 sei nicht mit der in Leipzig vor 30 Jahren vergleichbar. „Die Kaufkraft der Gehälter lag damals um 2/3 höher. Die Bibliothek konnte jede Bücheranforderung in die Wohnung sofort und in beliebigem Umfange erfüllen.“ Das sei in Karlsruhe ganz anders: Die Bibliothek sei erst im Aufbau, sich eine Bibliothek anzuschaffen, könne man von den ernannten Richtern nicht verlangen, denn dazu seien „viele, auch beim besten Willen, nicht in der Lage“. Die zum großen Teil Ausgebombten oder die Flüchtlinge hätten gerade einmal genug Geld, um sich eine eigene bescheidene Existenz aufzubauen. Und selbst wenn sie etwas erübrigen könnten, sei es schier unmöglich, irgendwo 64mal die Entscheidungssammlungen des Reichsgerichts herzubekommen.

103 BA, B 283/1000310, BGH-Präsident an Präsident Landesbezirk Baden, 30.4.1951.
104 BA, B 283/1000310, Bundesjustizminister an BGH-Präsident, 16.5.1951.

„Ich verkenne nicht, daß die Bereitwilligkeit, sich eine persönliche Bibliothek anzulegen und sonstige für den Betrieb des Bundesgerichtshofs erforderliche persönliche Ausgaben zu leisten, bedauerlich gering ist“, resümierte er einen offensichtlich schon eingetretenen Kulturwandel, dem er aber nicht zu begegnen wisse. Denn wolle man die Richter dazu zwingen, würde sich gar kein Personal mehr für den BGH finden lassen. Baue man nicht aus, wo es notwendig ist, dann müsse mit einer noch größeren Ausweitung der Rückstände gerechnet werden, weil einfach die Arbeitsbedingungen unzureichend blieben. Schließlich komme noch hinzu, dass die unzumutbaren Arbeitsbedingungen im Keller dazu führten, dass einige aus Rücksicht auf ihre Gesundheit schon die Kündigung des gerade erst mit dem BGH geschlossenen Arbeitsverhältnisses angedroht hätten.[105] Im August 1951 setzte er dann nach und bat um Erlaubnis, in Bauverhandlungen mit dem Präsidenten des Landesbezirks Baden eintreten zu dürfen. Die Lage habe sich weiter verschlimmert, nun seien noch mehr Angestellte und Beamte im Keller untergebracht, wogegen sich insbesondere die Mitarbeiterinnen sträubten. Zwei Wochen später berichtete er, das Gesundheitsamt Karlsruhe habe die Kellerräume besichtigt und sie für gesundheitsgefährdend und unzumutbar befunden. Einen Ausweg sehe er nur, wenn das sogenannte Kavaliershaus gegenüber dem Palais in ein Bürohaus umgebaut werde, wodurch rund 30 Büros gewonnen werden könnten. Handle man nicht schnell, kämen Haftungsansprüche wegen der gesundheitsschädlichen Arbeitsbedingungen auf den BGH zu.[106]

Anfang September gab Bundesjustizminister Dehler endlich nach: Er genehmigte Verhandlungen mit dem Landesbezirk Baden: „Ich bitte aber, dabei darauf Bedacht zu nehmen, daß die sparsamste und einfachste Ausführung des Neubaues gewählt wird.“[107] Daraufhin setzte das wohl übliche Ringen zwischen Bund und Land über das Tragen der Baukosten ein, zudem musste eine Firma, die ihren Sitz noch im Kavalierbau hatte, herausbefördert werden, und die Presse erhob Anspruch auf einen eigenen Presseraum, wenn nun schon wieder gebaut werde. Währenddessen stiegen die Baupreise, und die Raumnot wurde so drängend, dass der Große Sitzungssaal, den sich Weinkauff noch im Jahr zuvor als Raum für repräsentative gesellschaftliche Feiern der Richter gedacht hatte, als Kanzlei eingerichtet werden musste, die jedes Mal aufwändig wieder zu entfernen war, wenn der Saal für Gerichtssitzungen gebraucht wurde.[108] Im Mai 1952 nahm der Baubetrieb Fahrt auf: Die Remisen und Stallungen des Erbgroßherzoglichen Palais wurden nun abgerissen, um ein dreistöckiges Bürogebäude zu errichten, auch die Reithalle musste nun weichen, um einen weiteren Sitzungssaal, Beratungszimmer und Büroräume zu bauen.[109] Im November 1952 konnte die

105 BA, B 283/1000310, BGH-Präsident an Bundesjustizminister, 22.5.1951

106 BA, B 283/1000310, BGH-Präsident an Bundesjustizminister, 4.8.1951, 31.8.1951.

107 BA, B 283/1000310, Bundesjustizminister an BGH-Präsident, 1.9.1951.

108 BA, B 283/1000310, BGH-Präsident an Bundesjustizminister, 26.2.1952; BA, B 283/1000311, Pressestelle BGH an Hauptbüro, 13.10.1952.

109 Neues Verwaltungsgebäude, in: *Badische AZ*, 7.5.1952.

Karlsruher Presse über das Richtfest berichten, das mit dem ergreifenden Lied „Nun danket alle Gott“ begangen worden sei.[110]

Dass Karlsruhe nun doch nicht einfach ein zweites Leipzig für die Richterinnen und Richter des BGH werden würde und die beschworene Kontinuitätslinie zum Reichsgericht sehr bald Fragen aufwerfen würde, wurde mithin schon unmittelbar bei der baulichen Entwicklung offenbar. Der BGH reihte sich in baulicher Hinsicht in die typische bundesdeutsche „Nachkriegsmoderne“ der Verwaltungsbauten ein, die durch Schlichtheit, Funktionalität und Sparsamkeit geprägt war. Mit dieser Bauweise sollte nicht nur der Finanzschwäche des Bundes Rechnung getragen werden, es sollte auch der Bruch mit dem monumentalen Neoklassizismus der NS-Zeit ebenso sichtbar werden, wie es galt, den Gegensatz zur stalinistischen Bauweise in der DDR zu betonen.[111] Die Verzahnung von Neuaufbruch und Kontinuität prägte so auch das äußere Erscheinungsbild der bundesdeutschen Justizorgane – kaum vorstellbar, dass dies keine Folgen auf die Haltung und Arbeit der Richterinnen und Richter gehabt hat.

Dieser ersten Erweiterungsphase im unmittelbaren Anschluss an die Eröffnung des Gerichts sollte schneller als erwartet eine weitere folgen. Es lohnt sich, auch dieser Vergrößerung des BGH einen Blick zu widmen, weil hier das sich damals allmählich einstellende Verhältnis zwischen dem obersten Gerichtshof und der Stadt im Alltag gut erkennbar wird.[112]

Zweite Erweiterungsphase

Der weitere Auf- und Ausbau des BGH in den Folgejahren, so etwa die Schaffung von zwei neuen Zivilsenaten 1956, ließ das Raumproblem erneut wachsen. Vor allem die erstinstanzlichen Staatsschutzsachen, die sich in den 1950er Jahren häuften, bewirkten ein verstärktes Interesse der Öffentlichkeit an der Judikatur des BGH und einen bald schon nicht mehr zu bewältigenden Andrang von Presse und Publikum. Der Prozess gegen den ehemaligen Präsidenten des Bundesamtes für Verfassungsschutz Otto John 1956, der unter ungeklärten Umständen 1954 in die DDR gelangt und ein Jahr später wieder in die Bundesrepublik zurückgekommen war,[113] stellte die neuerliche Raumnot deutlich unter Beweis. Da nicht einmal ein Zeugenzimmer vorhanden war, mussten während des Prozesses zwei Richter ihre Dienstzimmer räumen, um ein provisorisches Zeugenzimmer zu gestalten. Der Sitzungssaal des 3. Strafsenats erwies sich

110 Richtfest, in: *BNN*, 12.11.1952.

111 S. Steffen, Tradierte Institutionen, S. 12–20.

112 Eine zusammenfassende Betrachtung der Baumaßnahmen der 1950er Jahre mit reichhaltigem zeitgenössischem Bildmaterial bei Schillinger, Bundesgerichtshof, S. 50–57 und weitergeführt bis zur Jahrtausendwende Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Bundesgerichtshof, Der Bundesgerichtshof in Karlsruhe.

113 Zum Fall Otto John s. grundlegend Gieseking, Der Fall Otto John und die Ausführungen von Roth in Band 2.

als zu klein und völlig unzweckmäßig für große Prozesse mit erheblichem Publikumsandrang. Die durch viele Menschen in diesem kleinen Raum erzeugte Hitze wurde schnell so unerträglich, dass die Verhandlung alle zwei Stunden zum Lüften des Raumes unterbrochen werden musste. Weder stand für die Richter ein Beratungszimmer zur Verfügung noch für die Presse ein Pressezimmer, auch die Angeklagten konnten nirgendwo angemessen untergebracht werden, und von einem auch nur rudimentären Abhörschutz zur Wahrung von Vertraulichkeit im Rahmen des Verfahrens konnte gar keine Rede sein. „Was sich die Vertreter der ausländischen Presse im John-Prozess von der räumlichen Unterbringung des höchsten Strafgerichtes der Bundesrepublik gedacht haben mögen, will ich lieber nicht erörtern“, schrieb Präsident Weinkauff an den Bundesjustizminister. Deshalb suchte man umgehend nach Möglichkeiten, die Raumnot nun im zweiten Anlauf nachhaltiger zu beseitigen. Die Stadt Karlsruhe favorisierte dabei einen großen Hochhausturm an der Karlstraße bei dem dort schon befindlichen Wachhaus, das zwar mit einem Schlag alle Raumprobleme gelöst hätte, architektonisch und sicherheitspolizeilich jedoch von verschiedenen Seiten für ungünstig gehalten wurde. Präsident Weinkauff favorisierte daher den Bau eines langgestreckten Erweiterungsbaus am Rande des Parks in unmittelbarer Anbindung an das Palais, für den nun Kosten in ganz anderen Dimensionen als bislang ermittelt wurden. Das neue Gebäude sollte 4,5 Millionen DM kosten. Diese Idee jedoch rief den Unmut der Nachbarn des obersten Gerichtshofes und vieler Karlsruher Bürger hervor, die den zu diesem Zeitpunkt noch völlig frei zugänglichen Park am Palais mit seinen alten Baumbeständen auch weiterhin nutzen, vor allem auch die freie Sicht auf die grüne Insel inmitten der Stadt erhalten wissen wollten.[114]

Im Sommer 1956 schien die Auseinandersetzung über diese Baupläne zu eskalieren, da sich die lokale Tageszeitung *Badische Neueste Nachrichten* zum Sprachrohr der Skeptiker des Neubauvorhabens an der Herrenstraße machte und die Diskussion befeuerte, obwohl Weinkauff in einem Informationsgespräch eigentlich eine ausgewogenere Berichterstattung mit der Redaktionsleitung vereinbart hatte. In einem Artikel war sogar die Rede davon, der BGH strebe rücksichtslos „die Endlösung“ an, die er als die für ihn einzig vertretbare von Anfang an gewollt habe. Die Zeitung rief dazu auf, sich zu beschweren und Druck auf den Oberbürgermeister zum Erhalt der Parklandschaft auszuüben.[115] Ein solcher Druck war leicht machbar, weil in Karlsruhe im November 1956 ein neuer Gemeinderat gewählt wurde. So verlangte der Oberbürgermeister, der den Bebauungsplänen an der Herrenstraße schon zugestimmt hatte, nun auch die Zustimmung des Gemeinderates, führte diese aber vor den Wahlen nicht mehr herbei und verzögerte damit den Baubeginn erheblich. Eine eigene Ortsbesichtigung, organisiert vom BGH im Oktober 1956 für den Ältestenrat des Karlsruher Stadt-

114 Diese Zusammenhänge gehen zusammengefasst aus einem Schreiben BA, B141/95250, BGH-Präsident an Bundesjustizminister, 20.12.1956 hervor.

115 BA, B 141/95249, BGH-Präsident an Bundesjustizminister, 31.7.1956 und 25.8.1956 nebst beiliegenden *BNN*-Artikeln.

rates samt Referat über die Baupläne und Erklärung der Arbeitsweise des BGH, die die spezifischen Baupläne nachvollziehbar machen sollte, half nichts. Nach der Wahl, im Februar 1957, versuchte es Weinkauff erneut und lud alle relevanten Akteure zu einem klärenden Gespräch in den BGH ein. Dabei wurden Modifikationen an den Bauplänen für die Herrenstraße vereinbart, bei denen durch eine Stelzenbauweise der freie Blick in den Park erhalten blieb und lediglich fünf alte Bäume gefällt werden mussten. Die *Badischen Neuesten Nachrichten* gaben jedoch immer noch nicht auf und bezweifelten nun, dass das Gericht überhaupt einen solchen Raumbedarf habe, ja rieten zu mehr Bescheidenheit. Taktische Rochaden des OB verzögerten die Sache weiter. Erst als Weinkauff kurz vor der entscheidenden Sitzung des Stadtrates Drohpotential aufbaute, bewegte sich etwas. An Oberbürgermeister Günther Klotz schrieb er am 27. Februar 1957:

> Wenn der Stadtrat sich jetzt nicht in der Lage sehen sollte, dem Projekt Herrenstraße zuzustimmen oder überhaupt eine Entscheidung zu treffen, so wäre ich meinerseits genötigt, mit allen Mitteln die Verlegung des Bundesgerichtshofes von Karlsruhe weg in eine Stadt zu betreiben, die uns die Möglichkeit gibt, so unterzukommen, wie wir es brauchen.

Angebote gäbe es zur Genüge. Er würde einen Fortgang bedauern, aber wenn man ihm keine andere Wahl lasse, werde er auch davor nicht zurückschrecken. Weinkauffs Brief fand den Weg zu den Stadträten und in die Presse, die sich darüber echauffierte, wie schamlos hier die Stadt erpresst werden sollte. Am 1. März 1957 gab der Stadtrat endlich grünes Licht für den Neubau.[116] Die Abstimmung fiel, laut Stadtratsprotokoll, einstimmig bei vier Enthaltungen aus, außerhalb der Tagesordnung erregten sich aber etliche Stadträte über den als anmaßend empfundenen Ton des BGH-Präsidenten gegenüber der Stadt, den man sich zukünftig nicht mehr gefallen lassen wollte.[117]

Mochte manch einer der streitenden Badener sich als tapferer Gegner vermeintlich überzogener Ansprüche und eines so empfundenen arroganten Gebarens des obersten Gerichtshofes fühlen, dem man die Stirn geboten habe – außerhalb von Karlsruhe rief das Verhalten der Stadt nur Hohn und Kopfschütteln hervor, besonders bei jenen, die wenige Jahre zuvor im Wettstreit um den Sitz der obersten Bundesgerichte Karlsruhe unterlegen waren. Die *Süddeutsche Zeitung* etwa schrieb nach dem Anlaufen der Bauarbeiten unter dem sarkastischen Titel *Höchste Rechtsprechung – demnächst auf Pfählen*:

> In Pfahlbauten soll künftig in der Bundesrepublik an höchster Stelle Recht gesprochen werden. Ein bisher nicht sonderlich gepflegtes Rasenstück, auf dem sich vornehmlich Hunde bester Pro-

116 BA, B 141/95249, BGH-Präsident an Bundesjustizminister, 25.8.1956, 13.10.1956, 10.11.1956, 2.3.1957 und BGH-Präsident an OB, 27.2.1957 nebst beiliegenden Zeitungsartikeln aus der *BNN*, vor allem: Erweiterungsbau, in: *BNN*, 2.3.1957; Ungewöhnliche Methoden, in: *BNN*, 2.3.1957.

117 StA KA, 3/B Nr. 1585, Stadtratsprotokoll 1957, 5. Sitzung des Gemeinderates, 1.3.1957, S. 117–120 sowie S. 156 f.

menadenmischung vergnügten, und das kleinstädtische Denken einer einflußreichen Minderheit unter der Bevölkerung der 230.000 Einwohner zählenden Stadt Karlsruhe haben diese architektonische Patentlösung notwendig gemacht.

Zwei Jahre Verzögerung habe es wegen einer kleinlichen Diskussion um dieses bisschen Rasen gegeben. Dabei hätten die Karlsruher den BGH in ihre Stadt gelockt, wollten jetzt aber die Bedarfe nicht wahrhaben und meckerten kleinkariert herum.[118] Im Rundfunk kritisierte man bei Fertigstellung in umgekehrter Richtung, dass die Chance vertan worden sei, einen echten Justizbau mit Ausstrahlung zu schaffen: Justizneubauten sollten zweckmäßig sein, aber „der äußere Rang soll sich also in der Justizarchitektur ausdrücken, selbstredend ohne hohlen Pomp und leeren Aufwand." In Karlsruhe sei aber nur möglichst billig gebaut worden, die Arbeitszimmer seien von „mönchischer Strenge", nichts weise auf den Rang und die Bedeutung dieses obersten Gerichtes hin, nicht einmal an passende Kunstobjekte oder Symbole sei gedacht worden.[119] In den BGH-Bauten der 1950er Jahre zeigte sich folglich keine Traditionsaufnahme zum Leipziger Reichsgerichtsgebäude mehr, sie waren eher der architektonische Ausdruck der vom Bundespräsidenten für den BGH ins Auge gefassten „nüchternen Redlichkeit" und hießen im Volksmund deshalb oft „Wüstenfort".

Der im Juni 1958 begonnene 72 Meter lange, gestreckte Bau war mit über 5 Millionen DM Baukosten und einer Bauzeit von zwei Jahren veranschlagt. Er wirkte immerhin der Raumnot mit 118 neuen Büros und einem weiteren Sitzungssaal entgegen. Am 15. Oktober 1960 konnte er feierlich übergeben werden – rechtzeitig zur Feier des zehnjährigen Bestehens des BGH. Zu dem Neubau an der Herrenstraße kam noch ein Umbau des Ostflügels des Kavalierbaus gegenüber dem Palais, die Bibliothek erhielt noch zwei weitere Geschosse im Keller und alle Gebäude wurden unterirdisch durch Gänge miteinander verbunden, so dass ein geschützter Transport von Akten und Büchern nunmehr sichergestellt war. Weinkauffs Nachfolger im Amt des Präsidenten des Bundesgerichtshofs, Bruno Heusinger, konnte in letzter Minute noch dringend notwendige Änderungen einbringen, so etwa für mehr Abhörsicherheit in den Verhandlungssälen und Beratungszimmern sorgen, eine Verbesserung der Lüftung der Säle sicherstellen, Aufzüge und Rampen für die oft kriegsinvaliden Aktenboten einbauen lassen und schließlich auch der Presse ein für ihre Arbeit geeignetes Gestühl anschaffen – alles angesichts der weiteren Entwicklung durchaus notwendige Dinge, die Weinkauff in großer Sparsamkeit nicht hatte haben wollen.[120]

118 Höchste Rechtsprechung, in: *SZ*, 2.9.1958. S. a. Der Gerichtshof, in: *FR*, 26.6.1959; Fünf Millionen Mark, in: *NWZ*, 2.5.1958.

119 SWR Hörfunkarchiv, W1521476, *Aus der Residenz des Rechts*, Neubau zum 10jährigen Bestehen bezogen, 24.10.1960. So auch: Verpaßte Gelegenheit, in: *Deutsche Zeitung*, 18.10.1960. Dagegen betonte der Zeitungsbeitrag, Übergabe des Erweiterungsbaus, in: *BVZN*, 16.7.1960, dass der Ludwigshafener Kunstmaler Ernst W. Kunz im neuen Plenarsaal ein Kunstwerk geschaffen habe.

120 BA, B 141/95252, BGH-Präsident an Staatliches Hochbauamt Karlsruhe, 20.12.1960, Aktenvermerk, 13.1.1961. S. a. Baubeginn im Palaisgarten, in: *BNN*, 26.4.1958, in dem auch der Hoffnung Ausdruck gege-

Abb. 4: Der Erweiterungsbau an der Herrenstraße
Quelle: BA, B145 Bild-F011467

Wohnungen für die Richter

Neben dem sparsamen und schmucklosen, erst allmählich den wirklichen Bedürfnissen eines obersten Bundesgerichts halbwegs gerecht werdenden Ausbau der Gebäude auf dem Areal des Erbgroßherzoglichen Palais, der die Herrschaftsarchitektur des Leipziger Reichsgerichts zu keiner Zeit auch nur annäherungsweise erreichte, sorgte ein weiteres Immobilienproblem für Unmut im Gericht wie im Verhältnis zur Stadt: die Wohnraumlage für die Richterinnen und Richter.

Nicht zuletzt die bindende Zusage adäquater Wohnquartiere für das richterliche Personal hatte ja den Ausschlag für Karlsruhe gegeben – die Situation vor Ort stellte sich dann jedoch in mancherlei Hinsicht ganz anders dar. Auch hier zeigt sich sehr deutlich, wie verschieden auch auf diesem Gebiet die Lebensrealität der Richter in Karlsruhe gegenüber der ihrer Vorgänger in Leipzig war. Zwar hatte die Stadt tatsächlich eine ganze Reihe von Vier- bis Fünf-Zimmerwohnungen gebaut, die auch zum Teil

---

ben wurde, die BGH-Richter wüssten, welche Opfer die Stadt Karlsruhe für sie mit dem Bau dieser Gebäude aufbringe. Zur feierlichen Übergabe unter Anwesenheit des Bundesjustizministers und zahlreicher politischer Prominenz s. Schlüsselübergabe im Bundesgerichtshof, in: *BNN*, 17.10.1960. Der Bau war von Architekt Erich Schelling entworfen worden, der durch seine enge Verbindung zum badischen NS-Gauleiter Robert Wagner politisch belastet war. S. Ehrhardt, Erich A. Schelling.

eine Dachmansarde für eine Haushaltshilfe vorgesehen hatten, doch war nicht wenigen Richtern der dafür zu entrichtende Mietzins zu hoch. Lange stritt der für die Wohnungsvermittlung zuständige Sachbearbeiter zum Beispiel mit Bundesrichter Fritz Artl um die Frage, welche Wohnung denn wohl für den Richter und seine Familie zumutbar sei.

> Daraus aber, daß früher Reichsgerichtsräte sich kostspielige Wohnungen gehalten haben, kann unter den heutigen Verhältnissen nicht gefolgert werden, daß Bundesrichter Anspruch auf eine luxuriöse Wohnung haben oder daß sie eine Wohnung mit besonders teurer Miete nehmen müßten [...],

ließ Artl das Bundesjustizministerium wissen.[121] Artl war kein Einzelfall,[122] andere konnten in Karlsruhe gar keine Wohnung finden und mussten zum Teil weit entfernt Quartier beziehen und lange Anfahrten in Kauf nehmen.[123] Dieser Zustand zog sich lange hin: Bundesrichter Heinz Pikart musste noch als Oberlandesgerichtsrat in Karlsruhe 1958 in einer 59 Quadratmeter großen Wohnung mit seiner Frau und zwei Kindern wohnen und hoffte, durch einen Gehaltsvorschuss in Höhe von 3.000 DM an einem gemeinnützigen Eigenheimbauprojekt teilnehmen zu können, um aus dieser für alle Familienmitglieder sehr unbequemen Lage herauszukommen.[124] Sicher war nicht jede Beschwerde dieser Art berechtigt; nicht ganz zu Unrecht mutmaßte Präsident Weinkauff, dass die Karlsruher Wohnungen auch hier und da abgelehnt würden, weil manch einer gerne länger Trennungsgeld beanspruchen wollte.

> Eine gewisse Anzahl von Bundesrichtern macht mir derartige Schwierigkeiten in der Annahme der für sie erbauten Wohnungen und stellt sowohl in Bezug auf die Wohnung selbst wie auf die Miete derart unerfüllbare Ansprüche, daß dies hier schon zum Stadtgespräch geworden ist und daß insbesondere die Stadtverwaltung und das Wohnungsamt mich ständig auf diese untragbare Haltung hinweisen [...],

stellte er fest.[125]

Letzteres war definitiv der Fall, wie die Stadtratsprotokolle belegen. Schon im Juni 1951 wurden dort Beschwerden formuliert, dass die für Bundesrichter vorgesehenen Wohnungen nur schwer an diese zu vermitteln seien. Die Bundesrichter, so formulierte Stadtrat Dietz (KPD), sollten sich gefälligst „der Notlage des Volkes anpassen."

---

121 BA, Pers 101/75746, Arlt an Bundesjustizministerium, 23.5.1952.

122 S. etwa auch den Schriftverkehr um die Wohnungssuche in Karlsruhe bei Heinrich Jagusch, BA, Pers 101/74199, Weinkauff an Bundesjustizministerium, 2.11.1951, Georg Kuhn, BA, Pers 101/39827, Weinkauff an Bundesjustizministerium, 25.2.1952 oder Joseph Engels, BA, Pers 101/75805, Engels an Amtmann Schrod, 17.3.1951.

123 So etwa Georg Benkard, BA, Pers 101/39776, Weinkauff an Bundesjustizminister, 26.10.1951, Richard Busch, BA, Pers 101/39941, Weinkauff an Busch, 1.3.1951.

124 BGH Karlsruhe, Dienstakte Heinz Pikart, Zeugnisheft, Pikart an Justizministerium Baden-Württemberg, 22.3.1958.

125 BA, Pers 101/74199, Weinkauff an Bundesjustizministerium, 11.3.1952.

Andere schüttelten resignierend den Kopf und meinten, Karlsruhe habe den BGH haben wollen, jetzt müsse man eben „die Rechnung bezahlen“ mit diesen nicht leichten Mietern. Bundesrichter Robert Fischer, der eine zehnköpfige Familie hatte, sollte für zwei zusammengelegte Wohnungen der Stadt 220 DM Miete bezahlen, war dazu aber nicht in der Lage. So einigte man sich auf 180 DM „mit Rücksicht darauf, daß dem Bundesgericht manche Zugeständnisse gemacht werden mussten.“ Denn senke man den Mietzins nicht, stehe am Ende die Wohnung leer, und die Stadt habe nur Kosten, so aber habe man wenigstens, wenn auch bescheidenere, Einnahmen.[126] Aber auch diejenigen Richter, die ihrer Wohnmisere durch einen Eigenheimbau abhelfen wollten und sich dazu dem genossenschaftlich organisierten Mieter- und Bauverein Karlsruhe anschlossen, machten der Stadt zu schaffen. In dieser Genossenschaft musste man eine Bürgschaft für den Fall von Haftungsansprüchen hinterlegen, was vielen Bundesrichtern entweder nicht möglich war oder was sie nicht akzeptieren wollten, weil sie Karlsruhe in der Pflicht sahen, die Richter angemessen unterzubringen. Auch hier gab die Stadt letztlich nach. Allerdings musste der Oberbürgermeister in der dazu einberufenen Stadtratssitzung dazu aufrufen, sachlich zu bleiben und die „Worte in der Aussprache so zu wählen, daß eine weitere Verstimmung gegenüber dem Bundesgerichtshof nicht eintrete.“ Damit war er nur mäßig erfolgreich: Stadtrat Klotz fand, die Bundesrichter sollten sich mal „so benehmen […] wie sich das für normale Menschen gezieme“. Stadtrat Heid und Stadtrat Bernauer sahen gar nicht ein, warum es Sonderkonditionen für diese Herren geben sollte. Es war einmal mehr Stadtrat Siegfried Kühn, der als Richter Verständnis für die Haltung des BGH aufbrachte und die Debatte zu einem für den BGH günstigen Abschluss brachte.[127]

Nicht nur die Richter, auch die Präsidenten hatten im Übrigen ihre Not und Sorge mit der Wohnsituation in Karlsruhe. Präsident Weinkauff konnte die Stadt, anders als erwartet, keine repräsentable Präsidentenwohnung anbieten. Daher kaufte er in der Graf-Eberstein-Straße ein Grundstück, um dort selbst ein Eigenheim zu erbauen. Doch die Kosten für den Bau waren auch für ihn nicht leicht zu schultern, und als die Stadt 4.500 DM Erschließungskosten verlangte, geriet er in eine unangenehme finanzielle Lage. Ein recht knapper Stadtratsbeschluss erließ ihm mit 23 gegen 17 Stimmen bei zwei Enthaltungen diese Kosten, um nicht neuerliche Verstimmungen hervorzurufen.[128]

126 StA KA, 3/B, Nr. 1579 Stadtratsprotokolle 1951, S. 205 und 269 f., Sitzungen vom 21.6.1951 und 16.5.1951.

127 StA KA, 3/B Nr. 1580, Stadtratssitzung 25.3.1952, S. 174–177.

128 StA KA, 3/B Nr. 1580, Stadtratssitzung, 11.11.1952, S. 643 f.

2.5 Traditionslasten

Deutlich zeigen sich also auch im Hinblick auf die Rahmenbedingungen des richterlichen Wohnens und Arbeitens bescheidene Anfänge in Karlsruhe. Und dennoch, trotz aller Begrenztheiten und Einschränkungen, war das Gericht nach dem Willen seiner Schöpfer in Bonn und Karlsruhe in die Nachfolge des Reichsgerichts gestellt und sollte an dessen „großer Tradition“ anknüpfen – eine zweifellos belastende Hypothek. Dabei gab es auch noch eine zweite, eine viel jüngere, sicherlich auch viel kürzere, aber von Bundesjustizminister Dehler in seiner Eröffnungsansprache immerhin auch angesprochene Tradition, nämlich die des Obersten Gerichts für die Britische Zone in Köln. Auch dieser Gerichtshof stand in einer gewissen Fortentwicklungslinie des Reichsgerichts, konnte von seiner Größe her und den Rahmenbedingungen des Arbeitens aber sicherlich noch weniger als der nach ihm gegründete Bundesgerichtshof einem Vergleich mit dem Reichsgericht standhalten. Ständig überlastet, hatten sich die Richter des Obersten Gerichtshofes nach den Untersuchungen von Christian Pöpken aber bereits deutlich von der NS-Rechtsprechung distanziert und mit ihrer Rechtsprechung zur Verantwortung auch von Sonder- und Militärrichtern hatten Richter wie Heinrich Jagusch und Friedrich-Wilhelm Geier eine justitielle Aufarbeitung der NS-Zeit auch für Justizangehörige nach Kontrollratsgesetz Nr. 10 eingeleitet, die bemerkenswert war.[129] Immerhin elf Richter des Obersten Gerichtshofes wurden nach seiner Auflösung auch Richter am BGH, acht davon später Senatspräsidenten. Und nicht selten berief sich auch der BGH auf Urteile des Obersten Gerichtshofes.[130] Doch diese sicherlich nicht unwichtige Vorarbeit geriet sehr schnell und lang anhaltend in den Hintergrund angesichts der viel beschworenen Reichsgerichtstradition, die, wie gezeigt, bei der Eröffnung des BGH vor allem vom Bundesjustizministerium unter Thomas Dehler gestiftet worden war. Abgesehen von den juristischen Rückgriffen der BGH-Rechtsprechung auf das Reichsgericht und einigen technisch-organisatorischen Anknüpfungen zeigten sich die Traditionsübernahme und eine sehr langsame und schwierige Lösung von diesem „Vorbild“ rein äußerlich in drei Elementen, die Bedeutung erlangten: 1) der Feier des 75jährigen Gründungsjubiläums des Reichsgerichts durch den BGH im Jahr 1954, 2) der Übernahme der Amtstracht und 3) einer traditionsstiftenden Gedenktafel, die im BGH angebracht wurde.

129 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 92; Pöpken, Vergangenheitspolitik, S. 569 ff., bes. 571. S. a. Ohlenroth, Der Oberste Gerichtshof, S. 50–53 und Justizministerium NRW, Verbrechen gegen die Menschlichkeit.

130 Grieß, „Im Namen des Rechts“, S. 15, 97, 106, 114 f., 126 f., 347–354.

75 Jahre Reichsgericht

Über das 75-jährige Jubiläum des Reichsgerichts 1954 gibt es leider kaum mehr eine Überlieferung, die erkennen ließe, auf wessen Initiative und mit welchen vorbereitenden Überlegungen diese Feier gestaltet wurde. Immerhin existiert ein schmales Gedenkbändchen, das die Ansprachen sowohl bei der Feierstunde am 30. September 1954 im Bundeshaus in Bonn wie auch bei dem festlichen Konveniat im Bundesgerichtshof am 2. Oktober 1954 festgehalten hat.

Für Bundesjustizminister Fritz Neumayer war der Erlass der Reichsjustizgesetze in den Jahren 1877/78, mit denen eine gewisse Einheitlichkeit im Gerichtsverfassungs- und Verfahrensrecht in die deutsche Justiz gekommen ist und in dessen Gefolge dann auch das Reichsgericht als oberster Gerichtshof des endlich geeinten Reiches 1879 gegründet wurde, der eigentliche feierwürdige Ausgangspunkt. Zugleich wollte er die Gelegenheit nutzen, um dem BGH unter seinem Präsidenten Hermann Weinkauff, den er als den „legitimen Nachfolger" des Reichsgerichts bezeichnete, für die Aufbauarbeit der zurückliegenden vier Jahre zu danken. Die „schlichte Feierstunde" in Bonn war als gemeinsame Veranstaltung von Bund und Ländern gedacht, weshalb der amtierende Bundesratspräsident, der Ministerpräsident von Rheinland-Pfalz Peter Altmeier, und viele Landesjustizminister anwesend waren. Sie bestand im Wesentlichen aus drei fachlich orientierten Vorträgen zum Zivilrecht, der Reichsstrafprozessordnung und dem Deutschen Juristentag in seinem Verhältnis zu den Reichsjustizgesetzen.

Die Karlsruher Gedenkstunde wurde von Weinkauff selbst mit einer Reflexion über das Reichsgericht gestaltet und mit einem Vortrag von Staatssekretär Walter Strauß aus dem Bundesjustizministerium abgeschlossen.[131] Bemerkenswert war, wie Weinkauff in der Karlsruher Feier das Reichsgericht vor dem Hintergrund seiner vielfach auch andernorts geäußerten Klage über den mangelhaften Respekt vor dem deutschen Richter („Dem deutschen Richter flicht die Nachwelt gewiß keine Kränze") einordnete. Für ihn war das Reichsgericht ein „Symbol", das den Menschen Vertrauen in das Recht gegeben und die in es gesetzten Erwartungen „überwiegend" erfüllt habe, weil sein Name gefühlsmäßig „einen guten Klang" im Volk erlangt habe. Allerdings formulierte er auch eine Trennlinie zwischen dem Reichsgericht vor und nach 1933. Weit davon entfernt, die aktive Rolle der Richter auch des Reichsgerichts im NS-Unrechtsstaat direkt zu beschreiben, konstatierte er aber immerhin einen Niedergang, ja eine Entfremdung von sich selbst nach 1933: „Das Reichsgericht war damals nicht mehr es selbst." Zwar wollte er den damaligen Richtern nicht „in der Haltung eines billigen Pharisäismus" entgegentreten, aber er sah doch die Notwendigkeit, heute dafür zu sorgen, „daß es so nicht mehr kommen kann."[132] Ganz anders hingegen der ganz in der etatistischen Tradition stehende Staatssekretär des Bundesjustizministeri-

131 Neumayer, Begrüßung, S. 5–11. Die weiteren Referenten waren Bötticher, Der Zivilrechtsgang, S. 13–22; Schmidt, Sinn und Bedeutung, S. 23–35, und Ruscheweyh, Der Deutsche Juristentag, S. 37–43.
132 Weinkauff, 75 Jahre Reichsgericht, S. 45–50, Zitate S. 48 f.

ums Walter Strauß, der in seinem Beitrag einzig und allein die angeblich großartige Tradition des Reichsgerichts beschwor.[133] Im direkten Vergleich zu Weinkauffs Rede fällt dies besonders auf, zumal er bei diesem Anlass den gelegentlich zitierten, aus heutiger Sicht wohl fatalen Satz formulierte: „Sie feiern heute nicht den 75. Geburtstag eines vergangenen Gerichts […] Sie feiern die 75. Wiederkehr des Gründungstages Ihres eigenen Gerichts." Nach seiner wie Dehlers Auffassung war nämlich „am 1. Oktober 1950 das Reichsgericht wiedereröffnet" worden, und deshalb sähen sie „den Bundesgerichtshof nicht als eine rechtshistorische Fortsetzung des Reichsgerichts an, sondern betrachteten ihn als identisch mit dem Reichsgericht." Bei dem im Nationalsozialismus verfolgten Staatssekretär herrschte also ganz offensichtlich noch mehr als bei dem Repräsentanten des Gerichts selbst die Vorstellung einer ungebrochenen Tradition vor, die keiner irgendwie gearteten Erneuerung bedurfte.[134] Diese so unkritische Traditionsstiftung lastete nicht nur auf dem neuen Gericht, sie bot dem politischen Gegner in der DDR geradezu einen idealen Ansatzpunkt, um gegen den BGH propagandistisch vorzugehen. Der Ostberliner Anwalt Friedrich Karl Kaul entwickelte die Idee zu einer Publikation über die *Geschichte des Reichsgerichts*, deren vierter und einziger Band nach langen Vorarbeiten erst 1971 publiziert wurde, angeblich ausgehend von dieser Feier, vermutlich aber doch eher bei der noch zu schildernden Einweihung einer Gedenktafel im BGH – in jedem Fall boten beide erinnerungspolitischen Ereignisse die ideale Gelegenheit, durch den Nachweis der NS-Belastung des Reichsgerichts auch den BGH infrage stellen zu können.[135]

Die Robe

Eine immerhin gedachte, ideelle Fortführung der Tradition gab es auch bei der Amtstracht. Bedenkt man, wie bedacht, ja erpicht die deutsche Richterschaft in den vergangenen Jahrzehnten auf die Zubilligung einer repräsentativen Amtstracht gewesen und wie sehr gerade im Nationalsozialismus um die Anbringung von Hoheits- und Rangabzeichen gekämpft worden war,[136] muss es aber geradezu erstaunen, dass die Amtstracht bei der Gründung des BGH nicht einmal diskutiert wurde. Im Juni 1952 erkun-

133 Nach Frenzel, Das Selbstverständnis in der Justiz, S. 213, war ein völlig unkritischer Blick auf das Reichsgericht in der Führung der deutschen Justizbehörden sehr weit verbreitet.

134 Strauß, Reichsgericht und Bundesgerichtshof, S. 51–55, hier S. 54. Wie differenziert die Frage nach Kontinuitäten und Diskontinuitäten zwischen Reichsgericht und Bundesgerichtshof tatsächlich zu beantworten ist, erhellt durch den von A. Roth bearbeiteten zweiten Band dieser Publikation, aber auch durch Buschmann, Reichsgericht und Bundesgerichtshof, S. 132–164.

135 Rosskopf, Friedrich Karl Kaul, S. 306–308 und Kaul, Geschichte des Reichsgerichts, S. 240. Rosskopf verbindet die Feier zum Reichsgerichtsjubiläum fälschlicherweise mit der Einweihung der Gedenktafel für die 34 in NKWD-Lagern umgekommenen Reichsgerichtsräte, von der weiter unten berichtet wird.

136 S. dazu Kißener, Zwischen Diktatur und Demokratie, S. 186 f.

digte sich Staatsekretär Walter Strauß erstmals in Karlsruhe, welche Amtstracht man denn am BGH eigentlich trage. Präsident Weinkauff antwortete wenige Tage später, dass man sich nach dem Allerhöchsten Kaiserlichen Erlass vom 29. Oktober 1879 und der Verfügung des Reichskanzlers vom 2. November 1879 gerichtet habe und mithin in etwa die roten Roben trage, die auch das Reichsgericht stets verwendet habe. Allerdings habe man den damals üblichen Schulterkragen für den Präsidenten, wie vorgeschrieben mit Pelzwerk vom nordamerikanischen blauen Fuchs, noch nicht besorgt, weil noch keine Vorschriften über die Amtstracht der Bundesrichter ergangen seien. Sollte eine Anschaffung dieses teuren Pelzes aus Mitteln des BGH gefordert werden, so werde er ihn so anfertigen lassen, dass ihn jeder Amtsnachfolger benutzen könne. Etwa zeitgleich ordnete Weinkauff dann an, dass sein Barett mit drei goldenen Schnüren als Zeichen seiner Präsidenteneigenschaft auszustatten sei. Zur besseren Anschauung übersandte er auch Zeichnungen der derzeit genutzten Amtstracht. Damit war das Thema ausweislich der Generalakten des BGH erledigt.[137]

Eine schwierige Gedenktafel

Weit länger und intensiver beschäftigte die Präsidenten des BGH eine Gedenktafel, die im BGH in Erinnerung an 34 Reichsgerichtsräte angebracht wurde, die 1945 in Lager des russischen Geheimdienstes verschleppt und dort in den folgenden Jahren umgekommen waren.[138] Sie entstand auf eine Anregung des ehemaligen Reichsgerichtsrates Walther Uppenkamp,[139] der sich am 11. Oktober 1956 brieflich an den Präsidenten des Bundesgerichtshofs mit der Bitte wandte, im Bundesgerichtshof einen Gedenkort für diese Mitglieder des ehemaligen Reichsgerichts zu schaffen. Uppenkamp verwies darauf, dass rund zehn Jahre nach Kriegsende nun doch an vielen Orten der Opfer des Krieges gedacht werde und dies insbesondere für die Angehörigen große Bedeutung habe, wenn, wie in diesem Fall, kein Grab vorhanden sei.[140] Der Bundesgerichtshof schien Uppenkamp, der sich als Sprecher einer 1953/54 gegründeten losen Vereinigung

137 BA, B 283/1000192, Staatsekretär Strauß an BGH-Präsident, 27.6.1952 und BGH-Präsident an Bundesjustizministerium, 3.7.1952 nebst Beilagen und Zeichnungen.

138 S. zu diesem Thema ausführlich: Limperg/u. a., Entsorgung der Vergangenheit. Die nachfolgenden Ausführungen entsprechen weitgehend dem hier S. 19–31 bereits abgedruckten Text.

139 Walther Uppenkamp (1893–1980) wurde 1932 zum Kammergerichtsrat in Berlin ernannt und war bis 1940 zur Verwendung im Auswärtigen Amt beurlaubt. In Ägypten war er über viele Jahre hinweg einziger deutscher Richter am ägyptischen gemischten Gerichtshof in Kairo. Seit 1935 war Uppenkamp Mitglied der NSDAP und NS-Schulungsleiter der NSDAP-Auslandsorganisation in der Ortsgruppe Kairo. Nach einer militärischen Verwendung als Chef des Kriegsverwaltungsstabes in Serbien wurde er noch im November 1944 zum Reichsgerichtsrat am Reichsgericht in Leipzig ernannt. Seine Personalakten befinden sich im BA, R 3001/78840, 78841, 78842 und R 3002/1870. Über seine Tätigkeit in Ägypten und sein Verhalten gegenüber Juden gibt die Monographie von Kasper-Holtkotte, Deutschland in Ägypten, passim, Auskunft.

140 BA, B 283/1000312, Uppenkamp an BGH-Präsident, 11.10.1956.

von acht ehemaligen Senatspräsidenten, weit über 50 noch lebenden Richtern und drei Reichsanwälten des Reichsgerichts sowie mehrerer direkter Angehöriger des Opferkreises vorstellte, der richtige Ort, weil ja nach Bundesjustizminister Dehler und nach Ausführungen von Staatsekretär Walter Strauß bei der 75-Jahrfeier des Reichsgerichts der BGH der direkte Nachfolger der Leipziger Institution sei.[141] Weinkauff stand als ehemaliger Reichsgerichtsrat[142] der Idee positiv gegenüber, fragte sechs Tage später bereits beim Bundesjustizministerium an, ob einem solchen Vorhaben etwas entgegenstünde, und erfuhr weitere sechs Tage später von Bundesjustizminister Hans-Joachim von Merkatz, dass auch dieser eine solche Gedenktafel begrüße.[143] Der BGH-Präsident betrachtete die Gedenktafel ganz offensichtlich als eine im engsten Sinne innere Angelegenheit der Justiz und wickelte ihre Errichtung rein geschäftsmäßig und ohne irgendeine Beteiligung Uppenkamps und seiner Reichsgerichtsrätegruppe ab. Dass die verschleppten Reichsgerichtsräte, die man hier ehren wollte, sich am NS-Unrecht beteiligt hatten, wurde zu diesem Zeitpunkt in keiner Weise diskutiert. Umgehend schaltete Weinkauff die beim Umbau des Erbgroßherzoglichen Palais beauftragten Architekten ein, die im Dezember 1956 und Januar 1957 bereits tätig wurden, eine einfache Muschelkalktafel vorschlugen, anregten, auf die Nennung der vielen Verfolgtennamen zugunsten eines alle umfassenden neutralen Textes zu verzichten, und die nicht ganz unerheblichen Kosten für den BGH kalkulierten. Den Text, so wie er heute noch auf der Tafel zu sehen ist, scheint Weinkauff selbst entworfen zu haben.[144] Er lautete:

> ZUM GEDÄCHTNIS DER 34 MITGLIEDER DES REICHSGERICHTS UND DER REICHSANWALTSCHAFT DIE IN DEN JAHREN 1945 UND 1946 IN DEN LAGERN MÜHLBERG AN DER ELBE UND BUCHENWALD UMGEKOMMEN SIND.

Am 14. Februar 1957 teilte er ihn Baudirektor Kölmel mit, wobei ihm gleich zwei Fehler unterlaufen sind: Zum einen sprach er von 34 Reichsgerichtsräten, die im Lager Mühlheim umgekommen seien. Dieser Fehler wurde von einem aufmerksamen Mitarbeiter entdeckt und in die richtige Ortsbezeichnung „Mühlberg“ korrigiert. Nicht aufgefallen ist, dass vom Lagertod der besagten Reichsgerichtsräte in den Jahren 1945 und 1946 die Rede ist. Tatsächlich sind aber einige der Gemeinten nach dem einzigen

141 Fischer, Bundesgerichtshof als Reichsgericht?, S. 43–64, hier S. 45. Den Kreis der noch lebenden Reichsgerichtsräte und der Angehörigen der in den NKWD-Lagern umgekommenen Reichsgerichtsräte bezifferte Uppenkamp in BA, B 283/1000313, Uppenkamp an Hill, 16.9.1966.

142 Ein bedeutungsvoller Tag, in: *Badische Abendzeitung*, 9.10.1950.

143 BA, B 283/1000312, Weinkauff an BMJ, 17.10.1956; BJM v. Merkatz an Weinkauff, 23.10.1956. Zu v. Merkatz s. Strelow, Konservative Politik, S. 315–334; Kroll, Merkatz, in: *NDB* (1994), S. 142–143.

144 BA, B 283/1000312, Vermerk Senatspräsident Dr. Moericke, 19.12.1956, Kölmel an Weinkauf, 31.1.1957. Die Baukosten wurden auf ca. 4.000 DM veranschlagt.

Bericht über das Geschehen, dem Erinnerungsbericht des ehemaligen Reichsgerichtsrats August Schäfer, erst nach 1946 umgekommen.[145]

Im März 1957 bekam der Gebrauchsgrafiker Bogislav Groos den Auftrag zur Anfertigung der Tafel, die im Juli 1957 dann fertiggestellt und anschließend im ersten Stock des Palais angebracht wurde. Im August 1957 fragte Uppenkamp nach dem Stand der Dinge und erfuhr zu seiner großen Freude, dass bald schon alles erledigt sei und für Oktober die Einweihung geplant werde.[146]

Zu dieser Einweihung der Gedenktafel am 24. Oktober 1957 wurden die Angehörigen der in den russischen Lagern Umgekommenen allerdings ebenso wenig eingeladen wie die noch lebenden Mitglieder des Reichsgerichts. Alles sollte im engsten Kreise mit einer ganz kleinen „schlichten Feier“ geschehen. Erst auf eine irritierte Nachfrage Uppenkamps hin wurde ihm mitgeteilt, dass die Angehörigen kommen könnten, wenn sie denn wollten, ansonsten man den Betroffenen Fotos der Gedenktafel schicken werde.

So fanden sich am 24. Oktober 1957 nach der Teilnehmerliste lediglich 27 Personen, darunter sieben Angehörige der toten Reichsgerichtsräte im ersten Stock des Palais ein, die die Ansprachen des Präsidenten, des Oberbundesanwalts Max Güde wie des Vertreters des Bundesjustizministeriums Joseph Schafheutle hörten.[147] Präsident Weinkauff hob in seinen Ausführungen – die tatsächliche Situation durchaus beschönigend – hervor, es hätten sich unter den Umgekommenen „die meisten der Nicht-Parteigenossen am Reichsgericht“ befunden und zudem „verschiedene bekannte leidenschaftliche Gegner des nationalsozialistischen Regimes“. Sie seien „unschuldige Opfer“ des kommunistischen Terrors und „Märtyrer des Unrechts“ geworden. Die Tafel selbst wollte er als „Mahn- und Ehrenmal“ verstanden wissen. Oberbundesanwalt Max Güde, selbst ehemals klarer Gegner des NS-Regimes, thematisierte bemerkenswerterweise die Frage nach Schuld oder Unschuld der Toten sowie ihre Tätigkeit am Reichsgericht gar nicht. In seiner sehr metaphorischen, vieldeutigen Rede sprach er davon, die Toten seien „Mahner an einen Untergang, der der unsre wie der ihre war und ist.“ Er zeichnete das Gemälde einer düsteren, unheilvollen Zeit, in der man gelebt habe und deren Folgen nach wie vor spürbar seien: „Diese Toten bezeugen uns, dass wir auf einem Vulkan leben, an dessen Ausbruch wir nicht glauben wollten, ja dessen Ausbruch wir nicht wahrhaben wollten, als seine Zeichen – lange vor 1945 – schon feurig am Himmel standen, dessen Ausbruch wir unbegreiflicherweise gerne vergessen möchten.“ Joseph Schafheutle, selbst ehemals Häftling des NKWD und mittlerweile Mi-

145 BA, B 283/1000312, Weinkauff an Kölmel, 14.2.1957. S. a. Schäfer, Das große Sterben, in: *DRiZ* (1957), S. 249–250. Dieser Text unterscheidet sich in einigen, nicht unwesentlichen Punkten von dem Bericht, den Schäfer an Bundesjustizminister Thomas Dehler geschickt hatte. S. BA, B 283/1000312, Schäfer an Dehler, 26.6.1952.

146 BA, B 283/1000312, Kassenanweisung, 21.3.1957, Staatliches Hochbauamt Karlsruhe an Weinkauff, 11.7.1957, Uppenkamp an Weinkauff, 8.8.1957, Petersen an Uppenkamp, 1.10.1957.

147 BA, B 283/1000312, Gästeliste und Anweisungen zu einem Brief an Uppenkamp, 11.10.1957, Anwesenheitsliste, 24.10.1957.

nisterialdirigent im Bundesjustizministerium, obwohl er eine nicht unproblematische politische Vergangenheit hatte, blendete die NS-Vorgeschichte der 34 Reichsgerichtsräte völlig aus und stufte sie schlicht und vorrangig als eindeutige Opfer des kommunistischen „Terrorregimes“ in Ostdeutschland ein. Sie seien gestorben, weil sie „im Dienste des Rechts standen“.[148] Auch aus dem Kreis der Richter, Bundesanwälte und Rechtsanwälte des BGH waren nur einige wenige zur Feier geladen und gekommen. Für den Vorsitzenden des 5., des Berliner Strafsenates, Werner Sarstedt, waren die Dienstaufgaben zu dringlich, als dass er sich auf die lange Reise nach Karlsruhe hätte begeben wollen. Immerhin wollte er zu gleicher Stunde in Berlin eine kleine Gedenkfeier mit den Kollegen abhalten.[149] Die Presse reagierte auf die Gedenktafel nur mit kleiner, rein sachlicher Berichterstattung.[150] Die wegen ihrer Nichteinladung irritierten Angehörigen waren immerhin vielfach dankbar für die Übersendung von Fotos der Tafel.[151]

Es ist mit großer Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass für Präsident Weinkauff die Angelegenheit damit abgeschlossen war. Doch was er auf den Weg gebracht hatte, war eben doch nicht nur eine kleine, rein interne Angelegenheit, sondern die Tafel stiftete unmittelbar, ob man das nun wollte oder nicht, kollektive Identität. Sie formulierte allein durch ihre Anwesenheit eine kollektive Vergangenheitsdeutung für den Bundesgerichtshof, die bald schon eine gesellschaftliche Dynamik entfaltete, die sich 1957 vermutlich noch keiner der Akteure hatte vorstellen können. Der französische Sozialpsychologe Maurice Halbwachs hat bereits in seinem 1939 erschienenen Werk *La mémoire collective* deutlich machen können, wie sich soziale Gruppen, wie hier die Angehörigen der obersten Bundesjustiz, durch eine gemeinsame Form des kommunikativen vergangenheitsorientierten Denkens ihre Erinnerung gleichsam „erschaffen“ und damit eine kollektive Identität stiften. Diese mit einer solchen Gedenktafel spezifisch konstruierte Erinnerung an die Vergangenheit ist immer mehr als die Summe von Einzelerinnerungen, sie ist vielmehr eine Vergegenwärtigung der Vergangenheit unter Einschluss der auf diese Vergegenwärtigung einwirkenden Rahmenbedingungen, die selbst natürlich einem zeitlichen Wandel unterworfen sind. Was wir wie erinnern, kann nicht einfach durch eine Tafel ein für alle Male definiert werden, es unterliegt notwendig dem durch ständigen Diskurs initiierten Wandel des kollektiven Erinnerns der Erinnerungsgemeinschaft. Genau dieser Diskurs sollte nun über Jahrzehnte hinweg immer wieder neue Anfragen an das Selbstverständnis des Bundesge-

148 Die Texte der Ansprachen in BA, B 283/1000312.

149 BA, B 283/1000312, Sarstedt an Weinkauff, 14.10.1957.

150 Opfer und Märtyrer, in: *BNN*, 25.10.1957; 34 Märtyrer des Rechts, in: *BVZ*, 25.10.1957; Ehrentafel im Bundesgerichtshof, in: *Die Rheinpfalz*, 26.10.1957; Gerechtigkeit und Recht, in: *AZ Mainz*, 28.10.1957; Gedenktafel für Märtyrer, in: *StN*, 25.10.1957; Gedenken an die Toten, in: *FAZ*, 25.10.1957. Die *FAZ* hob hervor, dass Weinkauff betont habe: „Der Bundesgerichtshof habe sich zu dieser Gedächtnistafel entschlossen, weil er zusammen mit der Bundesanwaltschaft das Erbe des Reichsgerichtes und der Reichsanwaltschaft wahre“.

151 BA, B 283/1000312, passim.

richtshofs bedingen und führte zu einer allmählichen, in den Akten aber deutlich nachvollziehbaren Distanzierung von der in Vielem auch unheilvollen Tradition des Reichsgerichts.[152]

Dabei konnte zunächst noch Uppenkamps Reichsgerichtsrätegruppe die kollektive Erinnerung des obersten Gerichts in Zivil- und Strafsachen bestimmen, ja sich gleichsam erfolgreich als politische *Pressure Group* gerieren, die immer neue und stärkere Bekenntnisse zum Reichsgericht und seiner Rechtsprechung auch in der NS-Zeit von den Präsidenten des Bundesgerichtshofes verlangte. Diese meinten sich diesen Anforderungen nicht entziehen zu können, weil sie sich doch der Reichsgerichtstradition verpflichtet fühlten, ja nach den Worten, die dem BGH 1950 bei seiner Gründung mit auf den Weg gegeben worden waren, verpflichtet fühlen sollten. Demgegenüber standen erste kritische Einwürfe, die es Ende der 1950er Jahre auch schon gab, zunächst im Hintergrund.[153] So fand zum Beispiel ein Hinweis in der französischen Presse 1959, hier würden Richter geehrt, die gemeinsame Sache mit NS-Mördern gemacht hätten,[154] keine Beachtung. Der Reichsgerichtsrätekreis um Uppenkamp hingegen entwickelte nach einem ersten Treffen im BGH 1958[155] immer weitergehende Ideen, wie die Gedenktafel geschichtspolitisch zu nutzen wäre.

1965 erhoben sie die Forderung, neben der Gedenktafel eine Bronzetafel anzubringen, auf der die Namen der 34 Umgekommenen aufgeführt werden sollten, um die angeblich schmerzlich empfundene Anonymität der Gedenktafel aufzuheben.[156] Der seit 1960 amtierende Präsident Bruno Heusinger lehnte dies, ähnlich wie sein Vorgänger, ab und schlug vor, ein Namenbuch der Tafel beizugeben, so wie das schon 1957 angedacht, aber von Weinkauff nie realisiert worden war.[157] Diesen Vorschlag griff Uppenkamp interessiert auf, wollte die Gestaltung dieses Buches aber ganz in die Hand der Angehörigen der in NKWD-Haft Umgekommenen geben, die bestrebt waren, daraus ein prachtvoll gestaltetes Ehrenbuch in aufwändiger Metallkassette zu machen, für die dann eine zu ergänzende Ablagebank vor der Tafel zu errichten war. Das zu schaffende Ensemble bekam so eine gewisse Ähnlichkeit mit einem Altar. Zudem sollte das Ehrenbuch weit mehr als die Namen der Umgekommenen enthalten: Ergänzende Dokumente wie die Ansprachen bei der Einweihung der Tafel sollten beigegeben, gefallene Mitglieder des Reichsgerichts aufgeführt werden. Auch Reichsanwalt Emil Brettle, bekanntermaßen tief verstrickt in die NS-Strafjustiz, der in amerika-

152 Halbwachs, Das kollektive Gedächtnis. S. in diesem Zusammenhang auch Assmann, Der lange Schatten der Vergangenheit; François/Schulze, Deutsche Erinnerungsorte.

153 BA, B 283/1000312, Anonyme Zuschrift, 10.11.1957.

154 BA, B 283/1000312, R. O. A. Revue, Nr. 3, Jg. 1959.

155 BA, B 283/1000312, Verfügung, 23.10.1958. Für das Treffen der ehemaligen Reichsgerichtsräte im Bundesgerichtshof sollten 60 Stühle aufgestellt werden.

156 BA, B 283/1000313, Uppenkamp an Hill, 17.7.1965.

157 BA, B 283/1000313, Hill an Uppenkamp, 20. und 25.8.1965.

nischer Internierung verstorben war, sollte genannt werden,[158] und zwar neben dem ehemaligen Reichsgerichtsrat Hans von Dohnanyi, der wegen seiner frühen und vielfältigen Beteiligung an den Widerstandsaktionen der späteren Verschwörer vom 20. Juli 1944 hingerichtet worden war.[159] Damit sollte – mehr als offensichtlich – die in den 1960er Jahren steigende Akzeptanz des Widerstands gegen den Nationalsozialismus in der deutschen Gesellschaft gleichsam auch auf jene Justizangehörigen ausstrahlen, deren Verhalten alles andere als widerständig gewesen war, und deren Beteiligung am NS-Unrechtssystem nivellieren.[160]

Vor allem aber verlangte die Gruppe um Uppenkamp, dass eine Portraitgalerie von ehemaligen Reichsgerichtspräsidenten, die Präsident Heusinger zu Beginn der 1960er Jahre hatte anschaffen und im ersten Stock des Gebäudes, in räumlicher Nähe zur Gedenktafel, aufhängen lassen, durch ein Bild des letzten Präsidenten des Reichsgerichts, Erwin Bumke, ergänzt werde, und zwar direkt neben der Gedenktafel. Auf ein Bild von Bumke aber hatte Heusinger absichtlich verzichtet, mit Rücksicht auf dessen umstrittene Haltung zum Nationalsozialismus. Uppenkamp und mit ihm der bekannte Strafrechtler Fritz Hartung, ehemals am Reichsgericht in enger Verbindung zu Bumke, wollten davon nichts wissen und verlangten über Jahre hinweg immer wieder und zum Teil in anmaßenden, fordernden Briefwechseln ein solches Portrait, weil das Fehlen Bumkes wie eine stille Anklage gegen die Amtsführung der letzten Richtergeneration am Reichsgericht wirke. Dieser Vorwurf schmerze so sehr, dass die meisten Angehörigen der ehemaligen Reichsgerichtsräte die Gedenktafel aus Protest nicht (mehr) aufsuchen wollten.[161]

Die Präsidenten Weinkauff, Heusinger und nach ihnen Robert Fischer haben auf diesen geschichtspolitischen Druck stets ausweichend, taktierend reagiert. Einerseits wollte man es sich offensichtlich mit den alten Reichgerichtsräten und ihren Angehörigen nicht verderben. Andererseits sah man sich zunehmend und bedingt auch durch skandalträchtige Urteile aus dem eigenen Hause in Fragen der Aufarbeitung der NS-Vergangenheit in den 1950er und 1960er Jahren teils massiver öffentlicher Kritik ausgesetzt, die man durch die von Uppenkamp geforderte geschichtspolitische Positionierung nicht noch befeuern wollte. So erklärte Präsident Heusinger Uppenkamp noch in einem Brief vom 23. Dezember 1965 „mit Rücksicht auf die sonstigen Schwierigkeiten, mit denen der BGH fortgesetzt zu kämpfen hat“, seinen Wünschen nicht nachkommen zu können.[162] Immerhin bezahlte der BGH schließlich die gewünschte Marmorbank

158 S. dazu auch Engehausen, Justizbehördliche Erinnerungskultur, URL: http://ns-ministerien-bw.de/2018/03/justizbehoerdliche-erinnerungskultur-im-wandel; [abgerufen am 19.3.2024].

159 Zu Dohnanyi s. etwa Smid, Hans von Dohnanyi.

160 BA, B 283/1000313, Uppenkamp an Hill, 26.10.1965, Uppenkamp an Hill, 30.1.1966. Die Gestaltung sollte der Tochter des Reichsgerichtsrates Iber übertragen werden, die Graphikerin war.

161 BA, B 283/1000313, Uppenkamp an Heusinger, 23.11.1965, Heusinger an Fritz Hartung, 23.11.1965, Uppenkamp an Heusinger, 12.12.1965, Heusinger an Uppenkamp, 23.12.1965, Uppenkamp an Hill, 6.3.1966.

162 BA, B 283/1000313, Heusinger an Uppenkamp, 23.12.1965.

unter der Gedenktafel, doch schon bei der Gestaltung des Erinnerungsbuches kam es erneut zum Konflikt. Heusinger lehnte es wegen, wie er es nannte, „Abgrenzungsschwierigkeiten“ ab, neben den 34 umgekommenen Reichsgerichtsräten auch gleich den Widerstandskämpfer Dohnanyi aufzuführen und obendrein Emil Brettle in diesem Buch zu ehren. Das aber schaffe, so widersprach Uppenkamp im März 1966 erneut, eine „peinliche, ja schmerzliche Lage“. Es bedurfte eines eigenen Krisentreffens beim Präsidenten, um die Situation zu bereinigen: Man beschloss nun gleich zwei Gedenkbücher anzulegen, das eine öffentlich an der Tafel auszulegen, das andere mit ergänzenden Materialien in der Bibliothek des Bundesgerichtshofes zu verwahren.[163]

Wie unerquicklich die Situation im Präsidium des BGH mittlerweile empfunden wurde und wie sich das Gericht und seine Repräsentanten allmählich unter solchen Umständen von der Reichsgerichtstradition zu lösen begonnen hatten, mag der Umstand zeigen, dass bei der Übergabe der Bände 1967 weder der Präsident noch der Vizepräsident im Hause waren und auch keine Feier stattfand.[164]

Mit dem Präsidentenwechsel 1968 versuchte Walther Uppenkamp erneut seine geschichtspolitischen Vorstellungen durchzusetzen und verlangte vom neuen Amtsinhaber Robert Fischer 1969 neben einem weiteren Krisentreffen,[165] dass alle Reichgerichtspräsidentenportraits im BGH abgehängt werden müssten, wenn Bumkes Konterfei nicht direkt bei der Gedenktafel aufgehängt werde.[166] Präsident Fischer, der noch mit seinem Amtsvorgänger Hermann Weinkauff Kontakt suchte, wies die immer weitergehenden Forderungen wortreich zurück und hatte in der Folgezeit nicht wenig damit zu tun, zum einen eine Verunstaltung der Gedenktafel durch Plastikblumen und zum anderen deren auffallende Aufwertung durch sonstigen Blumenschmuck

163 BA, B 283/1000/313, Uppenkamp an Hill, 6.3.1966, Protokoll des Treffens Uppenkamp, Heusinger, Hill im BGH, 15.3.1966.

164 BA, B 283/1000313, Aktenvermerk 12.2.1967. Der hier in Kopie beiliegende Gedenkband für die Auslage bei der Gedenktafel beinhaltete eine Zeichnung des Reichsgerichtsgebäudes in Leipzig, Namen und Biogramme der in den NKWD-Lagern umgekommenen Reichsgerichtsräte, einen Hinweis auf Hans von Dohnanyi, eine Liste ehemaliger Mitarbeiter des Reichsgerichts, die verstorben waren, darunter war auch der Name von Emil Brettle aufgeführt, der Bericht von August Schäfer über das Schicksal der Reichsgerichtsräte in den NKWD-Lagern, weitere Erlebnisberichte von Angehörigen, einen Auszug einer Ansprache des Kölner Kardinals Frings, in der er über seinen verstorbenen Bruder, der ebenfalls Mitglied des Reichsgerichts gewesen war, gesprochen hat, die Ansprachen von Weinkauff, Güde und Schafheutle, die bei der Enthüllung der Gedenktafel gehalten worden sind, eine Ansprache Uppenkamps, die dieser am 17.10.1964 beim zehnten Nachkriegstreffen der ehemaligen Angehörigen des Reichsgerichts in Karlsruhe gehalten hatte. Präsident Heusinger hatte sich allerdings in einem Brief an die Witwe des umgekommenen Reichsgerichtsrats Blumenberger vom 7.12.1966, ebd., herzlich für die Übersendung eines Bandes bedankt, der in der Bibliothek aufbewahrt werden sollte. Mit „innerer Bewegung“, hieß es da, halte er diesen Band in seinen Händen.

165 BA, B 283/1000313, Uppenkamp an Präsident Fischer, 1.10.1969. In dem Brief hieß es, er wolle nach einer „Lösung oder Milderung der Spannung, die durch die Nicht-Anbringung des Bildes von Präsident Bumke gerade an der Gedenkstelle für unsere ‚34‘ entstanden sind“ suchen.

166 BA, B 283/1000313, Vermerk Chefpräsident Fischer, 20.10.1969.

und Kränze, die Angehörige dort ablegten, abzuwehren.[167] Dass sich durch all diese Vorfälle eine weitergehende Distanzierung des BGH gegenüber der Reichsgerichtstradition einstellte, lässt sich daran erkennen, dass die Gruppe der ehemaligen Reichgerichtsräte zur Feier des 25-jährigen Bestehens des Bundesgerichtshofes 1975 nicht offiziell eingeladen wurde und deren Treffen 1976 in Karlsruhe weder vom Präsidenten noch vom Vizepräsidenten besucht wurde.[168] Allerdings konnte der Justizkritiker Theo Rasehorn in einem zeitgleich erscheinenden kleinen Aufsatz feststellen, dass nach wie vor Richter des BGH ganz unkritisch sich auf die Tradition des Reichsgerichts beriefen und die Augen vor der von ihm klar benannten Unterstützung der NS-Politik durch das Reichsgericht verschlossen.[169]

Eine echte Zäsur im geschichtspolitischen Umgang mit der Gedenktafel stellte dann 1977 der Beginn der Präsidentschaft von Gerd Pfeiffer sowie das 1979 gefeierte 100-jährige Gründungsjubiläum des Reichsgerichts dar. Pfeiffer war 1966 an den BGH gekommen, hatte aber schon in den 1950er Jahren am Bundesverfassungsgericht gearbeitet. Ausgangspunkt war wiederum eine Beschwerde Uppenkamps im Juli 1979, diesmal über den Umgang mit dem Gedenkbuch, das immer nur mit jener aufgeschlagenen Seite in einer mittlerweile aufgestellten Plexiglasvitrine zu sehen sei, die nichts weiter als eine Zeichnung des Leipziger Reichsgerichts und eine Wiederholung des Textes der Gedenktafel zeige. Die Angehörigen empfänden das „Geheimhalten“ der Opfernamen „nicht nur als schmerzlich, sondern sogar als verletzend“. Er forderte daher, nicht nur das zu ändern, sondern erneut, ein Bild Bumkes bei der Gedenktafel aufzuhängen.[170] Das aber lehnte Präsident Pfeiffer nunmehr so entschieden wie keiner vor ihm ab und machte klar, dass er auch die 100-Jahrfeier für das Reichsgericht keineswegs als eine reine, unkritische „Jubelfeier“ zu gestalten gedenke. Die Beteiligung der ehemaligen Reichsgerichtsräte daran wollte er reduziert wissen.[171] Den Hintergrund dafür stellte nicht nur eine wesentlich distanziertere Auffassung des neuen Präsidenten vom Reichsgericht dar, sondern auch die im Umfeld des Reichsgerichtsjubiläums sich häufenden kritischen Nachfragen zur Gedenktafel. Ein Artikel im *stern*

167 BA, B 283/1000313, Uppenkamp an Fischer, 2.11.1969, Fischer an Uppenkamp, 18.11.1969, Fischer an Weinkauff, o.Dat., Uppenkamp an Fischer, 23.11.1969. Zur Frage des Blumenschmucks s. BA, B 283/1000314, Fischer an Uppenkamp, 1.3.1973, Uppenkamp an Fischer, 6.3.1973, Vermerk Fischer, 20.7.1973.

168 BA, B 283/1000314, Uppenkamp an Fischer, 1.2.1976 und Schriftwechsel zum Treffen der Reichsgerichtsräte 1976 passim.

169 Rasehorn, Bundesrichtertradition und Rechtsstaat, S. 23 f.

170 BA, B 283/1000314, Uppenkamp an Pfeiffer, 8.7.1979.

171 Gleichwohl haben sich die noch lebenden Reichgerichtsangehörigen an den Feiern wohl beteiligt, wie aus einem von Uppenkamp am 20.7.1979 verschickten Programm hervorgeht. Finanziell bedürftigen Interessenten aus diesem Kreis stellte Bundesrichter Heinrich Keßler finanzielle Unterstützung aus dem „Unterstützungsverein des BGH“ in Aussicht. Uppenkamp deutete in dem Programm zudem an, dass dies wohl das letzte Treffen der Reichsgerichtsräte am BGH werden würde, weil er angesichts seiner schwachen Gesundheit seine bisherige Funktion für die Reichsgerichtsräte, von denen immer weniger noch am Leben waren, nicht mehr ausüben könne. S. Privatbesitz, T. Krach, Mainz, Veranstaltungsprogramm der Reichsgerichtsrätegruppe, 20.7.1979.

vom 13. September 1979 hatte sich nämlich sehr kritisch zur Rechtsprechung der mit der Tafel geehrten Reichsgerichtsräte geäußert und insbesondere ihre Beteiligung an der sogenannten Rassenschandejudikatur der NS-Zeit hervorgehoben.[172] Auch eine peinliche Anfrage aus dem Ausland war eingelaufen, in der unter anderem nachgefragt wurde, wo denn eigentlich im Bundesgerichtshof der aus rassischen Gründen dienstentlassenen Reichsgerichtsräte gedacht werde.[173] Pfeiffer nutzte nun seine Jubiläumsansprache dazu, differenziert die Leistungen des Reichsgerichts zu würdigen, zugleich aber auch dessen regimestützende Haltung im Nationalsozialismus als Schande für die deutsche Justiz zu kritisieren. Mehr noch: Ganz am Ende seiner langen Rede sprach er kurz auch die Gedenktafel im Bundesgerichtshof an und gab ihr kurzerhand eine völlig neue Bedeutung: Sie könne nicht mehr als Ehrentafel verstanden werden, sondern sei fortan als ein Mahnmal dafür zu sehen, dass „niemand das Recht hat, Menschen aus Rücksicht auf individuelle Schuld und ohne gerichtliches Verfahren allein deshalb, weil sie einer bestimmten Gruppe oder Institution angehört haben, in einem Lager zu Tode zu bringen."[174] Einen Kranz, den die Gruppe der Reichsgerichtsräte an der Gedenktafel aus Anlass des Jubiläums hatte niederlegen lassen, ließ er entfernen, weil die daran angebrachte Schleife mit der Aufschrift „Allen unseren Toten 1879–1979" den Eindruck erwecken könne, der BGH wolle mit dieser Tafel auch diejenigen ehren, „die schwere Schuld auf sich geladen hätten." Die Reichgerichtsräte um Uppenkamp machte das „tief betroffen", und sie forderten „Richterstolz vor Pressethronen". Auch ein „Waldheim-Kameradschaftskreis" beschwerte sich. Die von der SED-Willkürjustiz in der DDR Betroffenen in den berüchtigten Waldheimer Schauprozessen wollten wissen, dass die auf der Gedenktafel Geehrten „geistig überragende Menschen" gewesen seien.[175]

Zu einer Entfernung der Gedenktafel konnte sich auch Pfeiffer nicht entschließen, wohl aber versuchte er in der Folgezeit, die Reichsgerichtstradition zu modifizieren, indem er 1979 ein Bild des ersten Präsidenten des Reichsgerichts, des auch politisch bedeutsamen Eduard von Simson,[176] das lange Zeit im Präsidentenzimmer hing, im Plenarsaal aufhängen ließ und 1985 eine große Gedenkfeier zum 175. Geburtstag von Simson ausrichtete, die von der gesamten politischen Prominenz aus Bonn besucht

172 BA, B 283/1000314, Pfeiffer an Uppenkamp, 1.8.1979; Deutsches Blut, in: *stern*, 13.9.1979.

173 BA, B 283/1000314, Georges Raymond an Pfeiffer, 14.9.1979. Wie berechtigt diese Anfrage war, erhellt Miosge, Leipziger Reichsrichter; Lang, Zwischen allen Stühlen.

174 BA, B 283/1000314, Pfeiffer an G. Reymond, 26.9.1979. Diese Neuinterpretation der Gedenktafel nahezu wortgleich dann auch in der Gedenkrede zum 100. Gründungstages des Reichsgerichtes: Pfeiffer, Das Reichsgericht, in: *DRiZ* (1979), S. 325–332.

175 BA, B 283/1000314, Uppenkamp an Pfeieffer, 15.2.1980, Pfeiffer an Uppenkamp, 19.3.1980, Uppenkamp an Pfeiffer, 26.3.1980, Fritz Göhler, Waldheim-Kameradschaftskreis an Pfeiffer, 3.4.1980.

176 Eduard (von) Simson (1810–1899), Sohn jüdischer Eltern, Mitglied der Frankfurter Nationalversammlung, zeitweilig deren Präsident, 1850 Präsident des Erfurter Unionsparlaments, 1867–73 Präsident des Parlaments des Norddeutschen Bundes bzw. des Reichstages, 1879 erster Präsident des Reichsgerichtes in Leipzig. S. Kern/Schroeder, Eduard von Simson.

wurde. Auf ihn, den auch im Nationalsozialismus wegen seiner jüdischen Herkunft verfemten ersten Präsidenten, und die Leistungen der Gründungszeit des Reichsgerichts wollte sich der Bundesgerichtshof beziehen und Distanz zur wenig rühmlichen Phase zwischen 1933 und 1945 schaffen. Eine schon früher angeschaffte Bronzebüste Simsons im Eingangsbereich des Palais sollte dies für jeden deutlich machen.[177] In den 1990er Jahren wurde schließlich ein weiterer erinnerungspolitischer Kontrapunkt geschaffen: Eine 2,4 Meter hohe vergoldete Metallstele von Otl Aicher[178] erinnert seitdem in der Nähe des Simson-Bronzekopfes im Eingangsbereich des Bundesgerichtshofes an die Opfer der NS-Unrechtsjustiz.[179]

Blickt man also genauer auf die Gründungszeit des BGH, so wird deutlich, dass der Aufbau des Gerichts, seine Zielstellung und seine Verortung in der deutschen Justiztradition weit weniger eindeutig determiniert und von weit mehr Ambivalenzen gekennzeichnet waren, als dies oft wahrgenommen wird. Schon bei der Wahl des Sitzortes Karlsruhe spielten Überlegungen, den neuen Gerichtshof bewusst in die badische liberale Justiztradition zu stellen und ihn zu etwas Neuem zu machen, eine Rolle. Dieses Neue zeigte sich zunächst und angesichts der in den ganzen 1950er Jahren noch vorherrschenden Nachkriegsnot in der Bescheidenheit der Unterbringung des Gerichts und den in vielerlei Hinsicht anstrengenden, mitunter problematischen Arbeitsverhältnissen für die Richter, die ihre Ansprüche dadurch weit zurückschrauben mussten. Das galt auch und besonders für die Wohnverhältnisse der Richterinnen und Richter. Bundespräsident Heuss wünschte sich vom BGH „Nüchternheit“, eine Nüchternheit in der Sache, die etwas anderes war, als die vom Bundesjustizminister Thomas Dehler und seinem Staatssekretär Walter Strauß beschworene Leipziger Reichsgerichtstradition. Diese Tradition wurde zwar wirkmächtig, gerade in den Anfangsjahren, sei es in der technischen Perfektion der Rechtsprechung und der Übernahme von Verfahrensweisen, sei es in Äußerlichkeiten wie der Robe oder einer Gedenktafel, die eine gewisse Treue zur Reichsgerichtstradition signalisieren sollte. Doch im Laufe der ersten zehn bis zwanzig Jahre verblasste diese Tradition allmählich. Das Gericht und seine Richterinnen und Richter entwickelten demgegenüber und im Angesicht einer hohen Arbeitslast, vielfacher Kritik seitens der Presse und einer städtischen Umgebung, die zwar einerseits froh über die Anwesenheit der höchsten Bundesrichter war, diesen andererseits aber nicht einfach willfährig gegenüber auftreten wollte, eine eigene Tradition und eine eigene Prägung unter den besonderen Voraussetzungen des westdeutschen Teilstaates. Welcher Art diese neue Tradition war, lässt

177 Gross, Reinhold Frank, S. 500–501; Symbolfigur, in: *BNN*, 11.11.1985. Die Idee zu einer solchen Ehrung nimmt der Bibliothekar des Bundesgerichtshofs, Hildebert Kirchner, für sich in Anspruch, der Pfeiffer auch die Bedeutung des Bildes von Simson wohl klar gemacht hat. S. Kirchner, Die Eduard von Simson-Feier, S. 153–156. Zu den bei der Feier gehaltenen Reden s. Kirchner, Eduard von Simson.
178 Zur Verbindung des Künstlers Otl Aicher mit dem Widerstand der Weißen Rose s. Schüler, „Im Geiste der Gemordeten …“, S. 266–473.
179 Gross, Reinhold Frank, S. 504; Ankermann, Spätes Gedenken, in: *DRiZ* (1990), S. 55–57.

sich freilich erst bestimmen, wenn man sich die Heterogenität der Richterschaft selbst vor Augen führt. Diesem Thema widmet sich das folgende Kapitel.

3 Das Personal

3.1 Auswahl im Richterwahlausschuss

Einflüsse auf die Richterwahl?

Bei der Frage nach der personellen Zusammensetzung der Richterschaft am BGH wird immer wieder und allzu leicht vergessen: Wer Bundesrichterin oder Bundesrichter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe wurde und damit die höchstrichterliche Rechtsprechung in Straf- wie Zivilverfahren maßgeblich beeinflussen konnte, ist auch in den 1950er und 1960er Jahren nicht die Entscheidung eines einzelnen Justizministers oder eines BGH-Präsidenten gewesen.

Zwar hat es in der Gründungszeit unter den maßgeblichen Akteuren die Weitergabe von Empfehlungen gegeben.[1] Auffällig ist auch, dass zunächst einige Richter aus dem Bamberger Umkreis von Justizminister Dehler und BGH-Präsident Weinkauff berufen wurden oder aber hin und wieder einzelne Personen intern auf mögliche Kandidaten nachdrücklich aufmerksam gemacht haben. Diese häufig als „Bamberger Kartell" bezeichnete Konstellation ist allerdings vor allem ein Phänomen der konstitutiven Phase des Gerichts gewesen, von dem aus man keinesfalls die Personalpolitik des BGH insgesamt beurteilen kann.[2] Ein solches Vorgehen ist im Übrigen auch bei anderen Bundesbehörden zu beobachten, also in gewisser Weise „normal" für die besonderen Umstände der Gründungszeit einer solchen Institution.[3]

Sehr bald schon und noch vor der offiziellen Eröffnung des Gerichtes wurde aber jenes spezifische Gremium ins Leben gerufen, das für die Zukunft die entscheidende Instanz für die Auswahl der obersten Bundesrichter sein sollte: der Richterwahlausschuss. Der vierte Präsident des BGH Gerd Pfeiffer hat daher bestätigt, was als Diktum unter Eingeweihten lange schon bekannt war: „Der Satz, der Bundesgerichtshof ist so gut, wie es der Richterwahlausschuß zuläßt, trifft trotz der Vereinfachung den Kern der Sache."[4]

Ob und wie dieser der ihm vom Parlamentarischen Rat zugedachten Aufgabe der Auswahl einer neuen fachlich hoch qualifizierten und zugleich demokratisch gesinnten Justizelite gerecht geworden ist, ist daher die entscheidende Frage. Eine Mitwir-

1 Sarstedt, Bundesrichter in der heutigen Gesellschaft, S. 229–248 spricht auf S. 234 sogar davon, dass man regelrecht in der Richterschaft herumgefragt habe, wen man denn als Bundesrichter empfehlen könne. So sei auch sein Name ins Gespräch gekommen.

2 Fischer, Bundesgerichtshof als Reichsgericht?, S. 43–64, hier S. 49; Godau-Schüttke, Entnazifizierung und Wiederaufbau, S. 189–212, hier S. 195–201; Wengst, Thomas Dehler, S. 142.

3 S. Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 114–122; Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 163; Beer/Güttler/Ruhkopf, Behördenforschung, S. 647.

4 Präsidentenwechsel, in: *DRiZ* (1988), S. 81–86, hier S. 84. S. a. Ansprachen zum Präsidentenwechsel beim Bundesgerichtshof, 5.1.1988.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-004

kung oder Einwirkung des BGH-Präsidenten auf die Richterauswahl ist seitdem jedenfalls nur in Einzelfällen und meist nur durch indirekte Interventionen belegt. Am 9. Oktober 1950, einen Tag nach Eröffnung des Bundesgerichtshofs, tagte der Richterwahlausschuss einmalig im Großen Sitzungssaal des BGH selbst und entschied sich nach kontroverser Diskussion dafür, ausnahmsweise Hermann Weinkauffs Meinung zu vorgeschlagenen ehemaligen Reichsgerichtsräten zu hören. An den Beratungen und Entscheidungen über die Wahlvorschläge durfte er dann aber nicht mehr teilnehmen.[5] In baden-württembergischen Akten zum Richterwahlausschuss findet sich vereinzelt die Bemerkung, dass Weinkauff offenbar vom Justizminister dieses Bundeslandes nach seiner Meinung zu einzelnen vorgeschlagenen Personen gefragt worden ist.[6]

Gründung und Zusammensetzung des Richterwahlausschusses

Am 31. August 1950 bat Bundesjustizminister Thomas Dehler den Präsidenten des Deutschen Bundestages dringlich, Sorge dafür zu tragen, dass gemäß dem erst kürzlich, am 25. August 1950 in Kraft getretenen Richterwahlgesetz nunmehr von den im Bundestag vertretenen Parteien die Personen benannt werden, die im Richterwahlausschuss mit den Justizministern der Länder zusammen die Richter für die oberen Bundesgerichte auswählen sollten. Insgesamt waren elf Personen nebst Stellvertreterinnen/Stellvertretern für den Ausschuss zu wählen.[7]

Die erste Liste der vom Bundestag zu wählenden Mitglieder wurde in einem gemeinsamen Antrag der Fraktionen der CDU/CSU, SPD, FDP und DP als Drucksache Nr. 1334 dem Bundestag vorgelegt und in der Sitzung vom 12. September 1950 gegen nur wenige Gegenstimmen angenommen. In den folgenden Monaten traten allerdings gleich sechs Mitglieder und stellvertretende Mitglieder aus den unterschiedlichsten Gründen wieder zurück, sei es dass sie in andere Ämter berufen wurden, die eine Mitarbeit im Richterwahlausschuss ausschlossen, sei es dass sie aus persönlichen Gründen nicht mehr mitarbeiten konnten oder dass sie wie der Abgeordnete Franz Etzel (CDU) die Bundestagsverwaltung wissen ließ, „für diese Tätigkeit […] keine Zeit“ hätten.[8] Auch die Justizminister der Länder, die die zweite Hälfte dieses Ausschusses bildeten, sahen sich nicht in der Lage, immer an den Ausschusssitzungen persönlich teilzunehmen. Wer den jeweiligen Landesjustizminister mit welchen Befugnissen im Ausschuss vertreten dürfe, war daher eine lange diskutierte Frage. Hinzu kam, dass der Ausschuss aufgrund von Veränderungen bei der Zusammensetzung der Bundesländer mehrfach neu gebildet werden musste. So führte die Gründung des Landes Ba-

5 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 9.10.1950, 9 Uhr, im Plenarsaal des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe.

6 HSTA Stuttgart, EA 9/101 Bü 74/1, Haußmann an Farny, 26.6.1957.

7 BA, B 141/49181, Bundesjustizminister an Präsident des Deutschen Bundestages, 31.8.1950.

8 BA, B 141/49181, Rücktrittsschreiben F. Etzels, 13.3.1952.

den-Württemberg 1952 zu einer vorzeitigen Neuwahl des Richterwahlausschusses mit zum Teil erheblichen personellen Abweichungen gegenüber der ersten Teilnehmerliste. In der zweiten Wahlperiode hatten das Wirksamwerden des Richterwahlgesetzes auch in Berlin 1954 und der Beitritt des Saarlandes zum Geltungsbereich des Grundgesetzes 1957 Auswirkungen auf die Zusammensetzung des Ausschusses.[9] Nach anfänglich guter Beteiligung der Justizminister der Länder ließ das Interesse schon bald spürbar nach, zumal wenn es keine Bewerbungen aus dem eigenen Bundesland zu verhandeln gab. Was der baden-württembergische Justizminister Wolfgang Haußmann seinem Kabinettskollegen Oskar Farny, den er um Vertretung bat, 1955 zur anberaumten Richterwahlausschusssitzung schrieb, dürfte wohl kaum ein Unikat gewesen sein: „Für mich lohnt die Bedeutung der Sache den erheblichen Zeitverbrauch nicht, der mit der Reise zwangsläufig verbunden ist. Es dürfte kaum erforderlich sein, daß Ministerialdirektor Möbus neben Ihnen an der Sitzung teilnimmt. Er steht aber zu Ihrer Verfügung.“[10] Gelegentlich verzichteten einzelne Länderjustizminister gleich ganz auf die Teilnahme an einer Sitzung. Auch bei den gewählten Mitgliedern des Ausschusses verhinderte der parlamentarische Geschäftsbetrieb ein ums andere Mal die Teilnahme, und nicht selten kam es vor, dass das Protokoll der Sitzung ein ständiges Kommen und Gehen von Ausschussmitgliedern verzeichnete, die gerade mal an einer Wahl teilnahmen, dann aber den zumeist genutzten Saal 106 des Bundeshauses wieder verließen.[11] Dass solche Entwicklungen und Veränderungen in der Zusammensetzung des Gremiums dem ernsthaften Bestreben der Gremien des Parlamentarischen Rates, eine demokratische Neuausrichtung des richterlichen Personals durch ebendiesen Richterwahlausschuss sicherzustellen, eher abträglich waren, liegt nahe.

Entscheidend war freilich, welche Mitglieder der Bundestag in den Ausschuss entsandte, denn gerade von diesen wurde erwartet, dass sie ein besonderes Augenmerk auf die demokratische Entwicklung des Karlsruher Richterkorps legen würden. Analysiert man die Biographien der Mitglieder des Richterwahlausschusses über die ersten vier Wahlperioden bis 1965 hinweg auch nur kursorisch, so fällt die Bilanz jedoch ambivalent aus.

Bemerkenswert ist zunächst, dass nur wenige gewählte Mitglieder über alle vier Wahlperioden hinweg im Richterwahlausschuss mitgearbeitet haben und der ganz überwiegende Teil selbst wiederum juristische Berufe hatte. Mit großer Konstanz gehörte der Abgeordnete Otto Heinrich Greve (1908–1968) dem Ausschuss an, ein Jurist, der sich in der Weimarer Republik in der DDP und im Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold engagiert hatte und daher aus dem Justizdienst entlassen worden war. Nach dem Krieg hatte er als Rechtsanwalt und Notar in Hannover die FDP mitgegründet, war dann aber ab 1948 zur SPD umgeschwenkt. Greve war Vorsitzender des Bundestags-

9 S. hierzu den Schriftverkehr in BA, B 141/49181–49184 sowie B 141/114849.

10 HSTA Stuttgart, EA 9/101 Bü 74/1, Haußmann an Farny, 7.3.1955.

11 S. beispielhaft BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 19.3.1959.

ausschusses, der sich mit Fragen der Wiedergutmachung beschäftigte, und saß auch dem Untersuchungsausschuss im Fall Otto John vor.[12] 1953 war er es, der im Richterwahlausschuss die Berufung des Ministerialdirektors im Bundesministerium der Justiz Joseph Schafheutle an den BGH verhinderte, indem er auf dessen politisch bedenkliche Veröffentlichungen in der NS-Zeit hinwies, die als schwerwiegende Belastung angesehen wurden. Hier funktionierte die gedachte „Wächterfunktion" also tatsächlich.[13]

In allen hier in Rede stehenden Wahlperioden war auch der Abgeordnete Karl Weber (1898–1985) im Richterwahlausschuss, aufgestellt von der CDU. Auch er war Rechtsanwalt von Beruf und Präsident der Anwaltskammer Koblenz.[14] Sodann wurde der Ludwigshafener Friedrich Wilhelm Wagner (1894–1971) von der SPD in den Ausschuss entsandt und hat dort von Anfang an und bis in die 1960er Jahre hinein mitgewirkt. Wagner war ebenfalls Rechtsanwalt, auch Notar und Präsident der pfälzischen Anwaltskammer. 1933 war er vor dem Nationalsozialismus geflohen. 1961 wurde er Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts.[15]

Last but not least gehörte Thomas Dehler für die Liberalen lange Zeit dem Ausschuss an, zunächst als Bundesjustizminister, dann als Abgeordneter. Dehler hatte sich schon im Parlamentarischen Rat grundsätzlich gegen Richterwahlausschüsse ausgesprochen und wollte, nachdem die Richterwahlausschüsse beschlossen waren, dass zumindest nur die Länderjustizminister und der Bundesjustizminister dort ein Vorschlagsrecht besitzen. Damit setzte er sich zwar nicht durch, doch zeigt schon dieses Detail, dass er skeptisch gegenüber dem von ihm präsidierten Gremium war, weil er einen zu starken parteipolitischen Einfluss befürchtete.[16] Dass Dehler trotz der Verfolgung seiner jüdischen Ehefrau und eigener Diskriminierungserfahrungen im Nationalsozialismus zudem die Auffassung vertrat, dass viele deutsche Richter in den Jahren 1933 bis 1945 nicht ihr Berufsethos verraten hatten und trotz mancher Verstrickung in den Nationalsozialismus durchaus für den demokratischen Wiederaufbau geeignet seien, deutet an, dass gerade auch mit ihm eine harte Linie bei der Beurteilung von politischen Vorbelastungen schwierig werden würde.[17]

Diese vier Ausschussmitglieder dürften aufgrund ihrer langjährigen Tätigkeit im Ausschuss und juristischen Vorbildung ein hohes Maß an Verfahrenskompetenz erworben und damit über immerhin einigen Einfluss verfügt haben. Im Fall von Hein-

12 Schumacher, M. d. B., S. 133.

13 Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 325. Nach welchen Maßstäben dabei geurteilt wurde, muss offenbleiben. Ähnliche Belastungen wiesen, wie weiter unten dargelegt, auch andere auf, die gleichwohl an den BGH berufen wurden.

14 Schumacher, M. d. B., S. 449.

15 Schumacher, M. d. B., S. 444.

16 Wengst, Thomas Dehler, S. 146 f.

17 S. Wengst, Thomas Dehler, passim.

rich Greve wurde das mehrfach deutlich, weil er sich intensiv im Ausschuss engagierte und ihn mit Anfragen und Anträgen mehr als andere beschäftigte.[18]

Das könnte theoretisch allerdings auch für jene Ausschussmitglieder gelten, die zwar nur zeitweilig dem Ausschuss angehörten, aufgrund ihres Bekanntheitsgrades, ihrer Funktionen und Vorerfahrungen jedoch großes Gewicht in dieses Gremium einbringen konnten, sofern sie dies denn wollten und an den Sitzungen regelmäßig teilnahmen. Zu nennen wäre hier beispielsweise der Abgeordnete Georg August Zinn, der schon im Parlamentarischen Rat eine bedeutende Rolle gespielt hatte, bald aber zum Ministerpräsidenten und Justizminister von Hessen avancierte, deshalb den Bundestag verlassen, aber als Landesminister noch längere Zeit weiter im Richterwahlausschuss mitgearbeitet hat.[19] Kurz war hingegen die Tätigkeit von Hermann Höpker Aschoff, der 1951 zurücktrat, weil er Präsident des Bundesverfassungsgerichts wurde.[20] In der vierten Wahlperiode kam 1961 auch der ehemalige Bundesrichter und Generalbundesanwalt Max Güde als Abgeordneter des Bundestages in das Gremium,[21] und als Weber 1965 zurücktrat, rückte für ihn der ehemalige rheinland-pfälzische Justizminister und Verfassungsvater Adolf Süsterhenn, mittlerweile auch Mitglied des Bundestages, nach, der aber wenig Interesse an der Ausschussarbeit entwickelt hat.[22]

Von einigen Mitgliedern der ersten Richterwahlausschüsse ist bekannt, dass sie ihre vom Parlamentarischen Rat intendierte demokratische Wächterfunktion, wenn nicht abgelehnt, so doch sehr eigenwillig interpretiert haben. Der nationalkonservativ eingestellte zeitweilige Bundesjustizminister Hans-Joachim von Merkatz (DP), ein Neffe des letzten Reichsgerichtspräsidenten Bumke, etwa hielt gar nichts von der Entnazifizierung und sah pauschal die deutschen Richter und Beamten als keineswegs durch den Nationalsozialismus kompromittiert an. Von ihm war auf der Grundlage seines sehr konservativen Weltbildes kaum zu erwarten, dass er irgendwie politisch belastete Richter für eine Verwendung beim Bundesgerichtshof ausschließen würde.[23] Gleiches galt allerdings auch für den Sozialdemokraten Rudolf Katz, der als rassisch Verfolgter 1933 vor dem Nationalsozialismus in die USA hatte fliehen müssen. Nach Kriegsende zurückgekehrt, wurde er 1947–50 Justizminister in Schleswig-Holstein und

18 S. beispielhaft STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd. 1, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 9.10.1950; HSTA Stuttgart, EA 9/101 Bü 74/1, Haußmann an Farny, 13.12.1954, Aktennotiz Minister für Bundesangelegenheiten Farny, 10.3.1955. Auch im Richterwahlausschuss für das Bundessozialgericht spielte Greve eine wichtige Rolle. S. Rudloff/Miquel, Das Bundessozialgericht, S. 47.

19 Zu Zinn s. Beier, Hessen.

20 S. Aders, Utopie.

21 S. Tausch, Max Güde, S. 207 f., der aber nur denkbar kurz und inhaltlich verzerrt über Güdes Tätigkeit im Richterwahlausschuss berichtet.

22 S. BA, B 141/49184, Zusammensetzung des Richterwahlausschusses in der 4. Legislaturperiode 1961–1965. Zu Süsterhenn s. Hehl, Adolf Süsterhenn, der S. 554 seine Mitgliedschaft im Richterwahlausschuss lediglich erwähnt und betont, dass Süsterhenn die Ausschussarbeit nicht gelegen und er daher viele Sitzungen nicht besucht habe.

23 Miquel, Ahnden, S. 34. S. a. Apostolow, Der „immerwährende Staatssekretär", S. 174 f.

hat dort für eine überaus großzügige Reintegration von zum Teil schwer belasteten Juristen in den bundesdeutschen Justizdienst gesorgt, weil er der Auffassung war, dass die Aufnahme auch dieser Eliten eine politische Notwendigkeit darstelle. 1951 wurde er erster Vizepräsident des Bundesverfassungsgerichts.[24]

Die gesetzlichen Regelungen über die Zusammensetzung des Richterwahlausschusses sahen keineswegs nur Abgeordnete als gewählte Mitglieder vor. Vielmehr war es den Parteien auch möglich, qualifizierte Personen von außerhalb für diese Tätigkeit vorzuschlagen. Auf diese Weise wurde schon in der ersten Wahlperiode Werner Hofmeister Mitglied des Richterwahlausschusses. Der von der CDU aufgestellte Jurist war 1933 aus dem Justizdienst aus politischen Gründen entlassen worden und hatte seitdem als Rechtsanwalt gearbeitet. Nach dem Krieg wurde er Mitglied des Parlamentarischen Rates und war an den Beratungen um das Grundgesetz beteiligt. Er war von 1947 bis 1967 Mitglied des niedersächsischen Landtages und zwei Mal Justizminister in Niedersachsen, von 1947–50 und von 1957–1959, zudem 1947 bis 1949 auch Minister für Entnazifizierung.[25] Auch andere Parteien griffen im Laufe der Zeit auf externe Expertise zurück – so kam auch der Frankfurter Generalstaatsanwalt Fritz Bauer[26] als Vertreter von SPD und FDP in der 3. Wahlperiode 1957 ebenso in den Ausschuss wie der Stuttgarter Oberlandesgerichtspräsident Richard Schmid – wie Bauer ein Verfolgter des NS-Regimes, der sich für den sozialdemokratischen Widerstand eingesetzt hatte und nun eine reformorientierte Justiz anstrebte.[27]

Ob demgegenüber Ausschussmitglieder wie der CDU-Abgeordnete Anton Sabel, Schreiner von Beruf und Leiter des Arbeitsamtes Fulda,[28] oder der SPD-Abgeordnete Johannes Böhm, ein Metallarbeiter und Gewerkschafter,[29] relevanten Einfluss im Richterwahlausschuss anstreben und ausüben konnten, lässt sich kaum zuverlässig sagen. Bemerkenswert ist in jedem Fall, dass trotz der Beteiligung der Abgeordneten Margot Kalinke (DP/CDU), einer kaufmännischen Angestellten und Gewerkschafterin, als stellvertretendes Ausschussmitglied in der ersten Wahlperiode,[30] und der Juristin Elisabeth Schwarzhaupt (CDU) als Mitglied in der zweiten und dritten Wahlperiode[31] kaum Frauen als Bundesrichterinnen ernannt wurden, obwohl beide Abgeordnete engagier-

24 S. Paul, „Herr K. ist nur Politiker und als solcher aus Amerika zurückgekommen“, S. 699–711, hier S. 707.

25 Rückert/Vortmann, Niedersächsische Juristen, S. 362.

26 Wojak, Fritz Bauer, die allerdings auf Bauers Rolle im Richterwahlausschuss nicht eingeht.

27 Böttcher, Richard Schmid, S. 487–495.

28 Schumacher, M. d. B., S. 352. Im Richterwahlausschuss für das Bundessozialgericht spielte Sabel allerdings eine bedeutende Rolle, s. Rudloff/Miquel, Das Bundessozialgericht, S. 47.

29 Schumacher, M. d. B., S. 43.

30 S. Marquardt, Das Ja zur Politik, S. 253–281. Über Kalinkes Tätigkeit im Richterwahlausschuss wird in diesem Beitrag nicht berichtet, wohl aber, dass sie in der NS-Zeit ein engagiertes Mitglied in der NS-Frauenschaft gewesen sei.

31 S. Marquardt, Das Ja zur Politik, S. 143–178. Schwarzhaupts Tätigkeit im Richterwahlausschuss wird hier ebenso wenig erwähnt wie in ihren Lebenserinnerungen: Schwarzhaupt, Lebensbericht, S. 241–283.

te Verfechterinnen der Gleichberechtigung waren und Elisabeth Schwarzhaupt sich bei der Ausarbeitung des Gleichstellungsgesetzes aktiv beteiligt hatte.[32] Immerhin schlug Elisabeth Schwarzhaupt 1961 die Berliner Kammergerichtsrätin Lucia Guggemoos-Finger vor, die allerdings dann doch nicht an den BGH kam, sondern Gründungsmitglied des im gleichen Jahr gegründeten Bundespatentgerichts wurde.[33]

Die Arbeit des Richterwahlausschusses

Über die genaue Arbeitsweise, interne Diskussionen oder Kriterienkataloge, nach denen der Richterwahlausschuss zwischen 1950 und 1965 die Auswahl der BGH-Richterinnen und Richter vorgenommen hat, ist in Ermangelung von aussagekräftigen Verlaufsprotokollen der Sitzungen wenig bekannt. Die noch im Bundesjustizministerium aufbewahrten Einladungsschreiben an die Ausschussmitglieder sowie die vollständige Sammlung der zwischen 1950 und 1965 angefertigten 57 Ergebnisprotokolle des Ausschusses lassen nur gelegentlich Details der Diskussion erkennen, da Ministerpräsident Georg-August Zinn sich schon in der Sitzung vom 29. September 1950 darüber beschwerte, dass die bislang angefertigten Protokolle viel zu viele Einzelheiten der geheimen Beratungen enthielten und daher mehr als erlaubt nach außen gedrungen sei.[34] Vor diesem Hintergrund ist die nur noch in den Ländern Baden-Württemberg, Bremen und Schleswig-Holstein vorhandene breitere Ersatzüberlieferung durchaus relevant und lässt die Einschätzung der Richterauswahl und die dabei von der Länderseite aus angewandten Vorgehensweisen zumindest teilweise erkennen.[35] Immerhin lässt sich in jedem Fall zuverlässig nachvollziehen, wer vorgeschlagen, wer abgelehnt und wer mit wie vielen Stimmen zum Bundesrichter gewählt wurde. Vorschläge, wer als Bundesrichterin/Bundesrichter in Frage käme, konnten die gewählten wie die kraft Amtes im Ausschuss anwesenden Mitglieder, aber auch das Bundesjustizministerium machen. Thomas Dehler wollte zwar den aus den Ländern kommenden Vorschlägen einen gewissen Vorrang einräumen, doch wurde auch dies von den gewählten Mitgliedern des Ausschusses heftig bestritten. Das Ministerium legte dann die Personalunterlagen der betreffenden Person vor, der Richterwahlausschuss ließ diese durch zwei Berichterstatter aus dem Ausschuss prüfen und deren Ergebnisse referieren, bevor nach einfacher Mehrheitswahl über die Bewerberinnen und Bewerber dann abge-

32 S. dazu etwa Salentin, Elisabeth Schwarzhaupt. Auch hier wird die Tätigkeit im Richterwahlausschuss mit keinem Wort erwähnt.

33 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 23.2.1961.

34 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 29.9.1950.

35 S. STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd. 1–3 (422/5), sowie HSTA Stuttgart, EA 9/101 Bü 74/1–3 und Q 1/22, Bü 106 und 508, LA Schleswig-Holstein, Abt. 786, Nr. 1827, 1828, 6020 (1) und (2), 6021.

stimmt wurde.[36] Die dabei entstandenen Wahlvorschläge mit Informationen über die Biographie der Bewerberinnen und Bewerber sowie einer Zusammenstellung der über sie im Laufe ihres Berufslebens angefertigten Beurteilungen liegen bis heute in der Regel den Personalakten des Bundesjustizministeriums bei. Die erhaltenen Protokolle verzeichnen, wer das Referat (meist der zuständige Minister des vorschlagenden Landes) und wer das Korreferat (oft ein gewählter Abgeordneter) gehalten hat. Immer wieder gefordert, aber im Betrachtungszeitraum nie offiziell umgesetzt, wurde die persönliche Vorstellung der Kandidatinnen und Kandidaten – nicht auszuschließen ist aber, dass sich einzelne Gutachter durch die Diskussion ermächtigt fühlten, sich mit „ihrem" Kandidaten persönlich in Verbindung zu setzen.[37]

Neben Qualifikation und demokratischer Eignung war allerdings angesichts des bundesdeutschen Föderalismus auch noch ein gewisser Länderproporz zu beachten. 1962 beispielsweise sah dieser Folgendes vor: 30 Prozent der Richterinnen und Richter des BGH sollten aus der Justiz des Landes Nordrhein-Westfalen kommen, 15 Prozent aus Bayern, 10 Prozent jeweils aus Baden-Württemberg, Hessen und Niedersachsen, 5 Prozent aus Berlin, Hamburg, Rheinland-Pfalz, Schleswig-Holstein, und auf weniger als 5 Prozent der Richterstellen durften Kandidatinnen und Kandidaten aus Bremen und dem Saarland Anspruch erheben.[38] Auch innerhalb der Länder wurde auf eine möglichst gleichmäßige Verteilung der BGH-Richterposten auf die Regionen geachtet. In Baden-Württemberg war man beispielsweise bemüht, möglichst nicht nur Badener als Bundesrichter vorzuschlagen.[39] Diese Länderquotierung wurde von Anfang an beachtet, wovon fortwährend neu erstellte Listen zeugen, die die Verteilung der Gewählten auf ihre Herkunftsländer verzeichneten. Anfänglich war man aber auch geneigt, bei den vielen zu berufenden Richterinnen und Richtern gelegentlich eine gewisse Generosität walten zu lassen und einen nicht dem eigenen Bundesland zugehörigen Kandidaten bei besonderer Eignung auf die eigene Länderquote zu übernehmen.[40] Doch je länger, je mehr achteten die Länder auf die Einhaltung ihrer Quoten, was Änderungen in der Wahlprozedur zur Folge hatte. Ende der 1950er Jahre wurde nicht mehr wie zu Beginn einfach über jeden Vorschlag nach Mehrheitswahl abgestimmt, sondern die Länder legten mehrere Landesvorschläge vor, und die Ausschussmitglieder konnten aus diesen jene wählen, die sie für besonders geeignet hielten. Fritz Bauer hat das kritisiert, weil so nicht nur die Bestenauslese eingeschränkt wurde, sondern auch die Länder praktisch die ihnen genehmen Kandidaten gut durchbringen konnten, indem sie dem besonders geförderten Kandidaten schwache Mitbewerber zur Seite stellten,

36 S. Edinger, Wahl und Besetzung, S. 234 f.

37 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 29.9.1950 und am 26.6.1959.

38 Feest, Die Bundesrichter, S. 95–113, hier S. 98.

39 HSTA Stuttgart, EA 9/101 Bü 74/1, Haußmann an Farny, 13.12.1954.

40 S. beispielhaft dazu einen Aktenvermerk vom 25.3.1959 in HSTA Stuttgart, EA 9/101 Bü 74/3.

die ohnehin nicht gewählt wurden.[41] Abgesehen von häufig fehlerhaft ausgefüllten Stimmzetteln brachte diese Vorgehensweise auch unentschiedene Wahlausgänge mit sich. 1962 musste zum Beispiel drei Mal über dieselbe Liste abgestimmt werden, bis sich eine Mehrheit für einen Kandidaten ergab.[42]

Bei der Auswahl der Kandidatinnen und Kandidaten waren, soweit dies die vorhandenen Quellen erkennen lassen, Kriterien relevant, die sich in ihrer Gewichtung mit der Zeit auch änderten. In der Gründungsphase des BGH wurde vonseiten des Bundesjustizministeriums immer wieder, auch mit Gutachten, darauf hingewiesen, wie schwierig die revisionsrichterliche Tätigkeit sei und dass es dafür einer mindestens ein- bis zweijährigen Einübung in die Praxis bedürfe, die am besten durch ehemalige Reichsgerichtsräte zu leisten sei.[43] Daher war man bemüht, zumindest einige aus diesem Kreis zu gewinnen, auch wenn sie teilweise schon pensioniert waren. Da diese herkunftsmäßig oftmals keinem aktuellen deutschen Bundesland zuzuordnen waren, wurden sie aus dem Länderschlüssel herausgenommen.[44] Dies war im Ausschuss weitgehend konsentiert, wenngleich einige Mitglieder, vor allem August Zinn, Rudolf Katz, Johannes Böhm und Hermann Höpker Aschoff, davor warnten, sehr alte Richter erneut anzustellen oder die Bedeutung der revisionsrichterlichen Praxis zu überhöhen.[45] Interessanterweise formulierte der Metallarbeiter Böhm auch einmal die Warnung, man solle doch „die Tradition nicht überschätzen"– der BGH brauche neue, unverbrauchte Kräfte, die das Recht schöpferisch fortbildeten. Und tatsächlich wurden am Ende auch längst nicht alle ehemaligen Reichsgerichtsräte berufen, die verfügbar und vorgeschlagen worden waren.[46]

Zum anderen galt es, Flüchtlingsjuristen und ehemalige Emigranten, die nach Dehler „nicht übergangen werden sollten", sowie möglichst viele Richter zu übernehmen, die bereits am Obersten Gerichtshof für die Britische Zone und beim Deutschen Obergericht eine vergleichbare Tätigkeit ausgeübt hatten und daher für den Aufbau des BGH wertvoll waren. Auch bei diesem Kreis musste die Länderquotierung unbeachtet bleiben, weil die Anrechnung auf das Besetzungskonto von Nordrhein-Westfa-

41 LA Schleswig-Holstein, Abt. 786, Nr. 6020 (1), Fritz Bauer an BJM, 4.6.1962. Dieser Wahlmodus entwickelte sich allmählich in den Sitzungen des Jahres 1959.

42 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 22.3.1962.

43 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), BJM an Senator Spittag, 2.09.1950 mit Anlage 1, d. i. ein Gutachten von Georg Petersen vom 26.8.1950. Petersen war Mitarbeiter im BMJ und ehemaliger Rechtsanwalt am Reichsgericht in Leipzig. Zu Petersens Stellung im BMJ wenige Angaben b. Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 116.

44 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Dehler an Spittag, 2.9.1950.

45 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 13.9.1950; Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 9.10.1950.

46 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 9.10.1950.

len wegen des Standortes Köln ungerecht gewesen wäre und die Richter ebenfalls oft aus den verlorenen Ostgebieten des Reiches stammten.[47]

Mit der Zeit traten immer mehr fachliche Gesichtspunkte bei der Auswahl in den Vordergrund. So wurde seit Ende der 1950er Jahre immer häufiger nach Kandidatinnen und Kandidaten gesucht, die spezifische fachliche Voraussetzungen mitbrachten, die für einen speziellen Senat, in dem Personalbedarf bestand, unabdingbar waren.[48] Diese Tendenz verstärkte sich, nachdem gemäß § 55 des am 1. Juli 1962 in Kraft tretenden Deutschen Richtergesetzes regelmäßig die Stellungnahme des Präsidialrates des BGH zu den vorgeschlagenen Kandidatinnen und Kandidaten einzuholen und bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigen war.[49]

Was sich aus den noch vorhandenen Protokollen der geheim zu haltenden Beratungen ansonsten herauslesen lässt, ist immerhin, dass es in der Anfangszeit eine Vielzahl von Ernennungsvorschlägen gab, und zwar sowohl von gewählten Ausschussmitgliedern wie den Vertretern der Länderjustiz. Auch eine Liste der Arbeitsgemeinschaft der Anwaltskammervorstände im Bundesgebiet wurde eingereicht, auf der sieben Anwälte standen, die man für geeignet hielt, BGH-Richter zu werden. Darüber hinaus bewarben sich immer auch Einzelne, die sich selbst für die Arbeit am BGH empfahlen. Zwar meinte Thomas Dehler, die von den Ländern vorgelegten Vorschläge seien gemeinhin sorgfältig geprüft, so dass Einwendungen dagegen vonseiten anderer Länder nicht vorkommen würden. Doch das erregte den Widerspruch vor allem von Hermann Höpker Aschoff, der sicher nicht ganz zu Unrecht darin stillschweigende Vorab-Vereinbarungen unter den Ländern argwöhnte, die auf diese Weise den Einfluss der gewählten Ausschussmitglieder verringern, wenn nicht eliminieren könnten. Es waren nicht wenige, die nach der Diskussion im Ausschuss – ohne dass diese sich aber in den Protokollen niederschlug – durchfielen, manchmal sogar ohne Referat und Diskussion, weil die Bewerbung als völlig unzureichend angesehen wurde.[50] Es fielen allerdings auch etliche Vorgeschlagene durch, die später dann doch zu Bundesrichtern am BGH ernannt wurden. So fällt auf, dass Max Güde oder auch Gerda Krüger-Nieland schon zu frühen Zeitpunkten auf einer Vorschlagsliste standen, aber zunächst nicht gewählt wurden.[51] Erst als man feststellen musste, dass die Zahl der

47 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), BJM an Spittag, 2.9.1950.

48 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 19.3.1959. Hier wurde angemerkt, man müsse bei der nächsten Sitzung darauf bedacht sein, zwei dezidierte Strafrechtler zu wählen, die beim BGH nun dringend benötigt würden. In der Sitzung vom 24.1.1963 war sogar die Rede von Spezialisten für besondere Rechtsgebiete, die man dringend suchen müsse und die bevorzugt gewählt werden sollten.

49 LA Schleswig-Holstein, Abt. 986, Nr. 6020 (1), BJM an Richterwahlausschuss, 19.6.1962.

50 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 13.9.1950, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 21.9.1950, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 9.10.1950, Liste „Noch zu behandelnde Vorschläge“, 20.12.1950.

51 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Liste der Gewählten/nicht gewählten Vorschläge, Krüger-Nieland wurde laut Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 2.11.1950 mit 9:7 Stimmen zu-

Gewählten zu gering war, um die Bedarfe des BGH zu decken, verständigte man sich darauf, ältere, abgelehnte Bewerbungen nochmals zu sichten und auf diese Bewerbungen doch zurückzukommen.[52]

Mal einigte man sich auf einen Bewerber mit großer Mehrheit oder gar einstimmig, mal waren es sehr knappe Ergebnisse, mit denen die Bewerber gewählt wurden. So wurde Anton Henneka beispielsweise einstimmig mit 17 Ja-Stimmen gewählt, der ehemalige Reichsgerichtsrat Emil Lersch aber nur knapp mit 9-Ja und 7 Nein-Stimmen.[53] Gelegentlich wurden Bewerbungen auch zurückgestellt, weil man noch nähere Erkundigungen über die Personen einholen wollte oder ein amtsärztliches Gutachten gefordert wurde. Heinrich Jaguschs Wahl etwa wurde zurückgestellt, weil Angaben in seinem Personalbogen zweifelhaft erschienen.[54] Eine Sitzung später wählte man ihn mit 14 Ja- gegen 5 Nein-Stimmen.[55] Es liegt nahe und scheint durch manche Nebenbemerkung in den Protokollen durch, dass es Ausschussmitglieder gab, die die NS-Belastung und demokratische Eignung der Bewerber stark im Blick hatten,[56] anderen hingegen vor allem die fachliche Kompetenz wichtig war, die auch Dehler immer betonte. Allerdings bewahrte dies auch nicht vor befremdlichen Entscheidungen wie etwa der großen Mehrheit für den Vorschlag Ernst Mantel, der mit 13 Ja-Stimmen und 2 Nein-Stimmen gewählt wurde, obwohl dessen wehrmachtsrichterliche Belastung leicht zu erkennen gewesen wäre,[57] oder umgekehrt die Ablehnung von Max Güde, der als Konservativer doch eine achtbare Haltung gegenüber dem Nationalsozialismus im kleinen Schwarzwaldstädtchen Wolfach bewahrt hatte und an dessen Kompetenz kaum ein Zweifel bestehen konnte.[58]

---

nächst abgelehnt. In der Sitzung vom 19.4.1951 wurde sie dann mit 10:8 Stimmen gewählt. S. STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.2 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 19.4.1951.

52 S. STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 15.3.1951. Die Anregung ging von Justizminister Dehler aus. Der Abg. Katz unterstützte den Vorschlag unter der Voraussetzung, dass es gute Gründe für eine neuerliche Behandlung der Sache gebe.

53 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 30.11.1950.

54 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 30.11.1950.

55 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 15.12.1950.

56 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 29.9.1950: Schon bei dieser Sitzung wurde diskutiert, wie man mit Bewerbern umgehen sollte, die bereits 1933 Parteimitglieder geworden waren. In der Sitzung vom 19.11.1959 wollte man bemerkenswerterweise geklärt wissen, was es mit den DDR-Vorwürfen gegen einen Vorgeschlagenen auf sich habe, und ließ dies prüfen. Auch in der Sitzung vom 12.6.1961 wurde eine Bewerbung zurückgestellt, bis zweifellos geklärt war, welche NS-Vergangenheit der Kandidat gehabt hatte.

57 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 2.11.1950. Zu Mantels Belastungen s. Fröhlich, Freispruch, S. 243–261 und hier das Kapitel *Wehrmachtsjustiz*.

58 Erst 1955 wurde Güde mit dem beachtlichen Ergebnis von 14 Ja- und nur 2 Nein-Stimmen zum Bundesrichter gewählt. S. HSTA Stuttgart, EA 9/101 Bü 74/1, Aktennotiz Minister Farny, 10.3.1955.

Aus der nicht eben kurzen Liste der abgelehnten Vorschläge lässt sich beim Fehlen von genauen Ablehnungsgründen in den Protokollen kein System erkennen. Abgelehnt wurde zum Beispiel der sehr katholisch orientierte spätere Bundesverwaltungsrichter Franz Scherübl[59] ebenso wie der wegen rassischer Verfolgung nach England emigrierte Erich Schalscha (15 Nein-Stimmen!), der erst beim zweiten Versuch zum Bundesrichter gewählt wurde.[60] Auch die Vermutung, dass insbesondere reformorientierte Kräfte der SPD wie August Zinn unbelastete Juristen vorgeschlagen hätten, lässt sich nicht bestätigen. Von Zinn stammte zum Beispiel der Vorschlag, Karl Mannzen zum Bundesrichter zu machen, nicht zuletzt wohl, weil dieser der SPD angehört hatte. Doch Mannzen war durchaus politisch belastet und hat sich nach 1945 durch die Rechtfertigung der Sondergerichtsurteile in Kiel nicht eben Vertrauen in seine Aufarbeitungsbereitschaft erwerben können.[61] Es dauerte allerdings lange, bis der Vorschlag Mannzen tatsächlich umgesetzt wurde. Sein Beispiel zeigt darüber hinaus, wie verworren die Entscheidungswege im Richterwahlausschuss sein konnten: Schon in der ersten ordentlichen Sitzung des Richterwahlausschusses am 21. September 1950 war er von Zinn vorgeschlagen worden. In der Sitzung vom 2. November 1950 wurde sein Fall diskutiert, zur weiteren Prüfung aber seine Entnazifizierungsakten angefordert. Am 30. November 1950 wurde der Fall erneut beraten, der Justizminister von Nordrhein-Westfalen erklärte dabei seine Bereitschaft, Mannzen auf die Quote von Nordrhein-Westfalen zu übernehmen, auch wenn er aus Schleswig-Holstein komme. Er wurde daraufhin mit Mehrheit gewählt, aber aus nicht weiter ersichtlichen Gründen nicht ernannt. In der Sitzung des Richterwahlausschusses vom 25. Juni 1954 fand dann eine erneute Wahl statt, auf die schließlich dann auch seine Ernennung und der Dienstantritt zum 15. Juli 1954 erfolgte.[62] Manchen wurde offenbar hohes Vertrauen entgegengebracht, weil sie wie der am Obersten Gerichtshof für die Britische Zone wirkende Generalstaatsanwalt Karl Schneidewin schon gezeigt hatten, dass sie in Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 für eine konsequente Verfolgung von NS-Verbrechen eingetreten waren. Schneidewin wurde vermutlich deshalb im Richterwahlausschuss am 9. Oktober 1950 sogar ohne Referat und längere Aussprache mit 16 Ja-

59 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 15.3.1951.

60 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 2.11.1950. Zu Schalscha s. BA, Pers 101/40031.

61 Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 192 f. Der Vorschlag von Zinn erfolgte im Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 21.9.1950. S. STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5). Mannzen wurde denn auch, nachdem man noch einige Erkundigungen aus seiner Entnazifizierungsakte eingeholt hatte, bei der Sitzung am 30.11.1950 nur knapp mit 9 Ja-Stimmen und 7 Nein-Stimmen gewählt. S. ebd. Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 30.11.1950.

62 LA Schleswig-Holstein, Abt. 786, Nr. 1828, Justizminister Schleswig-Holstein an BJM, 19.12.1957. Die Darstellung des Wahlvorgangs von Mannzen erfolgte in diesem Schreiben, weil Schleswig-Holstein gegen eine BJM-Liste von Landeszugehörigkeiten der BGH-Richter Einspruch erhob, auf der Mannzen fäschlicherweise dem Landeskonto Schleswig-Holstein zugerechnet wurde.

Stimmen sofort gewählt. Dass er selbst aber als Reichsanwalt am Reichsgericht erheblich in das justizielle Unrecht der NS-Zeit verstrickt gewesen war – was man unschwer hätte wissen können, angesichts so vieler ehemaliger Kollegen, die dann zum BGH kamen – spielte offensichtlich bei keinem Ausschussmitglied eine Rolle, weil man eben gar nicht danach fragte und die Sachlage nicht näher untersuchte. Den Ruf an den BGH hat Schneidewin schließlich allerdings nicht angenommen.[63] Und bei anderen Berufungen wie der des Berliner Senatsdirigenten Heinz Bukow, der als einziger der BGH-Richter schon vor 1933 Mitglied der NSDAP geworden war, hat man offensichtlich einfach nicht aufgepasst. Das Referat über ihn hielt der CDU-Abgeordnete Josef Mick, das Korreferat der Berliner Justizsenator, der ihn auch vorgeschlagen hatte. Mick war Landessozialsekretär im Rheinland und Vorsitzender des Bundestagsausschusses für Kriegs- und Verfolgungsschäden. Es dürfte mehr als eine Vermutung sein, dass Mick die schwere Kriegsverwundung Bukows und dessen äußerst hartes Ringen um seine Berufsfähigkeit für den Kandidaten eingenommen haben. Im Stichentscheid setzte sich Bukow dann mit neun Stimmen gegen einen Konkurrenten durch.[64]

Der Fall Staff

In Ausnahmefällen sind Einzelheiten über die Diskussionen und Auseinandersetzungen im Richterwahlausschuss an die Öffentlichkeit gedrungen. Selbst wenn es sich dabei nur um Einzelfälle handelt, von denen aus nicht auf die generelle Arbeit des Ausschusses geschlossen werden kann, zeigen sie immerhin doch die vielfältigen Probleme, die sich ergaben. Und diese wiederum lassen erkennen, dass der Richterwahlausschuss die ihm zugedachte demokratische Wächterfunktion bei der Auslese der obersten Bundesrichter so, wie sich das Parlamentarier wie Elisabeth Selbert gedacht hatten, aus unterschiedlichsten Gründen nicht immer hat erfüllen können.

Schon nach der Beschlussfassung des Bundestages über die Zusammensetzung des ersten Richterwahlausschusses am 12. September 1950 muss es nach Aussagen von Thomas Dehler gleich in der ersten Sitzung zu schwierigen Diskussionen gekommen sein, doch konnte Dehler dem Bundeskabinett am 27. September 1950 immerhin eine erste Liste von zu ernennenden Bundesrichtern präsentieren, obwohl der Richterwahlausschuss sich entschieden hatte, erst am 29. September darüber abzustimmen. Für diese Liste setzte er die Zustimmung des Kabinetts gegen den Bundeskanzler durch, dem darauf viel zu viele Richter aus dem Osten des Landes und Berlin standen. Auch die Ernennung von Hermann Weinkauff zum Präsidenten des Bundesgerichtshofes hatte er auf diese Weise bereits am 20. September, hier allerdings mit Zustim-

63 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 9.10.1950. Zu Schneidewin s. Pöpken, Vergangenheitspolitik, S. 441–451.

64 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 22.3.1962. Zu Bukows Kriegsschicksal s. BA, Pers 101/75783, Lebenslauf, 9.10.1949.

mung Adenauers, bewerkstelligt. Allerdings diskutierte, so zeigen es die erhaltenen Protokolle, der Richterwahlausschuss noch am 21. September darüber, ob man überhaupt Weinkauff für dieses Amt vorsehen sollte, und wollte eine definitive Entscheidung auch darüber erst am 29. September treffen.[65] Selbst bei dieser Sitzung, nur wenige Tage vor der Eröffnung des BGH, war es schwierig, Weinkauffs Wahl zum Bundesrichter zu bewerkstelligen. Nach zähen Diskussionen, ob man diese schwierige Personalie nun gleichsam übers Knie brechen sollte, wurde Weinkauff endlich gegen vier weitere Kandidaten, die zum Teil respektable Ergebnisse erzielten, durchgesetzt.[66]

Dehlers hemdsärmelige Vorgehensweise und seine Rückbindung an das Bundeskabinett war durch das Richterwahlgesetz gar nicht vorgegeben, zudem hatte sich manche Meinungsverschiedenheit und Ärger über die allgemeine Sitzungsleitung durch Dehler angestaut, so dass sich die SPD-Abgeordneten und Mitglieder des Richterwahlausschusses Greve, Böhm und Zinn sowie das stellvertretende Mitglied Adolf Arndt[67] zu einem Protestbrief entschlossen, über den am 3. Januar 1951 bereits in der *Frankfurter Rundschau* berichtet wurde. Das Sitzungsprotokoll des Richterwahlausschusses vom 15. Dezember 1950 lässt erkennen, dass der unmittelbare Anlass für diese harsche Reaktion die negativ verlaufene Abstimmung über den Vorschlag, Curt Staff, Senatspräsident am Obersten Gerichtshof für die Britische Zone und später Präsident des Oberlandesgerichts Frankfurt, zum Bundesrichter zu berufen, gewesen ist. Staff war schon 1919 der SPD beigetreten und hatte während der NS-Zeit ein Verfolgungsschicksal erlitten, er galt als „sozialdemokratischer Starjurist“ und „führender Strafrechtler der Britischen Zone“.[68] Aus welchem Grund Staff abgelehnt wurde, geht aus dem Protokoll nicht hervor. Klar ist nur, dass der Vorschlag Staff zunächst zurückgestellt wurde, weil man den Ausgang eines „Disziplinarverfahrens Hartmann“[69] abwarten wolle, das für die Beurteilung von Staff als relevant angesehen wurde. Dann aber wurde plötzlich doch abgestimmt und Staff mit zwölf Nein-Stimmen und acht Ja-

65 Wengst, Thomas Dehler, S. 147 f. S. zudem STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 21.9.1950.

66 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 29.9.1950.

67 Zu Arndt s. Gosewinkel, Adolf Arndt, der dieses Ereignis und überhaupt Arndts Tätigkeit im Richterwahlausschuss allerdings nicht berichtet.

68 S. Pöpken, Vergangenheitspolitik, S. 318–375.

69 Dabei dürfte es sich um Staatsanwalt Helmut Hartmann, 1945–1948 Leiter der Abteilung „NS-Verbrechen“ bei der Braunschweiger Staatsanwaltschaft, gehandelt haben, gegen den bei der Dienststrafkammer beim Oberlandesgericht in Braunschweig im August 1950 eine Anschuldigungsschrift wegen diverser Dienstpflichtverletzungen eingereicht worden war. Hartmann selbst hatte eine sehr wechselvolle Biographie: 1933 in die NSDAP eingetreten und auch als Denunziant tätig, hatte er sich von der Partei distanziert und war 1942 ausgetreten. Nach 1945 wurde er zum engagierten „Nazi-Jäger“ in Braunschweig und engen Mitarbeiter von Curt Staff. Dabei ging Hartmann offenbar nicht immer geschickt vor und hat wohl gelegentlich die gebotene dienstliche Distanz und Objektivität gegenüber dem untersuchten Geschehen vermissen lassen. S. Sohn, Im Spiegel, S. 56–61.

Stimmen abgelehnt. Das war der Auslöser für Katz, eine Unterbrechung der Sitzung zu fordern, weil einige Ausschussmitglieder sich über diese Entscheidung untereinander beraten müssten. Nach dieser internen Besprechung wurde Dehler von einer Gruppe um Katz, Greve, Wagner, Zinn und Arndt vorgeworfen, Staff nicht vorurteilsfrei beurteilt und unsachlich in der Angelegenheit diskutiert zu haben. Dehler wehrte sich sofort und stellte klar, dass er sich in der Angelegenheit Staff gar nicht zu Wort gemeldet habe, der Berichterstatter Weber verwahrte sich gegen den Vorwurf unsachlicher Berichterstattung, andere stellten sich demonstrativ auf die Seite Dehlers. Für Arndt, Zinn, Katz, Greve und Böhm sowie einen Ministerialdirektor war das Maß jedoch voll, und sie verließen nun demonstrativ die Sitzung.[70]

Kern des Protestbriefes vom 18. Dezember 1950, den allerdings nur noch Zinn, Arndt, Böhm, Greve und Katz unterschrieben hatten und der bald schon die Presse erreichte, war, dass der Richterwahlausschuss unter Dehlers Leitung die Auswahl der Kandidatinnen und Kandidaten nicht nur nach fachlichen Kriterien und demokratischer Eignung vornehme, sondern dass parteipolitischen Erwägungen und „sogar rassischen Gesichtspunkten ein unzulässiger Einfluss eingeräumt“ werde. Zudem kritisierte man, dass berechtigten Interessen der Länder nicht entsprochen werde, vor allem aber der Bundesregierung durch den Bundesjustizminister ein nicht vorgesehener Einfluss auf die Entscheidungsfindung eingeräumt werde.[71] Dehler wies diese Vorwürfe in der Öffentlichkeit empört zurück und berief sich darauf, dass er ein Recht habe, sich für seine im Gesetz vorgesehene Mitentscheidung über die Auswahl der Kandidaten über die Auffassungen im Kabinett zu unterrichten. Letztlich entscheide er aber allein über die Kandidaten und berücksichtige dabei nur das Votum des Richterwahlausschusses.[72] In einem Brief an die Ausschussmitglieder vom 3. Februar 1951 wurde Dehler noch deutlicher und beklagte, dass nicht er, sondern gerade Zinn, Arndt und Greve vier ehemals rassisch Verfolgte wegen Nichtigkeiten als künftige Bundesrichter abgelehnt hätten; bei anderen Vorschlägen der SPD-Parlamentarier müsse er noch prüfen, doch habe er über den Vorschlag Staff kein Wort im Ausschuss verloren. Allerdings, so gestand Dehler ein, hätte er im Falle Staff seine Zustimmung verweigert, weil „viele, die ihn kennen“, sagen, dass er „psychisch auffällig“ sei. Alles in allem sei nicht er, sondern die SPD-Vertreter seien parteipolitisch voreingenommen. In einem Brief an Georg August Zinn bezeichnete er die Abgeordneten Böhm, Greve und Arndt als „klein und dreist, so, wie es zu diesen Leuten paßt“.[73]

---

70 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 15.12.1950.

71 Wengst, Thomas Dehler, S. 149. Der Protestbrief vom 18.12.1950 in STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5).

72 Schwere Vorwürfe, in: *FR*, 12.1.1951. In diesem Beitrag wird der Brief der Abgeordneten an den BMJ vollständig wiedergegeben. Seine Gegenvorstellungen hatte Dehler bereits am 3.1.1951 den Mitgliedern des Richterwahlausschusses bekannt gegeben. S. Kopie in STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5).

73 BA, B 122/2164, Dehler an Mitglieder des Richterwahlausschusses, 3.2.1951. Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 193 f. und Fn. 276 erweckt ohne Angabe von Quellen den Eindruck, als habe

Gleichwohl waren der Skandal und ein veritables Problem für die neue Einrichtung „Richterwahlausschuss“ in der Welt. Zu seiner Lösung entwickelte Adolf Arndt im Gespräch mit dem Bundespräsidialamt, das letztlich die Ernennung der Bundesrichter durchführen musste, den Vorschlag, der Bundespräsident möge im Ausschuss vermitteln. Arndt dachte dabei wohl an Garantien, die die Ausschussmehrheit der Minderheit zusichern sollte, die restlichen Richterstellen des BGH nicht gegen die Auffassungen einer „beachtlichen Gruppe“ zu besetzen. Tatsächlich empfing Bundespräsident Heuss Arndt am 19. Februar 1951 und tags darauf Dehler zu getrennten Gesprächen. Dem Vermittlungsversuch des Bundespräsidenten war letztlich aber kein Erfolg beschieden, weil die Kritiker aus der SPD nicht bereit waren, eine öffentliche Erklärung des Inhalts abzugeben, dass Dehler keine parteipolitischen Gesichtspunkte bei der Wahl von Bundesrichtern angewandt habe.[74] Ein Aktenvermerk des Bundespräsidialamtes über das Gespräch zwischen Heuss und Arndt offenbart immerhin, worum es den SPD-Ausschussmitgliedern im Kern ging: Arndt bezeichnete den Vorschlag, Curt Staff zum Bundesrichter zu machen, als reinen „Test“, mit dem man die seit längerem vermuteten parteipolitischen Kriterien Dehlers bei der Auswahl der Richter habe entlarven wollen. Staff sei nämlich längst für höhere Ämter in Hessen vorgesehen. Ihm und seinen Kollegen habe vor allem missfallen, dass nicht alle Richter des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone und des Deutschen Obergerichts *en gros* übernommen worden seien und wie die Wahl von Weinkauff zum Bundesrichter und seine Ernennung zum Präsidenten des BGH durchgesetzt worden sei. Er sah dahinter auch eine Abstrafung jener, die das Kontrollratsgesetz Nr. 10 am Kölner Gerichtshof erfolgreich umgesetzt hätten und die man am neuen BGH deshalb nicht wolle. Dass Dehler das Richterwahlgesetz durch seine ständigen Abstimmungen im Kabinett über ins Auge gefasste BGH-Richterkandidaten umgehen wolle, hielt er für skandalös. Seiner Meinung nach war eine Überarbeitung des Richterwahlgesetzes vonnöten, die zum Beispiel eine offene Abstimmung über die Kandidaten und eine unmittelbare Aussage des Bundesjustizministers, ob er die Gewählten auch bestätigen würde, enthalten müsste.[75]

Eine weitere Veröffentlichung des sozialdemokratischen Pressedienstes, in der die Vorwürfe wiederholt wurden, veranlasste Dehler zu weiteren Klarstellungen und gab ihm Gelegenheit, den Bruch des Beratungsgeheimnisses durch die SPD-Mitglieder

---

Dehler im Ausschuss Staff als „psychisch auffällig“ bezeichnet, tatsächlich aber findet sich nur in diesem Brief diese Formulierung, die lediglich als Zitat anderer Stimmen zu verstehen ist. Dass Dehler keine parteipolitischen Voreingenommenheiten gehabt habe, ist freilich wohl ebenso wenig glaubwürdig wie die gleichgerichtete Behauptung der politischen Gegenseite. S. a. Wengst, Thomas Dehler, S. 149.

74 Wengst, Thomas Dehler, S. 150.

75 BA, B 122/2164, streng vertraulicher Aktenvermerk, 19.2.1951. Zum Hintergrund s. a. Ohlenroth, Der Oberste Gerichtshof, S. 49, 54 f.; Pöpken, Vergangenheitspolitik, S. 350–355; Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 60.

des Ausschusses anzuprangern.[76] Sitzungen des Ausschusses fielen nun trotz der Dringlichkeit der Stellenbesetzungen am BGH aus. Erst ein klärendes Gespräch zwischen den Streitparteien, an dessen Zustandekommen möglicherweise der Bremer Justizsenator Anteil hatte,[77] führte dazu, dass in der Sitzung des Richterwahlausschusses vom 15. März 1951 die Fortsetzung der Arbeit vereinbart wurde, ohne dass in den abgegebenen Erklärungen beider Seiten erkennbar wäre, dass irgendeine strukturelle Änderung im Vorgehen des Ausschusses stattgefunden hätte. Katz erklärte lediglich, man sei bei den Besprechungen übereinstimmend der Meinung gewesen, „daß der Richterwahlausschuß ein besonders wichtiges Bundesorgan darstellt, das im Interesse der Justiz weiter funktionieren muß." Nach den Gesprächen habe man den Eindruck gewonnen, dass nunmehr dafür eine gute Basis wieder vorhanden sei.[78] Das in dem Streit liegende grundsätzliche Problem unterschiedlicher Auffassungen über die relevanten Eigenschaften der zu Wählenden und deren parteipolitische Orientierung war aber wohl auch weiter virulent und hat in der Folgezeit immer wieder mal Konflikte heraufbeschworen.[79]

Der Fall Creifelds

Dass der Richterwahlausschuss auch jenseits politischer Interessenlagen und taktischer Manöver der Parteienvertreter nicht immer in der Lage war, zuverlässig die Berufung von politisch fragwürdigen Kandidaten zu verhindern, machte noch 1963/1965 der Fall Creifelds deutlich, der breit in der Presse behandelt worden ist. Carl Creifelds, Berliner Senatsrat, war Ende 1963 vom Richterwahlausschuss mit großer Mehrheit (16 Ja-Stimmen, 3 Stimmen für seinen Konkurrenten)[80] zum Bundesrichter gewählt worden, obwohl er in den 1930er Jahren NS-Gesetze kommentiert hatte, eng mit dem Erlass der „Polensonderstrafrechtsverordnung" verbunden war und in einigen seiner Publikationen deutliche Anklänge an den NS-Zeitgeist hatte erkennen lassen. Das war dem Richterwahlausschuss in seiner Gesamtheit ebenso bekannt wie seinen Gutach-

76 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Presseerklärung Dehlers gegen einen Artikel des Sozialdemokratischen Pressedienstes, in dem ein „führendes Mitglied des Richterwahlausschusses" auf Dehlers Erklärung zu den Vorwürfen repliziert.

77 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Auszug aus dem Senatsprotokoll Bremen, 27.3.1951.

78 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 15.3.1951.

79 S. Bundesrichterwahlen, in: *DRiZ* (1971), S. 64. Auch vor dem Deutschen Bundestag wurde der Konflikt thematisiert: S. Plenarprotokolle Deutscher Bundestag, 1. Wahlperiode, 133. Sitzung, 11.4.1951, S. 136 f. Bemerkenswert ist, dass Adolf Arndt hier unter anderem auch die von Dehler vorgenommene Gleichsetzung von Reichsgericht und Bundesgerichtshof kritisierte und sein Missfallen über die Wahl von Hermann Weinkauff zum BGH-Präsidenten zum Ausdruck brachte.

80 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 11.12.1963.

tern, darunter kein Geringerer als der Frankfurter Generalstaatsanwalt Fritz Bauer, der ihn gleichwohl zum Bundesrichter empfohlen hatte. Als Creifelds sich mit BGH-Präsident Heusinger in Verbindung setzte, um seine Verwendung (möglichst nicht im Staatsschutzsenat) zu besprechen, machte dieser Bundespräsident Lübke auf die politischen Belastungen von Creifelds aufmerksam und wandte sich auch an den Richterwahlausschuss. Lübke verweigerte daraufhin seine Unterschrift unter die Ernennungsurkunde. Dies führte einerseits zu fachlichen Auseinandersetzungen über die Frage, ob Lübke eine solche Unterschriftsverweigerung überhaupt zustünde, und andererseits zu Nachfragen über die Arbeitsweise des Ausschusses und die Haltung seiner Mitglieder. Der Richterwahlausschuss befasste sich daraufhin erneut mit dem Fall in seiner Sitzung vom 19. März 1964. Doch konnte Bundesjustizminister Ewald Bucher feststellen, dass kein einziges Mitglied des Richterwahlausschusses auch nach ausführlicher Darlegung der erhobenen Vorwürfe von der Wahl des Kandidaten Creifelds Abstand nehmen wollte.[81] Ein wirkliches Ergebnis zeitigte diese Konfrontation am Ende auch nicht, der Fall selbst endete einfach damit, dass Creifelds, zermürbt von den öffentlichen Diskussionen um seine Person, aus gesundheitlichen Gründen im Alter von 57 Jahren um seine Zurruhesetzung bat.[82] Lübke erntete mit seiner beharrlichen Ablehnung dieser heiklen Berufung, die am Ende auch von Max Güde in einem eigenen Gutachten als rechtens und vom Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Gebhard Müller als verfassungskonform angesehen wurde, öffentlich Lob, unter anderem von dem Philosophen Karl Jaspers, der von einer „großartigen“ Entscheidung sprach, und vom Kölner Staatsrechtler Hans Peters.[83] Creifelds wurde in seinem Ruhestand der Herausgeber eines bekannten Rechtswörterbuchs, des bald so genannten *Creifelds*,[84] wie auch Fortsetzer des berühmten Staatsbürger-Taschenbuchs.[85]

81 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 19.3.1964.

82 S. dazu die Presseartikel: Lübke: Diesen Mann, in: *Bild*, 19.1.1965; Lübke verweigert, in: *FAZ*, 20.1.1965; Streit, in: *RNZ*, 20.1.1965; Der ‚Fall Creifels‘, in: *BNN*, 25.1.1965; Creifelds, in: *FAZ*, 26.2.1965 und Kabinettsprotokoll der 117. Sitzung des Bundeskabinetts am 8.4.1964, URL: https://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1964k/kap1_2/kap2_15/para3_5.html [abgerufen am 22.3.2024], sowie die Aktenüberlieferung in BA, B 122/25771, 38198 und 2164. Der Wahlvorgang und die nachlaufenden Besprechungen in BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 19.3.1964 und 11.12.1964. S. a. Miquel, Ahnden, S. 137; Wojak, Fritz Bauer, erwähnt Bauers Beteiligung im Richterwahlausschuss und den Fall Creifelds nicht.

83 Morsey, Heinrich Lübke, S. 436 f. Zu Lübkes eigenen Belastungen aus der NS-Zeit s. Frei, Im Namen der Deutschen, S. 119–176, zum Fall Creifelds nur kurz S. 152. Auch die Hörfunksendung *Aus der Residenz des Rechts* stellte sich hinter Lübke und meinte, man könne dem Bundespräsidenten nicht nur die Rolle eines Notars zubilligen, es wäre schon schizophren, wenn Richter wegen NS-Belastung ausscheiden, Lübke aber keinen wegen NS-Belastungen verhindern dürfe. S. SWR Hörfunkarchiv, W1530993, Bundespräsident Lübke gegen Creifelds, 25.1.1965.

84 Creifelds, Rechtswörterbuch.

85 Model/Creifelds, Staatsbürgertaschenbuch.

Bemerkenswert ist dieser Fall zum einen, weil hier anders als im Fall Staff eine problematische Besetzung verhindert wurde und zum anderen, weil es nun, Mitte der 1960er Jahre, nicht der Richterwahlausschuss, sondern der Präsident des BGH selbst war, der die Berufung eines politisch Belasteten gestoppt hat. Die Frage, warum er dies tat, ist nicht mit letzter Gewissheit zu beantworten. Annette Weinke, die diesen Vorgang bereits aus der Perspektive der Bundesbehörden untersucht hat, geht davon aus, dass es weniger die NS-Vergangenheit von Creifelds, dessen Belastung sie in Anlehnung an Fritz Bauer als nicht so schwerwiegend ansieht, war, die seine Ablehnung durch das Präsidium des BGH hervorgerufen habe. Es sei vielmehr sein Eintreten für Laienrichter und seine Abwertung von Berufsrichtern, die er in der NS-Zeit propagiert habe, die ihn den BGH-Richtern unangenehm gemacht habe. Diese hätten den vergangenheitspolitischen Diskurs nur ausgenutzt, um Creifelds zu verhindern.[86] Dem widerspricht freilich Creifelds objektiv feststellbare politische Belastung, die zur Skandalisierung seines Falles in der Öffentlichkeit des Jahres 1964 in jedem Fall ausgereicht haben dürfte, wie die Reaktionen aus der Öffentlichkeit, die an den Bundespräsidenten gelangt sind, schon zeigen.[87] Zudem tauchten im Zuge der Diskussion immer weitere Belastungsmomente auf. Wahrscheinlicher dürfte daher sein, dass der Präsident des BGH schlicht einen weiteren absehbaren Skandalfall nach allen gemachten Erfahrungen vermeiden wollte und Creifelds deshalb abgelehnt hat. Dies musste umso mehr gelten, als Creifelds gerade für den Staatsschutzsenat eingeplant war, auf dessen Bekämpfung mit „Entlarvungen“ von braunen Richterbiographien sich Albert Norden in der DDR ja bereits spezialisiert hatte, was bei dem noch in frischem Bewusstsein stehenden Skandal um Generalbundesanwalt Wolfgang Fränkel sich erneut erwiesen hatte. Fränkel war 1962 bereits drei Monate nach seiner Ernennung zum Generalbundesanwalt (Nachfolge von Max Güde) wieder entlassen worden, weil bekannt wurde, dass er im Krieg als Hilfsarbeiter bei der Reichsanwaltschaft sogenannte Nichtigkeitsbeschwerden bearbeitet und im Zuge dessen in mehreren Dutzend Fällen Todesstrafen beantragt hatte.[88] Heusinger hatte hinreichend Mühe, das Dienstgericht des Bundes für die Bearbeitung des Falles Fränkel zu besetzen, weil bei vielen potentiellen Richtern zu erwarten stand, dass auch sie von der DDR wegen ihrer politischen Vergangenheit angegriffen würden. Staatssekretär Herwarth von Bitterfeld schrieb er am 8. Januar 1965 nochmals nachdrücklich, was er zuvor schon in mehreren Besprechungen und Briefen ausgeführt hatte:

86 Weinke, Die Verfolgung, S. 134–140.

87 S. diverse Briefe in BA, B 122/25771.

88 Hierzu ausführlich Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 241 ff.

> Man sieht an diesem Beispiel, welche Schwierigkeiten auch in dieser Beziehung für den Bundesgerichtshof entstehen können, wenn Bundesrichter ernannt werden, die mit solchen Angriffen rechnen müssen [...] Man kommt aus den Sorgen nicht heraus, so sehr man sich auch immer bemühen mag.[89]

Und Heusinger bemühte sich: Seit seinem Dienstantritt 1960 führte er eine eigene Karteikartensammlung über seine Richterinnen und Richter, in der er unter anderem auch deren politische Belastungen aus der NS-Zeit verzeichnete. Augenscheinlich stammten die meisten Informationen darauf aus den Personalakten. Hin und wieder vermerkte er aber auch Auskünfte, die er beim *Berlin Document Center* eingeholt hatte oder auch das Ergebnis von eigenen Befragungen, denen er einige Kollegen unterzogen hatte. Seitdem er gemäß Richtergesetz befugt war, sich zu den vom Richterwahlausschuss in Aussicht genommenen Bundesrichtern zu äußern, recherchierte er auch deren politisches Vorleben und machte sich auf einer Sonderkartei, die dann in die Abteilung „Nicht gewählte Bewerber“ einsortiert wurde, seine Notizen.[90]

Inwieweit den Präsidenten und das Präsidium des BGH die nunmehr bessere Einsicht in die NS-Belastungen der Richterschaft trieb oder die dauernden Richterskandalisierungen einfach zu lästig wurden, sei dahingestellt – um dies zuverlässig zu beantworten, fehlen die Quellen. Ein Brief von Bundesrichter Reinhold Weber an Lübke lässt immerhin vermuten, dass sich unter den BGH-Richtern zumindest ein Bewusstsein für den Schaden entwickelte, den die allfälligen Skandale hervorriefen. Weber dankte Lübke für seine Standhaftigkeit bei der Ablehnung von Creifelds, denn aus „zahlreichen Gesprächen mit anderen Menschen musste ich erfahren, daß die ‚Affären‘, die in letzter Zeit um Ankläger und Richter bei unseren höchsten Gerichten sich abgespielt haben, das Ansehen dieser für unseren jungen Rechtsstaat so wichtigen Institutionen zu erschüttern drohen.“ Umso dankbarer sei er, dass Lübke getan habe, was die „zunächst berufenen Stellen bei pflichtgemäßer Wachsamkeit hätten tun müssen.“[91]

Ein allmählicher Umschwung im Umgang mit NS-Belastungen seit dem Beginn der 1960er Jahre im BGH und in den für die Berufung dorthin zuständigen Gremien wird in jedem Fall deutlich. Dies belegen auch andere gleichzeitige Beispiele, die ein

---

89 BA, B 122/38198, BGH-Präsident an Staatssekretär Herwart von Bitterfeld, 8.1.1965. Am 8.6.1964 hatte Heusinger aus den gemachten Erfahrungen lernend und weitsichtiger nicht nur als die Politiker, sondern auch als der Richterwahlausschuss in aller Deutlichkeit gewarnt, „daß die Öffentlichkeit im In- und Ausland die Berufung eines Ministerialbeamten zum Bundesrichter nicht verstehen wird, der im Jahre 1937 die Arbeit des Volksgerichtshofes gerühmt“ habe. S. ebd. Vermerk, 8.6.1964, S. 6 (Archivpaginierung, S. 387).

90 NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 6 Kartei BGH. Rückfragen beim BDC sind z. B. auf den Karten zu v. d. Mühlen, Stimpel und Wiefels verzeichnet. Otto Löscher wurde offensichtlich von Heusinger persönlich befragt über seine Beteiligung an Todesurteilen.

91 BA, B 122/25771, Reinhold Weber an Bundespräsident Lübke, 3.2.1965.

doch anderes Bild als noch Mitte der 1950er Jahre zeigen.[92] So versuchte der baden-württembergische Justizminister Wolfgang Haußmann, den Amtsgerichtspräsidenten von Stuttgart Edmund Wetzel 1962 im Richterwahlausschuss zum Bundesrichter wählen zu lassen und erbat dazu in gesonderten Briefen die Unterstützung etlicher seiner Kollegen in anderen Bundesländern. Wetzel hatte sich Verdienste als Vorsitzender Richter im Ulmer Einsatzgruppenprozess erworben, war selbst aber als Wehrmachtsrichter an einem Todesurteil gegen einen deutschen Soldaten auf Kreta 1944 beteiligt gewesen. Haußmann gab vor, dies sei alles umfänglich untersucht worden und Wetzel sei dadurch nicht belastet. Eine Antwort der Kollegen ist in den Akten nicht enthalten, Wetzel wurde aber jedenfalls nicht zum Richter am BGH gewählt.[93] Auch in anderer Hinsicht wurde man achtsamer: Bundesrichter Albrecht Spengler, ein Spezialist im Patentrecht, wurde 1965 eine Vortragsreise in die USA nicht genehmigt, weil seine frühe Mitgliedschaft in der SS nun als erhebliche politische Belastung gewertet wurde, die möglicherweise zu unliebsamen Verwicklungen im Ausland hätte führen können – das hatte zuvor niemanden interessiert, jetzt aber wollte man ihm und dem BGH dergleichen ersparen.[94] Als Bundesrichter Günther Willms 1965/66 mit Unterstützung des BGH-Präsidenten anstrebte, Senatspräsident am BGH zu werden, musste er erfahren, dass nunmehr seine politische Belastung, die in einigen politischen Anbiederungsversuchen in seiner Doktorarbeit bestand, die er obendrein selbst angezeigt hatte, nunmehr der Grund war, ihm diese Beförderung zu versagen. Es half nichts: 1967 lehnte das Bundesministerium der Justiz eine Beförderung von Willms wegen solcher Belas-

92 1957 noch hatte Justizminister Haußmann seinem Kabinettskollegen Oskar Farny für seine Stellvertretung im Richterwahlausschuss mit auf den Weg gegeben, in welcher Reihenfolge er die vorgeschlagenen Richter aus Baden-Württemberg ernannt sehen wollte. Dabei war Fritz Flitner sein Favorit, weil er sich in Stuttgart als besonders tüchtig erwiesen hatte. Seine problematische Entnazifizierung und seine Funktion in der Rechtshilfestelle der Evangelischen Landeskirche, in der er sich für die Befreiung von deutschen Kriegsverbrechern in alliiertem Gewahrsam eingesetzt hatte, spielte offensichtlich keine Rolle. Farny wurde vom Minister darüber jedenfalls nicht informiert. S. HSTA Stuttgart EA 9/101 Bü 74/2, Justizminister Haußmann an Minister für Bundesangelegenheiten Farny, 1.4 und 26.6.1957.

93 HSTA Stuttgart, Q 1/22 Bü 106, Justizminister Haußmann an BJM Stammberger, 17.1.1962; Justizminister Haußmann an Justizminister Nordrhein-Westfalen, Bayern, Niedersachsen, Hamburg, Rheinland-Pfalz, 17.1.1962. Schon in einem Brief an den Bayerischen Justizminister und an Thomas Dehler vom 8.6.1961 hatte Haußmann für Wetzel geworben. Im Brief an Dehler formulierte Haußmann zu dem von Wetzel mitverantworteten Todesurteil: „Da verständlicherweise diese Frage heute vielleicht eingehender geprüft werden wird […]". Bemerkenswerterweise hatte Haußmann allerdings im Mai 1959 selbst die Unterstützung für einen problematischen Kandidaten, den der Bundesjustizminister vorgeschlagen hatte, versagt: „Mir selbst wird es voraussichtlich nicht möglich sein, bei aller Wertschätzung der hervorragenden juristischen und menschlichen Qualitäten von Ministerialrat Dr. Dreher die aus seiner schicksalhaften Belastung wegen seiner Tätigkeit von 1940–1945 entspringenden Bedenken fallen zu lassen." Zu Drehers Belastungen s. Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 330–336.

94 BA, Pers 101/39867, AA an BMJ, 7.5.1965.

tungen, die gewiss weit geringer als die von Creifelds waren, definitiv ab.[95] In den Akten des Archivs der sozialen Demokratie ist schließlich ein weiterer Fall dokumentiert, der den Wandel nochmals besonders deutlich macht. In Kreisen der SPD wünschte man sich 1967, als der Vorsitzende des BGH-Entschädigungssenats Walther Ascher in den Ruhestand trat, Bruno Sonnabend als Nachfolger, der Mitglied in der SPD und in der ÖTV war. Heusinger aber lehnte Sonnabend gegenüber dessen Förderern aus der SPD ab, weil er wusste, dass dieser in der NSDAP gewesen war und damit gerade im Entschädigungssenat eine offene Flanke bot. Der SPD-Rechtspolitiker Martin Hirsch sah Heusingers Argumente schließlich völlig ein, „denn die Erfahrung zeigt, dass die ‚jüdische Öffentlichkeit' in den USA und in Israel usw. unter Umständen sehr sauer auf die Berufung eines ‚PG' ausgerechnet in den Entschädigungssenat des BGH reagieren würde." Für Sonnabend war das bitter, stammte er doch aus einem regimefeindlichen Zentrumshaushalt und war mehr unter Druck in die NSDAP eingetreten. Dem Bundesjustizministerium gegenüber beklagte er sich, dass Heusinger darauf bestanden habe, dass sich der BGH „auf Grund der vergangenen Schwierigkeiten" einfach keine weiteren Skandale „leisten" könne.

> Gegen diese Argumentation konnte ich natürlich nichts einwenden. Ich muß also hinnehmen, daß man in der Bundesrepublik als Pg. von 1933 oder als Inhaber des goldenen HJ-Abzeichens zu höchsten Staatsämtern aufsteigen kann, aber nicht im Entschädigungssenat des BGH tätig werden darf, obwohl ich als Sohn eines politisch Verfolgten jahrelang geschädigt worden war, anerkanntermaßen [...] mich für die Sache der Versöhnung und Wiedergutmachung eingesetzt habe, an einem Kommentar zum BEG mitgearbeitet habe und das Vertrauen aller jüdischen Weltverbände (an der Spitze Dr. Nahum Goldmann) genieße, obwohl seit 1954 meine Vergangenheit sowohl im BMJ wie bei den jüdischen Stellen bekannt ist.[96]

Die Personalpolitik für den BGH änderte sich also – langsam, aber doch deutlich.

In jedem Fall zeigen die dokumentierten Einzelfälle wie auch die generellen Beratungsergebnisse, dass die hohen Erwartungen, die die Angehörigen des Parlamentarischen Rates mit der Einsetzung eines Richterwahlausschusses verbunden haben, sich

---

95 BA, Pers 101/76278, Willms an BGH-Präsident, 14.12.1967. Willms hatte geglaubt diese Anpassungsleistung in seiner Doktorarbeit erbringen zu müssen, da er sich noch 1932 öffentlich mehrfach gegen den Nationalsozialismus und seine hochkonservativen Verbündeten geäußert hatte. Sein 1938 früh verstorbener Bruder litt an rachitischem Zwergwuchs und war angesichts der NS-Gesundheitspolitik sicher gefährdet, sein Vater war ein altbekannter Demokrat. Auch um deren Zukunft sorgte er sich. Tatsächlich hat die parteiamtliche Prüfungskommission für nationalsozialistisches Schrifttum nach Abschluss des Verfahrens von Willms die Ausfüllung eines Fragebogens verlangt, so dass Willms Vorsicht durchaus berechtigt war. Auch sein Marburger Doktorvater, Prof. Dr. Rudolf Schulz-Schaeffer, war als Mitunterzeichner des 1933 veröffentlichten Bekenntnisses der deutschen Professorenschaft zu Adolf Hitler gewiss aufmerksam im Hinblick auf politische Äußerungen in seiner Doktorarbeit. S. UA Marburg, Best. 307b, Nr. 1977, Juristische Fakultät der Universität Marburg an Willms, 1.8.1939. Zu Schulz-Schaeffer s. Nagel, Die Philipps-Universität, S. 544.

96 AdsD, SPD-Bundestagsfraktion, 5. WP, Nr. 1044, Martin Hirsch an Gerd Pfeiffer, 30.10.1967 und Bruno Sonnabend an BMJ, Jöel, 29.9.1967.

zumindest nicht in vollem Umfang erfüllt haben. Offensichtlich spielten bei der Auswahl der Richterinnen und Richter hier neben rein sachlichen Gesichtspunkten (fachliche Geeignetheit, demokratische Überzeugung der Bewerberinnen und Bewerber) auch persönliche Animositäten, parteipolitische oder parteitaktische Interessenlagen, politische Kompensationsgeschäfte und variierende Beurteilungsmaßstäbe selbst bei jenen, denen man aufgrund ihrer Biographie eine besonders kritische Beurteilungsfähigkeit zuschreiben würde, eine Rolle. Daher kann es kaum verwundern, dass die Betroffenen selbst diese Form der Bestellung von Bundesrichtern stets kritisch gesehen[97] und – freilich lange erfolglos – versucht haben, zumindest beratenden Einfluss in diesem Gremium zu gewinnen.[98]

Allerdings wird man bei einer Bewertung der Arbeit des Richterwahlausschusses auch nicht übersehen dürfen, dass dieses Gremium keineswegs, wie man vielleicht meinen könnte, personalpolitisch aus „dem Vollen“ hätte schöpfen können. Zwar war in den 1950er und 1960er Jahren vielleicht noch mehr als heute eine Tätigkeit als Bundesrichter hoch angesehen und galt gleichsam als Höhepunkt einer richterlichen Karriere. Doch bedeutete dies längst nicht, dass jeder, der fachlich und politisch als geeignet befunden wurde, auch bereit war, dieses Amt zu übernehmen. Es finden sich in den Akten des Richterwahlausschusses wie in den Personalakten immer wieder Hinweise darauf, dass Richter eine ja auch mit Versetzung nach Karlsruhe verbundene Beförderung abgelehnt haben, weil die hohe Arbeitslast am Bundesgerichtshof bekannt war und die bessere Bezahlung keineswegs so üppig ausfiel, dass sie jeden überzeugt hätte.[99] Auch anderweitige Karriereabsichten spielten eine Rolle: Gräfin Marion Yorck von Wartenburg zum Beispiel, die Ehefrau des hingerichteten Widerstandskämpfers Peter Yorck von Wartenburg, die in Berlin als erste Frau Vorsitzende eines Schwurgerichts wurde, lehnte den Ruf an den BGH ab, weil sie auf eine Berufung an das Bundesverfassungsgericht hoffte, die dann allerdings nie erfolgte.[100]

Zudem muss man davon ausgehen, dass die Länder zwar daran interessiert waren, ihre Landsleute in der Bundesverwaltung repräsentiert zu sehen, jedoch keineswegs immer bereit waren, dafür auf ihre besten Juristen zu verzichten. Der langjäh-

97 S. Silbernes Jubiläum, in: *BNN*, 27.9.1975, S. 5. S. a. die resümierende Betrachtung der Arbeit des Richterwahlausschusses bei Bundesrichter Faller, Die richterliche Unabhängigkeit, S. 81–100, hier S. 87–89. Er rügt eine zunehmende Politisierung der Richterwahl im Richterwahlausschuss, die sich insbesondere seit den 1970er Jahren eingestellt habe. Ganz ähnlich auch Keßler, 25 Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1975), S. 294–314, hier S. 294. Vergleichbares gilt für den Richterwahlausschuss des Bundessozialgerichts, s. Rudloff/Miquel, Das Bundessozialgericht, S. 39, 42.

98 Jahresbericht 1968/69 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1970, S. 9 f., wo von einem Besuch des Richterwahlausschusses beim Präsidialrat des BGH im Jahre 1969 berichtet wird. Der Richterwahlausschuss äußerte durchaus Verständnis für das Anliegen der Karlsruher Richter.

99 S. beispielsweise BA, Pers 101/39972, OLG-Präsident Hamm an BMJ, 20.11.1950.

100 STA Bremen, 3-R.1.n.29/5/Bd.1 (422/5), Liste der Gewählten, 30.11.1950. Zu Marion Gräfin Yorck von Wartenburg s. Fabricius-Brand/ u. a., Juristinnen, S. 131–138. Ihre Wahl zur BGH-Richterin berichtete Yorck von Wartenburg allerdings nicht.

rige Vorsitzende des Berliner Strafsenats, Werner Sarstedt, etwa erinnerte sich, dass der Celler Oberlandesgerichtspräsident Hodo von Hodenberg ihm in einer Beurteilung absichtlich die Eignung zum Bundesrichter abgesprochen habe, weil er durch Personalabgaben an die Bundesgerichte sein eigenes Gericht allmählich wie einen „entlaubte[n] Stamm“ empfunden habe.[101] Gelegentlich kam es sogar vor, dass Richter für den Bundesgerichtshof vorgeschlagen wurden, deren angegriffene Gesundheit den Karlsruher Belastungen erwartbar nicht standhalten mochte. Der Hintergedanke dabei war, etwaige Versorgungslasten auf den Bund abwälzen zu können.[102] Auch dies bemerkte man unter den Karlsruher Richtern mit Argwohn. Werner Sarstedt sprach mit reichlich wenig Taktgefühl davon, der BGH habe bisweilen aufpassen müssen, nicht der „hochherrschaftliche Müllschlucker der Justizverwaltungen“ zu werden. Auch aus solchen Erfahrungen sei der Wunsch im BGH entstanden, Einfluss auf die Auswahl der Richter zu bekommen.[103]

Der Kreis, aus dem ausgewählt werden konnte, war also keineswegs unendlich. Der Druck, gerade in den Anfangsjahren, immer neue und immer mehr Richter nach Karlsruhe zu schicken, weil die Revisionsarbeit dort sonst nicht zu schaffen war, erhöhte sich im Betrachtungszeitraum aber ständig. Und hinzu kommt schließlich noch ein Weiteres, das ein langjähriges Mitglied des Richterwahlausschusses einmal formuliert hat: Am Ende musste für alle Beteiligten im Auswahlprozess die funktionale Kompetenz, die eine Bewerberin/ein Bewerber mitbrachte, doch den wichtigsten Gesichtspunkt darstellen, dem sich schließlich alle unterworfen haben. Richard Schmid formulierte dies 1975 so:

> Die Praxis der vergangenen siebzehn Jahre Bundesrichterwahl läßt erkennen, daß der Gesichtspunkt der Einfügung in den Gerichtskörper, der Tüchtigkeit und der Verwendbarkeit für den laufenden Apparat, die Fernhaltung von Außenseitern, Fremdkörpern und In-Frage-Stellern sich durchgesetzt hat. Das ist deutlich die Tendenz der Länderverwaltungen, die das Urteil ihrer eigenen Personalverwaltungen weitergeben. Die gewählten Vertreter des Richterwahlausschusses haben sich dieser Tendenz aus Mangel an eigener Übersicht und Personalkenntnis angeschlossen.[104]

3.2 Die „neuen-alten“ Richter: Prägungen und Erfahrungen

Wer waren nun aber die Richterinnen und Richter, die Richterwahlausschuss, Bundesjustizminister und Bundespräsident am Ende für fähig und würdig hielten, das höchs-

101 Sarstedt, Vom Richter zum Anwalt, S. 321–332, hier S. 329. Ob diese Anekdote stimmt, lässt sich nicht mehr prüfen, sie beruht aber offensichtlich auf einem von vielen wahrgenommenen Problem.
102 S. beispielsweise BA, Pers 101/48836, BGH-Präsident an BMJ, 17.8.1954.
103 Sarstedt, Bundesrichter in der heutigen Gesellschaft, S. 229–248, hier S. 234.
104 Schmid, Das Unbehagen, S. 127. Dies dürfte auch die Antwort auf die von Rottleuthner, Karrieren und Kontinuitäten, S. 93 aufgeworfene Frage sein, warum eine Durchbrechung der Elitenkontinuität zumindest beim BGH trotz des politisch besetzten Richterwahlausschusses nicht erfolgt ist.

te Richteramt in der neu geschaffenen Bundesrepublik zu bekleiden? Welche Vorerfahrungen brachten sie mit in ihr Amt, was hatte sie bis dahin geprägt? Ist angesichts des geschilderten Auswahlprozesses überhaupt von so etwas wie einem einheitlichen Karlsruher „Richterkorps“, gar einem exklusiven „Korpsgeist“, auszugehen, wie mal offen, mal ungesagt unterstellt wird,[105] etwa wenn von einzelnen politisch schwer belasteten Richtern die Rede ist, die womöglich auch in ihrer Rechtsprechung fragwürdige Judikate produziert haben?

Es ist in der Richtersoziologie mittlerweile unstrittig, dass eine Reihe von Persönlichkeitsfaktoren die richterliche Tätigkeit oft unbewusst beeinflussen und dass diese Faktoren im Laufe des 20. Jahrhunderts eine zunehmende Varianz in der Richterschaft entwickelt haben, das heißt, dass auch die Richterschaft hinsichtlich ihrer sozialen Bezüge allmählich pluraler geworden ist.[106] Konrad Zweigert, Professor für Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht, darüber hinaus Richter am Bundesverfassungsgericht, hat einmal am Ende des hier untersuchten Zeitraumes festgestellt:

> Hochwirksam für die Urteilsfindung und zugleich am wenigsten nachprüfbar sind jene Einflüsse, welche die Persönlichkeit eines Richters geformt haben oder formen, die also bewirken, daß er bestimmte Anschauungen von Recht, Staat, Gesellschaft und vom Leben überhaupt hat. Das ist ein Humanum, dem auch der Richter nicht entweichen kann.[107]

Auch die Richter des Bundesgerichtshofs selbst haben bei einer Befragung im Jahre 1972 ganz überwiegend eingeräumt, dass ihrer Erfahrung nach Persönlichkeitsfaktoren bei ihrer Rechtsprechung durchaus eine Rolle spielten, und der vierte Präsident des BGH, Gerd Pfeiffer, hat diesem Thema einen eigenen Aufsatz gewidmet, in dem er die innere von der sachlichen und persönlichen Perspektive unterschieden hat.[108] Selbst der von Selbstzweifeln wenig angekränkelte Bundesrichter Willi Geiger hat – obendrein in einer Ehrengabe für den zweiten BGH-Präsidenten Bruno Heusinger – festgestellt: „Kein Mensch ist völlig frei von den die Zeit beherrschenden geistigen Strömungen. Auch der Richter ist – so gesehen – das Kind seiner Zeit, das Produkt seiner Erziehung.“[109] Welche Faktoren genau dies allerdings sind, war in den 1970er Jahren schon Gegenstand von soziologischen Untersuchungen, die freilich nicht in der Lage waren, zuverlässige kausale Abhängigkeiten zwischen Persönlichkeitsfaktoren und richterlichem Verhalten zu definieren, sondern im Wesentlichen das Gewicht von einzelnen Variablen untersucht haben.[110]

---

105 S. beispielsweise Lamprecht, Der unrühmliche Start, in: *NJW* (2015), S. 2941–2944, hier S. 2941, der vom „Korpsgeist“ der Karlsruher Richterelite in roter Robe spricht.

106 Hesse, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 135 f.

107 Zweigert, Zur inneren Unabhängigkeit, S. 711–723, hier S. 715. So auch in systematischer Untersuchung Zwingmann, Zur Soziologie des Richters.

108 Heldrich, Juristen, S. 525–535, hier S. 527; Pfeiffer, Die innere Unabhängigkeit, S. 67–79, hier S. 71.

109 Geiger, Voraussetzungen der richterlichen Unabhängigkeit, S. 53–61, hier S. 54 und 55.

110 S. beispielhaft dazu Werle, Justizorganisation, S. 153–157.

Im Folgenden werden eine Reihe von möglichen und schon damals diskutierten prägenden Einflussfaktoren angesprochen, die sich in den überlieferten Quellen, d. h. vor allem den Personalakten, aber auch in Privatnachlässen fassen lassen und *nicht* als das Verhalten *determinierende* Faktoren zu verstehen sind, sondern als Elemente eines Erfahrungshaushaltes angesehen werden müssen, der die Generation jener Richter verbindet, die nach 1950 als Richter am BGH tätig geworden sind. Der Tübinger Sonderforschungsbereich 437 „Kriegserfahrungen – Krieg und Gesellschaft in der Neuzeit" hat einen wissenssoziologischen Begriff der „Erfahrung" in besonderer Weise zur Erklärung menschlichen Verhaltens akzentuiert und auf Kriegserfahrungen bezogen fruchtbar gemacht. Untersucht wurden dort

> Deutungen von Akteuren und Beobachtern als Versuche, der Erfahrung des Krieges einen Sinn zu geben. Kriegserfahrung kommt dabei nicht nur in den Sinnstiftungs- und Deutungsmustern während eines Krieges zum Ausdruck, sondern setzt sich in den Kommunikations- und Interaktionsprozessen der Nachkriegszeit fort.[111]

Genau dies, das Verarbeiten der Erlebnisse im Zweiten Weltkrieg und die Stiftung neuen Lebenssinnes nach diesen grundstürzenden Erfahrungen war es, was die akademische Richterelite am BGH, jeder einzelne für sich, jeder mit einem höchst individuellen und sehr disparaten Erfahrungshaushalt, an der herausgehobenen Stelle des BGH nun leisten musste und was ihre Rechtsprechung – wie auch immer – beeinflusst hat. Nach Ansicht von Markus Apostolow sind die unterschiedlichen Erfahrungshaushalte der Justizmitarbeiter nicht nur relevant für das berufliche Handeln der Juristen gewesen, sondern der für Personalangelegenheiten entscheidende Staatssekretär Walter Strauß habe diese variierenden Erfahrungshaushalte gesehen und eine Mischung von belasteten und unbelasteten Richtern bewusst für Stellenbesetzungen im Ministerium angestrebt.[112] Die heterogenen Ergebnisse der Richterwahl im Richterwahlausschuss wären demnach dann ganz im Sinne des Bundesjustizministeriums gewesen.

3.2.1 Familiäre und politische Sozialisation bis 1933

Herkunft

Der erste relevante Persönlichkeitsfaktor dürfte in diesem Sinne die Herkunft, das Elternhaus der Richterinnen und Richter sein, dem man in der Regel zumindest einen wesentlichen Einfluss auf die Haltung und das Denken der Kinder zusprechen kann. Zwar ist ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen der Sozialschicht, aus der ein Richter kommt, und seiner Urteilspraxis nicht einfach zu beweisen, doch wird auch in der Rechtssoziologie eine Beeinflussung angenommen. In der Politikwissenschaft wer-

111 S. Buschmann/Carl, Vorwort, S. 9.
112 Apostolow, Der „immerwährende Staatssekretär", S. 10 f.

den in jedem Fall das Elternhaus und späterhin auch Schule, Militär und universitäre/berufliche Ausbildung als zentral für die „funktionale politische Sozialisation“ von Menschen angesehen.[113] Schon gegen Ende unseres Untersuchungszeitraumes, 1965, ist das Kriterium „Elternhaus/Herkunft“ Gegenstand einer rechtssoziologischen Untersuchung von Johannes Feest über die Bundesrichter gewesen. Feest stellte fest, dass viele Bundesrichter aus Elternhäusern der höheren Beamtenschaft oder Unternehmerschaft gekommen seien, das *Gros* aus dem Mittel- und Kleinbürgertum. Führungspositionen seien aber zumeist von Angehörigen der obersten sozialen Schicht besetzt worden.[114] Die hier vorgenommenen intensiven biographischen Recherchen über insgesamt 178 Richterinnen und Richter, die zwischen 1950 und 1965 am BGH gearbeitet haben, können diesen groben Befund in mancherlei Hinsicht präzisieren.[115] In 177 Fällen konnten die Väterberufe ermittelt werden: Tatsächlich stammte ein Großteil, nämlich 51,4 Prozent der BGH-Richterinnen und Richter, aus Beamtenhaushalten.

Allerdings dürften deren Erfahrungen von ökonomischer Sicherheit und bürgerlichem Wohlstand sehr weit auseinander gegangen sein, denn bei dieser Kategorie stehen Beamte des einfachen, mittleren und gehobenen Dienstes neben solchen des höheren Dienstes und anderer höchster Beamtenpositionen. Vertreter aus einem ererbt wohlhabenden Elternhaus standen neben solchen, für die die Tätigkeit des Vaters als Beamter die einzige Erwerbsquelle des Haushaltes war. Auch zeitliche Veränderungen werden in diesem groben Raster nicht erfasst. Der Vater von Hubert Meyer (*1911) zum Beispiel war einfacher Postbetriebsassistent, der Sohn konnte sein Jurastudium nur durch ein Stipendium der Studienstiftung des deutschen Volkes finanzieren.[116] Auch im Elternhaus von Adolf Schmidt (*1911), dessen Vater immerhin Verwaltungsoberinspektor war, konnte von Wohlstand nicht die Rede sein: Schmidt musste neben dem Studium in einer Lackfabrik arbeiten, um sein Studium zu finanzieren, und als der Vater nach schwerer Krankheit starb, blieben für dessen Heilbehandlung noch 6.000 RM Schulden übrig, die er abtragen musste – sein Studienabschluss zögerte sich daher hinaus. Durch unermüdliche Arbeit konnte er aber sogar noch eine Lehre abschließen und am Ende sein Elternhaus entschulden.[117] Und selbst in dem Elternhaus von Günther Willms (*1912), dessen Vater promoviert und Studienrat an einem Gymnasium war, wird man nicht von finanzieller Sorglosigkeit ausgehen können.[118] Seine Autobiographie verdeutlicht an vielen Stellen, dass die Familie von finanziellen Nöten nicht frei war und durch die Förderung eines behinderten Bruders erhebliche Belas-

113 S. dazu Richter, Zur Bedeutung der Herkunft, S. 45 und Detjen, Politische Bildung, S. 3.

114 Feest, Die Bundesrichter, S. 95–113, hier S. 109 f.

115 Schon Schmid, Justiz in der Bundesrepublik, S. 18 kritisierte die zu grobe und undifferenzierte soziale Schichtenvorstellung, die dieser Auswertung zugrunde liegt.

116 BA, Pers 101/76029, Personalblatt und Pers 101/76034, Lebenslauf o.Dat. Ähnlich auch die Biographie von Gerhard Hürxthal, dessen Vater immerhin Postamtmann war, s. BGH, Versorgungsakte Hürxthal, Lebenslauf, 27.3.1949.

117 BA, Pers 101/76151, Personalblatt; Pers 101/76157, Lebenslauf, 28.7.1951.

118 BA, Pers 101/76278, Personalblatt.

tungen zu bewältigen hatte.[119] Hubert Meyer aber gelang es 1970 trotz seiner Herkunft aus einem finanzschwachen Elternhaus, am BGH Senatspräsident zu werden. Auch Günther Willms stand kurz davor, diese Führungsposition zu erlangen, nachdem er bereits eine berufliche Karriere als Präsidialrichter beim ersten Bundesverfassungsgerichtspräsidenten gemacht hatte, reüssierte aber letztlich aus den beschriebenen ganz anderen Gründen nicht.[120]

Auch Heinrich Jagusch (*1908) kam aus einem Lehrerhaushalt. Doch auch in seinem Falle wäre es verfehlt, von einer vorgezeichneten und abgesicherten Karriere auszugehen, denn Jagusch hatte alles andere als einen geradlinigen Lebenslauf. Zunächst absolvierte er eine Banklehre, dann eine Lehre im Textilgroßhandel und arbeitete mehrere Jahre in der Wirtschaft und bei Gewerkschaften. 1929 trat er in die SPD ein. Über eine Begabtenprüfung im Bildungsministerium erwarb er sich dann die Studienberechtigung für die Rechtswissenschaften, auch ohne Abitur. Und auch er schaffte 1959 dann den Beförderungssprung zum Senatspräsidenten am BGH.[121] Bei Karl Mannzen (*1903), dessen Vater Mittelschulrektor war, dürften auch eher prekäre wirtschaftliche Verhältnisse im Elternhaus vorgelegen haben. Doch arbeitete der junge Sozialdemokrat während seines Studiums auch deshalb als Bergmann, weil er sich in den Kopf gesetzt hatte, die soziale Lage der Bergarbeiterschaft aus eigenem Erleben kennenzulernen. Bevor er viel später zum BGH kam, hatte er es schon zum Generalstaatsanwalt in Schleswig-Holstein gebracht, also auch durchaus eine Führungsposition erreicht.[122]

Wie anders hingegen die Biographie des um einiges älteren Erich Pritsch (*1887), dessen Vater Geheimer Rechnungsrat im Preußischen Kriegsministerium gewesen war und der es seinem Sohn ermöglicht hat, neben Jura auch noch orientalische Sprachen zu studieren.[123] Auch Ernst Mantel (*1897) konnte als Sohn des Polizeipräsidenten von München sicher auf bessere ökonomische Ressourcen zurückgreifen als andere.[124]

Eine ganz ähnliche Problematik ergibt sich bei der Angabe der Väterberufe als „Kaufmann“ – auch hier ist die Spannbreite der ökonomischen Basis solcher Elternhäuser sehr groß, und allzu leicht werden frappante Unterschiede übersehen. Rund 18 Prozent der BGH-Richter, die zwischen 1950 und 1965 ernannt worden sind, kamen aus solchen Elternhäusern. Doch sicher hat der spätere Generalbundesanwalt Ludwig Martin, dessen Vater Lebensmittelhändler in kleinen Verhältnissen war, seinen Kindern andere Startbedingungen geboten als der Vater von Jochen-Hilmar von der Mühlen (*1914), der auch Kaufmann (und Chemiker) war, aber in Bielefeld ein großes, gut

119 Willms, Geträumte Republik.

120 BA, Pers 101/76280, Willms an Bundesjustizministerium, 14.8.1969. Ihm wurde eine politische Belastung zum Vorwurf gemacht, die seine Beförderung zum Senatspräsidenten behinderte.

121 BA, Pers101/74197, Personalblatt, Lebenslauf 26.11.1945. Zur Begabtenprüfung s. Grüttner, Studenten, S. 152 f.

122 LA Schleswig-Holstein, AB 786, Nr. 185, Personal- und Befähigungsnachweisung 1954.

123 BA, Pers 101/48896, Personalblatt.

124 BA, Pers 101/40008, Personalblatt.

gehendes Warenhaus und in Hamm einen Ufa-Palast betrieben hat, so dass die Familie in jedem Fall als wohlhabend beschrieben werden kann.[125] Martin hingegen musste sein Studium mit einem Kredit finanzieren, der anschließend mühsam abzutragen war.[126]

Was in der frühen soziologischen Untersuchung von Feest ebenso zu stark nivelliert wird wie in jüngeren Arbeiten, ist der doch relevante Anteil von Richterinnen und Richtern, die aus Arbeiter- oder Handwerkerhaushalten oder aus dem bäuerlichen Milieu kamen. Immerhin mehr als 12 Prozent der hier untersuchten BGH-Richter entstammten einem solchen Umfeld. Nicht einmal ein Viertel der zu dieser Gruppe zu rechnenden Bundesrichter war vor 1900 geboren, es handelt sich hier folglich um viele jüngere Richter und eine seit der Weimarer Republik festzustellende Entwicklung, die den Richterberuf langsam, aber allmählich zu einem Aufsteigerberuf auch für Kinder aus wenig begüterten Familien machte. Einige der später recht bekannt gewordenen BGH-Richter wie Friedrich-Wilhelm Geier, dessen Vater Lokführer war,[127] Ferdinand Kirchhof, dessen Vater den Beruf des Tischlers ausübte,[128] oder Helmut Simon, der von einem Bauernhof kam,[129] hatten in diesem Umfeld ihre Wurzeln. In dieser Gruppe finden sich beeindruckende Aufsteigerbiographien, so etwa die des völlig blinden Richters Hans-Eugen Schulze, dessen Vater Elektromeister war und der selbst zunächst das Handwerk des Matten- und Korbflechters gelernt hatte. Dann hatte er sich zum Justizstenographen weiterqualifiziert und schließlich sogar ein Jurastudium erfolgreich absolviert.[130] Freilich bedarf es auch hier eines genaueren Blicks in die Biographie, um auch nur halbwegs verlässlich die Herkunft und deren Wirkung auf das Denken und das berufliche Verhalten der Richter einschätzen zu können. Wie soll man zum Beispiel den Hintergrund von Fritz Lindenmaier einschätzen, dessen Vater Schlosser war, zugleich aber auch eine Fabrik für die Fertigung von Geldschränken unterhalten hat?[131]

Solche Unsicherheiten müssen auch für die Akademiker in freien Berufen beachtet werden, also jene, deren Väter zum Beispiel Ärzte, Apotheker oder Rechtsanwälte und/oder Notare waren. Dies sind immerhin rund 10 Prozent der Väter der Karlsruher Bundesrichter zwischen 1950 und 1965 gewesen. Ein Nurnotariat oder ein Anwaltsnotariat in günstiger Lage konnte erhebliche Einnahmen generieren. Bekannt ist aber

125 Zeitzeugeninterview mit Burkhard von der Mühlen, Köln, 25.1.2023.
126 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 175.
127 BA, Pers 101/75862, Personalblatt.
128 BA, Pers 101/75944, Personalblatt.
129 LA NRW, HSA-Pe Nr. 17755, Beförderungsvorschlag 1965.
130 S. Ein Wunder, in: *Quick*, Mai 1963. Am Bundessozialgericht gab es ebenfalls blinde Richter, s. Rudloff/Miquel, Das Bundessozialgericht, S. 123.
131 BA, Pers 101/39834, Personalblatt.

auch, dass viele Anwaltsnotare in Westfalen oder einige Nurnotare im Rheinland etwa mit einem denkbar geringen Einkommen auskommen mussten.[132]

Wenn also sicherlich auch ein großer Teil der Bundesrichter am BGH bis 1965 aus bürgerlichen und vielfach aus Beamten-Elternhäusern und darunter vorwiegend aus Lehrerhaushalten kam, so lässt sich mit dieser Feststellung allein der seit der Weimarer Republik erhobene Vorwurf der Unkenntnis anderer als bürgerlicher Lebensweisen oder gar der „Klassenjustiz" kaum beweisen.[133] Auch der Befund von Godau-Schüttke, es handle sich bei den Bundesrichtern schlicht zu über 90 Prozent um Mittelschichtangehörige, die „keine soziale Pluralität" aufwiesen, greift deutlich zu kurz.[134] Vielmehr gilt es, jenseits vergröbernder Schichtenzuordnungen die Biographien genauer zu berücksichtigen, die eine erstaunliche Varianz hinsichtlich der Herkunft und der ökonomischen Kapazitäten der Elternhäuser aufweisen. Und es gilt zu beachten, dass sich eine allmähliche, langsame Veränderung nach 1950 bemerkbar machte, dass jüngere Bundesrichter häufiger eine Herkunft aufwiesen, die nicht dem klassischen Beamtenmilieu der Richterschaft entsprach.

Konfession und Familie

Häufig genannte Persönlichkeitsfaktoren, die das richterliche Handeln beeinflussen, sind die konfessionelle Zugehörigkeit und die familiären Strukturen, in denen die Richterinnen und Richter leben. Sie waren in den 1950er Jahren auch im Bundesjustizministerium bei der Personalauswahl ein hoch relevanter Faktor.[135] Von einem der hier in Rede stehenden 178 Richter war keine konfessionelle Zugehörigkeit zu ermitteln. Die Grundgesamtheit, über die Aussagen gemacht werden können, besteht folglich aus 177 Personen. Von diesen waren 35,5 Prozent katholisch, knapp 61,6 Prozent evangelisch, rund 2,8 Prozent waren konfessionslos oder gehörten anderen Glaubensbekenntnissen an. In diesen Zahlen inbegriffen sind auch jene, die in der NS-Zeit wegen ihrer jüdischen Vorfahren verfolgt, tatsächlich aber längst evangelisch geworden waren. Höchstens einer oder zwei waren nach 1945 praktizierende Angehörige der jüdischen Glaubensgemeinschaft.[136] Die Zahlen sind allerdings mit Vorsicht zu interpretieren, denn der Krieg hatte bei manch einem auch Spuren in der Glaubensüberzeugung hinterlassen, die die formale Angabe des Glaubensbekenntnisses in den Personalunterlagen nicht erkennen lassen. So berichtete die Tochter des Bundesrichters Albrecht Spengler im Interview, dass die Familie zwar evangelischer Konfession gewesen sei und auch die Kinder evangelisch getauft wurden, der Vater aber ebenso

132 S. Kißener/Roth, Westfälisches Anwaltsnotariat, S. 47; Kißener/u. a., Das rheinische Nurnotariat, S. 26.

133 So auch Heldrich, Juristen, S. 528.

134 Godau-Schüttke, Entnazifizierung, S. 192.

135 Apostolow, Der „immerwährende Staatssekretär", S. 141.

136 Hier lassen sich die von Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 192 auf kleinerer Datenbasis gewonnenen Ergebnisse in etwa bestätigen.

wie die Mutter durch das Erlebnis des Krieges zu echten Atheisten geworden seien, die keinerlei Kontakt zur Kirche mehr unterhalten hätten.[137]

Nicht zuletzt aufgrund der Naturrechtsrenaissance nach 1945, die der erste Präsident des BGH, Hermann Weinkauff, zu fördern suchte, wobei er selbst evangelischen Glaubens war, kam gelegentlich die Befürchtung auf, die Justiz könne in der neu entstandenen Bundesrepublik allzu sehr katholisch dominiert werden. Angesichts der Konfessionsverteilung im BGH in den ersten 15 Jahren des Bestehens dieses Gerichts muss diese Befürchtung verwundern, zumal der deutlich geringere Katholikenanteil einmal mehr auf das überkommene katholische Bildungsdefizit verweist,[138] das in den 1950er und 1960er Jahren als Problem erkannt worden ist. Auch Bundesrichter Helmut Simon, der 1962 ein Buch mit dem Titel *Katholisierung des Rechtes?* veröffentlichte, sah die Gefahr einer katholischen Dominanz im Rechtsdenken nicht.[139] „Höchst problematisch“, so meinte er, werde die Lage nur dort,

> wo das Naturrecht in intolerant-perfektionistischer Verabsolutierung auftritt, und vor allem dort, wo einseitige Forderungen des Kirchenrechts durchgesetzt werden sollen. Das ist auch in einer funktionierenden freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie nur solange nicht gefährlich, wie Organe der Rechtspflege, die dem pluralistisch-freiheitlichen Charakter unseres Gemeinwesens verpflichtet sind, und eine wache öffentliche Meinung sowie einzelne streitbare Demokraten dafür sorgen, daß übersteigerte Forderungen dem Läuterungsprozeß des Meinungsstreits im Für und Wider ausgesetzt werden.[140]

Einzelne Richter, sowohl katholische wie evangelische, sind in hohem Maß der Kirche und ihrem Glauben verbunden gewesen, zum Teil auch aufgrund von Verfolgungserfahrungen im Nationalsozialismus. Zu diesen gehörte sicher Bundesrichter August Raske, der 1930 bis 1933 nach seinem zweiten juristischen Staatsexamen noch ein Studium der katholischen Theologie absolviert und zunächst als Hilfsrichter an der Klosterkammer Hannover gearbeitet hat. Seine starke konfessionelle Prägung dürfte einigen Einfluss auf seine Tätigkeit im IV. Zivilsenat des BGH gehabt haben, wo er für eine enge Auslegung des Scheidungsrechts bekannt war, wie die Analyse der BGH-Rechtsprechung in Band 2 dieser Studie nachweist.[141] Ähnliches dürfte auch für Bundesrichter Georg Graf gelten, der eine kirchenrechtliche Doktorarbeit geschrieben hat und in der Görres-Gesellschaft sehr aktiv war.[142] Auf evangelischer Seite wäre etwa Bundesrichter Fritz Flitner zu nennen, im 4. Strafsenat tätig, und nach dem Krieg zunächst als Mitarbeiter beim Hilfswerk der Evangelischen Kirche engagiert, wo Kriegsheim-

137 Zeitzeugeninterview mit Barbara Spengler-Axiopoulos, 17.8.2023.
138 S. dazu Erlinghagen, Katholisches Bildungsdefizit.
139 Simon, Katholisierung des Rechtes.
140 Simon, Katholisierung des Rechtes, S. 50.
141 Richterwahl im IV. Zivilsenat, in: *BNN*, 13.12.1967.
142 BA, Pers 101/75881, Käthe Graf an Bayerisches Justizministerium, 19.7.1946.

kehrern ebenso geholfen wurde wie verurteilten Kriegsverbrechern in ausländischen Gefängnissen.[143]

Blickt man auf die familiären Verhältnisse der BGH-Richterinnen und Richter, so fällt auf, dass, wie kaum anders zu erwarten für die 1950er Jahre, das traditionelle Familienbild noch deutlich dominant war. Allerdings sind doch auch schon einige Risse darin sowie abweichende Lebensentwürfe erkennbar. Fast 84 Prozent der Richter und eine Richterin waren verheiratet, zwei davon mit einer geschiedenen Frau. Elf Richter waren verwitwet, allerdings bald wiederverheiratet. Die Ehen von acht Richtern (knapp 4,5 Prozent) wurden geschieden, immerhin zehn Richterinnen und Richter (5,6 Prozent) blieben unverheiratet. Wie viele „uneheliche Kinder" die BGH-Richter damals hatten, lassen die Personalakten nicht erkennen – zumindest in einem Fall ist von der Existenz eines „unehelichen Kindes" im Rahmen eines Zeitzeugeninterviews berichtet worden, für das der Vater auch über Jahre hinweg Unterhalt gezahlt hat. Die vom Krieg angestoßene allmähliche Auflösung traditioneller sittlicher Verhaltensweisen, die für die Zeit nach 1945 von der Forschung konstatiert wird,[144] findet demnach auch bei den Karlsruher Richtern eine Entsprechung.

In den mit Abstand meisten Ehen kamen ein bis drei Kinder zur Welt (rund 57 Prozent), mehr als drei Kinder gab es in knapp 20 Prozent der Ehen, aber aus mehr als 22 Prozent der Ehen gingen – aus welchen Gründen auch immer – keine Kinder hervor. Damit setzte sich fort, was bereits in der Weimarer Zeit in der höheren Beamtenschaft zu beobachten gewesen war: Je höher der Rang des Beamten, desto weniger (meist zwei) Kinder waren in den Familien zu finden, denen allerdings eine besonders gute Ausbildung vermittelt wurde.[145] Die Ehefrauen der Richter dürften in ihrer großen Mehrzahl keine regelmäßige Berufstätigkeit ausgeübt haben.[146] In fünf Fällen von Richtern, die um oder deutlich nach der Jahrhundertwende geboren worden waren, ist jedoch dokumentiert, dass die Ehefrauen promoviert und berufstätig waren, sei es als Ärztin oder auch als Juristin. Die Ehefrau von Bundesrichter Georg Scheffler war die erste Bundesverfassungsrichterin Erna Scheffler. Mit ihr arbeitete Bundesrichter Scheffler gleichsam kongenial zusammen; sie galt daher, etwas spöttisch, als die sechste Stimme in seinem fünfköpfigen BGH-Senat. Das klassische Rollenbild gab es in der Ehe der Schefflers nicht, Erna Scheffler war eine engagierte Verfechterin von Frauenrechten und trat unentwegt für die Festigung einer fortschrittlichen Demokratie in Deutschland ein.[147] Die Ehefrau von Bundesrichter Claus Seibert war Künstlerin und lebte in ihrer Familie eine eigene berufliche Existenz mit allen Verpflichtungen und

143 BA, Pers 101/39805, Beurteilung des Hilfswerks der Evangelischen Kirche, Zentralbüro, 2.1.1950.
144 Herzog, Die Politisierung der Lust, S. 89 f.
145 Fattmann, Bildungsbürger, S. 79, 83–86.
146 So auch schon in der Weimarer Republik, S. Fattmann, Bildungsbürger, S. 87.
147 Jaeger, Erna Scheffler, S. 197–202, hier S. 199, 202; Hansen, Erna Scheffler, S. 83–85.

Notwendigkeiten, die daran hingen.[148] Veränderungen im Privatleben der Richter deuteten sich also an, wenn auch nur sehr allmählich.

Politische Aktivität vor 1933

Klassischerweise sind politische Haltungen im Elternhaus, Erfahrungen in Jugendbünden oder auch das politische Umfeld im Studium zwischen dem Ende des Kaiserreichs und dem Beginn der bundesdeutschen Geschichte geeignet gewesen, die politische Haltung des damals jungen Beamtennachwuchses zu bestimmen. Das war auch bei den hier in Rede stehenden 178 Richtern so, und es ist davon auszugehen, dass auch dies die spätere Grundeinstellung und damit auch die Rechtsprechung dieser Justizjuristen beeinflusst hat.

Von rund 15 Prozent der BGH-Richter der Nachkriegszeit ist in ihren Personalakten festgehalten, dass sie schon in der Weimarer Republik einer politischen Partei angehört haben, vermutlich sind es mehr gewesen. Denn während der NS-Zeit hatte niemand ein Interesse daran, eine Mitgliedschaft in einer demokratischen Partei publik zu machen, weil das außerordentlich karriereschädlich werden konnte.

Die meisten von ihnen, nämlich neun katholische Richter, waren Mitglied der Zentrumspartei gewesen – ein guter Beleg für die zu dieser Zeit noch relative Geschlossenheit des katholischen Milieus, in dem es zum guten Ton gehörte, in der Zentrumspartei zu sein, wenn man sich denn politisch betätigen wollte. Immerhin drei Richter und eine Richterin, Elisabeth Krumme,[149] waren Mitglied in der SPD gewesen – das ist eine vergleichsweise hohe Zahl, galt die SPD doch in der Weimarer Zeit zwar als tragende Säule der Republik. Doch der immer noch revolutionäre Anspruch des Parteiprogramms war in der Regel für Staatsdiener aller Art Grund genug, diese Partei nicht wählen, geschweige denn ihr angehören zu können. Vier Richter waren Mitglied in der DDP, die bei der Gründung der Republik eine bedeutende Rolle gespielt, dann aber massiv an Stimmen verloren hatte. Unter diesen befindet sich auch Günther Willms, der in seiner Autobiographie seine starke demokratische Politisierung durch sein Elternhaus anschaulich geschildert hat. In Aufsatzbeiträgen für die *Werkhefte junger Katholiken* trat er auch ganz offen und kämpferisch für den Schutz der Republik und der Weimarer Demokratie ein.[150] Vier Richter waren schließlich auch in der DVP gewesen, der Partei Gustav Stresemanns, einer Beamtenpartei, die im Hinblick auf die Demokratie nicht zu deren unbedingten Verfechtern gehörte. Und zwei Richter, Carl Kirchner und Ulrich Weiss, waren in der verfassungsfeindlichen, teils antisemitischen

148 S. Zeitzeugeninterview mit Ulrich Seibert, Berlin, 28.6.2023.

149 BA, Pers 101/39825, Wahlvorschlag, o.Dat.

150 S. z. B. Willms, Politisches am Prozeß, S. 38–39 und den anschließenden mit „G. W.“ gezeichneten Artikel: Rechtsstaat; Willms, Geträumte Republik erklärt die damals noch ungewöhnliche politische Positionierung des geprägten Katholiken Willms und seines Elternhauses in der liberalen DDP.

und monarchistischen DNVP.[151] Heinz Bukow war schon 1931 der NSDAP beigetreten. Überzeugte Demokraten dürften sie alle während der Weimarer Jahre nicht gewesen sein.[152]

Für die große Mehrheit der Richterinnen und Richter hat demgegenüber gegolten, was Karl Nastelski später in seinem Entnazifizierungsbogen festgehalten hat: Er sei trotz seiner Sympathie für (in seinem Fall) die DDP und die DVP nie in einer politischen Partei aktiv gewesen, weil er grundsätzlich der Meinung sei, „dass es für mich als Richter besser sei, keiner Partei anzugehören".[153] Hinter dieser von so vielen Richtern geübten scheinbaren parteipolitischen Abstinenz stand die Vorstellung von vielen Beamten und Richtern der Weimarer, aber auch noch der Nachkriegsjahre, sie seien Sachwalter eines über allem politischen Parteienstreit schwebenden abstrakten Staates, dem alleine sie zu dienen und um dessen Schutz willen sie sich aus allem politischen Hader herauszuhalten hätten.[154]

3.2.2 Erfahrung des NS-Staates

Mitgliedschaft in der NSDAP

Umso erstaunlicher mag es auf den ersten Blick erscheinen, wie schnell sich gerade auch Vertreter dieser Ansichten dann 1933 und in den Folgejahren der politischen Partei NSDAP angeschlossen haben. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, was der jüdische Emigrant Sebastian Haffner bereits 1940 betont hat: Die Frage „Wer ist ein Nazi? Wie erkennt man ihn?" lasse sich nicht einfach dadurch beantworten, dass jemand Mitglied einer NS-Parteiorganisation sei oder die Hakenkreuzfahne aus dem Fenster hänge. Auch die moderne NS-Forschung zieht in Zweifel, wieviel formale Mitgliedschaften über innere Einstellungen im etablierten NS-Staat aussagen. Vielmehr sei eine „situative Historisierung" notwendig und „konkrete Praktiken spezifischer Teilhabe an der NS-Diktatur" zu beobachten, um ein überzeugtes Mittun im Sinne des NS-Staates zu erfassen.[155] Diesem Vorschlag entspricht die weitere Untersuchung. Grundsätzlich ist zumindest festzuhalten, dass 84 Prozent der hier untersuchten Richterinnen und Richter im Justizdienst des „Dritten Reiches" bereits tätig gewesen sind[156] und sich in die-

151 S. zu Weiss BA, Pers 101/41366, Wahlvorschlag vom 19.1.1953. Zu Kirchner s. BA, Pers 101/39822, Personalblatt. Auch Günther Wilde war 1919 kurzzeitig in der DNVP gewesen.

152 Zu den Weimarer Parteien s. im Überblick Neumann, Die Parteien.

153 BA, Pers 101/40021, Erklärung zu Punkt E 41 des Entnazifizierungsfragebogens.

154 Gelegentlich wird diese Haltung auch als Ausdruck einer „etatistischen" Staatsauffassung gewertet. S. dazu Meinel, Etatismus, Version 8.6.2022, in: Staatslexikon online, URL: https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Etatismus [abgerufen am 15.1.2024].

155 Steuwer/Leßau, Wer ist ein Nazi, S. 30–51, hier S. 30, 50.

156 So schon vielfach festgestellt, u. a. bei Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 332.

ser Tätigkeit gar nicht einmal in besonderem Maße „formal“ nazifiziert hatten.[157] Bis auf eine Ausnahme liegen zu allen späteren BGH-Richterinnen und Richtern valide Zeugnisse über ihre Parteimitgliedschaft vor, und diese beweisen, dass „nur“ 58,1 Prozent im Zeitraum zwischen 1931 und 1945 der NSDAP beigetreten sind, mithin 41,9 Prozent von ihnen nie der NSDAP angehört haben. Allerdings trügen diese Zahlen und verschleiern allzu leicht, dass die Anpassung an den NS-Staat auch bei den späteren BGH-Richtern weiter ging und vielfältiger war, als sie selbst es zugeben wollten, ja auch Formen annahm, die die Forschung bislang nicht berücksichtigt hat.

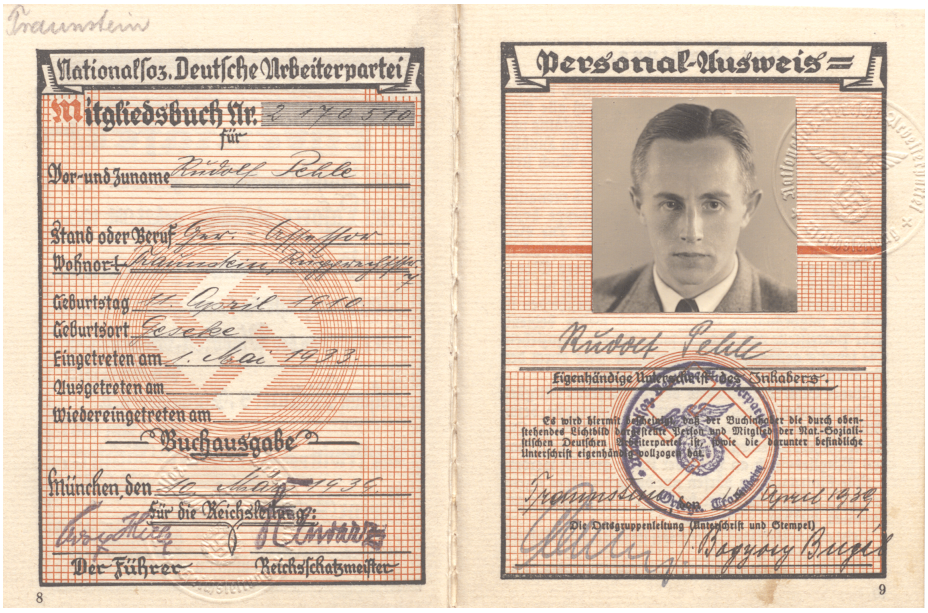


Abb. 5: NSDAP-Mitgliedsbuch von Rudolf Pehle
Quelle: STA München, SpKA_K_1300_Pehle_Rudolf_0008.tif

Hinsichtlich der Zahl der Nicht-Parteigenossen ist zunächst folgendes zu bedenken: Die rassisch und politisch Verfolgten wollte die NSDAP ohnehin nicht in ihren Reihen sehen. Auch die später am BGH tätigen drei Richterinnen konnten sich einer Parteimitgliedschaft leicht entziehen – auf sie legte der NS-Staat weder als Richterinnen noch als Mitglieder der NSDAP besonderen Wert. Ältere Richter und solche in hohen Stellungen waren recht gut in der Lage gewesen, sich vor einer politischen Vereinnah-

157 Zum Vergleich: In der sehr liberalen badischen Justiz waren am Ende 65 Prozent der Richter Parteigenossen. S. Kißener, Zwischen Diktatur und Demokratie, S. 325, unter den relativ freien westfälischen Anwaltsnotaren waren knapp 70 Prozent in der NSDAP. S. Kißener/Roth, Westfälisches Anwaltsnotariat, S. 142 f.

mung durch die NSDAP zu schützen. Carl Kirchner hat jedenfalls einmal behauptet, dass kein Reichsgerichtsrat es nötig gehabt habe, Parteigenosse zu werden, dies sei für Reichsgerichtsräte relativ leicht zu vermeiden gewesen.[158] Da anfänglich ja gerade Reichsgerichtsräte zum Aufbau des BGH gesucht waren, beeinflussen diese die Bilanz natürlich auch positiv. Sodann wollten einzelne auch durchaus Mitglied der NSDAP werden, wurden aber nicht akzeptiert: Der spätere BGH-Richter Hans Drost wurde beispielsweise abgelehnt, weil er mit 60 Jahren zu alt war und die Partei nicht glaubte, dass er sich auch angesichts seiner Arbeitsbelastung hinreichend aktiv in der Bewegung einsetzen würde.[159] Auch der blinde Richter Hans-Eugen Schulze wollte 1942 Parteigenosse werden, doch die Partei wollte keine Mitglieder mit „Behinderungen".[160] Einige Richter waren beitrittswillig, wurden aber wegen ihres politischen Vorlebens oder weil sie sich anpassungsunwillig zeigten definitiv abgelehnt. So kam der spätere BGH-Präsident Bruno Heusinger nicht in die NSDAP, weil er sich als Oberlandesgerichtspräsident in Braunschweig aus Sicht der neuen Machthaber nicht bewährt und dauernd politische Schwierigkeiten gemacht hatte.[161] Dem späteren Bundesrichter Karl Mannzen nahm die Partei seine frühere Mitgliedschaft in der SPD und im Reichsbanner so übel, dass man den durchaus anpassungswilligen mehrfachen Familienvater nicht nur nicht in den Justizdienst übernehmen wollte, sondern ihm auch den Parteieintritt versagte, ohne den Mannzen glaubte, keine berufliche Zukunft zu haben. Mit einem Schreiben an das Preußische Justizministerium vom 26. April 1933 versuchte er, sich aus seiner „sozialdemokratischen Belastung" mit abenteuerlichen Argumentationen herauszuwinden, den aufrechten, aber politisch wandlungsfähigen Ehrenmann unter Beweis zu stellen und sich den Machthabern zu unterwerfen. Doch selbst eine solche Selbsterniedrigung reichte nicht. Erst 1938 ließ man ihn auf eine planmäßige Anstellung als Amtsgerichtsrat in Ludwigshafen am Rhein, weit weg von seiner Heimat, kommen, erst 1941 wurde er in die Partei aufgenommen.[162]

Daneben gab es dann aber immerhin nicht wenige, die es durch geschicktes Taktieren, Versetzung, Flucht in eine Tätigkeit als Rechtsanwalt oder in die Wirtschaft vermieden haben, der Partei Hitlers beizutreten. Immerhin 58,1 Prozent der späteren BGH-Richter aber waren der NSDAP bis 1945 definitiv beigetreten. Die meisten dieser Parteibeitritte (86) erfolgten dabei erst nach Aufhebung einer 1933 verhängten Eintrittssperre 1937 oder noch später. 28 gehörten zu den sogenannten Märzgefallenen, also jenen, die noch rasch vor der Eintrittssperre Parteigenossen geworden sind, aus welchen Motiven auch immer. Und nur ein einziger BGH-Richter, Heinz Bukow, war

158 STA Hamburg, Best. 221-11 Nr. L 1620, Erklärung Dr. Kirchner vor Staatsanwalt Wrede, Celle, 26.6.1947.

159 BA, R 9361-II.182551, Beschluss des Gaugerichts Sachsen, 4.9.1942.

160 BA, R 9361-II.911472, Ablehnung des Aufnahmegesuchs, 23.12.1942.

161 BA, Pers 101/48816, Gauleitung Süd-Hannover-Braunschweig an Staatsminister Alpers, 26.4.1934.

162 Nds. JM Hannover, Personalakte Karl Mannzen, PA Preußisches Justizministerium, Mannzen an Preußisches Justizministerium, 26.4.1933.

schon 1931 der NSDAP beigetreten, wie er später erklärte als 19-jähriger Idealist, der diesen Fehler bald schon bereut habe.[163] Damit entsprach das Beitrittsverhalten der späteren BGH-Richter so ziemlich dem allgemeinen Verhalten der deutschen Beamtenschaft.[164]

Gerne wird in neueren Arbeiten zur politischen Belastung der frühen bundesdeutschen Beamten- und Richterschaft auch festgestellt, dass sich der formale „Nazifizierungsgrad“ der Eingestellten im Laufe der Zeit sogar erhöht und nicht abgenommen habe.[165] Das lässt sich auch für den BGH sagen: Unter den ersten 1950 eingestellten Richterinnen und Richtern waren nur 11 Parteigenossen, das waren 31,4 Prozent. Die elf in den Jahren 1964 und 1965 ernannten Bundesrichter waren hingegen zu 45 Prozent Mitglied der NSDAP gewesen, nimmt man diejenigen hinzu, die vor einem möglichen Parteieintritt in den NS-Jugendorganisationen aktiv gewesen waren, käme man sogar auf 72,2 Prozent. Doch solche Auszählungen besagen an sich wenig: Unter den Nichtparteigenossen des Einstellungsjahrgangs 1950 befanden sich zum Beispiel die anderweitig politisch schwer belasteten Bundesrichter Ernst Mantel und Werner Hülle, die aber nie Mitglied der Hitlerpartei geworden waren. Andererseits war es für die in der NS-Zeit noch sehr jungen Nachwuchsrichter, die erst am Ende unseres Untersuchungszeitraumes zum BGH kamen, viel schwieriger im etablierten NS-Staat sich der NSDAP-Mitgliedschaft zu entziehen. Es dürfte daher wichtiger sein festzustellen, dass 1964 und 1965 sieben neue Bundesrichter mindestens ihr zweites Staatsexamen erst nach 1945 abgeschlossen haben und damit unter rechtsstaatlichen Verhältnissen ausgebildet worden waren. Dies dürfte ihr richterliches Handeln mehr beeinflusst haben als die in jungen Jahren erworbene Parteimitgliedschaft, die angesichts der Kriegserfahrungen auch manch einer bereut haben mag. In jedem Fall sind sie Teil eines Generationswechsels gewesen, der ab den 1960er Jahren auch im BGH sehr spürbar geworden ist.[166]

Was hatte die vielen Richter, die sich als unabhängige Sachwalter reiner Staatlichkeit von Parteipolitik immer hatten fernhalten wollen, bewegt, sich der Partei Hitlers anzuschließen? Waren sie der Propagandalüge von der Einheit von Partei und Staat, die Hitler ab 1933 propagierte, aufgesessen? War der nationalsozialistische Staat viel-

163 BA, Pers 101/75783, Lebenslauf, 9.10.1949.

164 S. Falter, Hitlers Parteigenossen, S. 252.

165 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 194 f. So auch Rottleuthner, Karrieren und Kontinuitäten, S. 66, 84, 92 der ein Absinken der Zahl von BGH-Richtern, die vor 1945 bereits im Dienst waren, erst für die Zeit nach 1964 festgestellt hat. Rottleuthner sieht in der Weiterbeschäftigung der älteren Juristen eine Ursache für deren Berufszufriedenheit und Anpassungsbereitschaft an die neuen politischen Rahmenbedingungen.

166 S. Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 131. Im Jahresbericht für den Bundesgerichtshof 1967, Karlsruhe 1967, S. 4 rechnete BGH-Präsident Heusinger vor, dass in seiner Amtszeit (1960–1968) elf von 15 Senatspräsidenten neu ernannt worden seien und mehr als die Hälfte der amtierenden Bundesrichter ihr Amt angetreten hätten. Der rasche Generationswechsel habe viele neue Ideen und Ansichten, aber auch eine schwierige Einarbeitung so vieler neuer Kräfte mit sich gebracht.

leicht gar genau der Staat gewesen, den sie als starken Staat nach dem Untergang der Monarchie immer erträumt hatten und dessen Staatspartei sie deshalb aus voller Überzeugung unterstützten, wie manche meinen? Oder waren es Druck, Zwang, gar rohe Gewalt gewesen, die die Richter in die Partei Hitlers bewegt hatte, wie naturgemäß viele nach 1945 behaupteten?

Ein genauer Blick in die Richterbiographien zeigt ein sehr differenziertes Bild, das Elemente von Zwang ebenso wie Opportunismus, überzeugtes Mittun ebenso wie gleichgültige Hinnahme aufweist, in jedem Fall aber vorschnelle Pauschalurteile verbietet.[167] Der Hebel, die Gerichtsassessoren und auch die ernannten Richter zu regimekonformem Verhalten und auch zu einem Eintritt in die NSDAP zu bewegen, war die Mitbestimmung der Parteiorgane bei Ernennung und Beförderung der Beamten. Die 1935 eingeführte, freilich vielerorts zuvor schon angewandte, obligatorische politische Beurteilung durch den Stellvertreter des Führers, der bisweilen umfängliche Erkundigungen über den Kandidaten bei den Parteiorganen vor Ort vorausgingen, war in jedem Fall ein machtvolles Druckmittel, dem nur wenige standzuhalten vermochten.[168]

Das lässt sich bei den hier zu untersuchenden späteren BGH-Richtern in nicht gerade wenigen Fällen anhand von validen zeitgenössischen Dokumenten nachvollziehen, und zwar ganz unabhängig davon, ob es zu einem gewissen Zeitpunkt eine gesetzlich geregelte Verpflichtung zum Parteibeitritt bei Eintritt oder Beförderung im Justizdienst gegeben hat oder nicht. Denn auch Gruppendruck, Aufrufe der Standesorganisationen oder auch nur ebenso vielsagende wie diskrete Hinweise von Vorgesetzten oder Parteifunktionären, dass ein Parteibeitritt der Karriere förderlich sein könnte, aber auch tatsächliche oder erfundene Beschwerden über die Beamten, die plötzlich und aus heiterem Himmel erhoben wurden, wirkten verstärkend.

Die Form, in der solche Aufforderungen auch in Kriegszeiten noch erfolgten, lässt sich beispielhaft bei Herbert Pfretzschner sehen, dem die Mitteilung zu seiner Übernahme in den Justizdienst mit dem Hinweis gemacht wurde: „Der Herr Reichsminister der Justiz erwartet, dass sich der Gerichtsassessor künftig in der NSDAP oder in den ihr angeschlossenen Verbänden und Gliederungen betätigt. Ich bitte, ihm dies zu eröffnen.“[169] Pfretzschner war schon 1937 in die Partei eingetreten, insofern war diese Aufforderung für ihn kein Problem.

Das war bei Josef Mormann anders gewesen: Er war 1936 sogar aus der SA ausgetreten, der er 1933 beigetreten war, in der er sich aber nie aktiv beteiligt hatte. Das war dem Stellvertreter des Führers aufgefallen. Mormann glaubte sein Verhalten gut

167 Auch Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 334 weist zurecht darauf hin, dass die Mitgliedschaft in der NSDAP sehr unterschiedlich motiviert war. Auf die Problematik, eine „NS-Belastung“ hinlänglich zu definieren, weisen Beer/Güttler/Ruhkopf, Behördenforschung, S. 637 f. hin und plädieren S. 645 für eine historische Kontextualisierung des Verhaltens.

168 Gruchmann, Justiz im Dritten Reich, S. 207 f. S. zum Beitrittszwang auch Falter, Hitlers Parteigenossen, S. 245, 252.

169 BA, Pers 101/76094, OLG-Präsident an AG-Präsident, 28.2.1940.

mit Umzügen und hoher dienstlicher Belastung begründen zu können.[170] Doch das reichte nicht: Martin Bormann fand, dass Mormann es an politischem Eifer für die NS-Bewegung fehlen lasse. Erst wenn er Interesse und Einsatzbereitschaft zeige, könne man über die Ernennung zum Landgerichtsrat und damit Festanstellung im Justizdienst reden.[171] Nachdem er 1937 in die Partei aufgenommen worden war, wurde die planmäßige Anstellung gewährt. Aber der Parteiapparat vergaß nichts. 1939 vermerkte der zuständige Oberlandesgerichtspräsident noch, dass ein Einsatz Mormanns in der „Ostmark“ wohl ausgeschlossen sei, weil die Partei sich bei einer entsprechenden Beantragung gewiss erinnern werde, dass man ihm drei Jahre lang die planmäßige Anstellung wegen mangelnden politischen Einsatzes verwehrt habe.[172]

Bei bereits planmäßig angestellten Richtern gab es auch andere Mittel und Wege, ein parteikonformes Verhalten sicherzustellen. Das hatte Roderich Glanzmann erleben müssen, der sich abgeordnet an das Entschuldungsamt Donaueschingen erfolglos auf den Leitungsposten des dortigen Amtsgerichts beworben hatte. Kaum, dass er diese Absicht kundgetan hatte, setzten plötzlich und völlig unerwartet Beschwerden gegen seine Amtsführung ein. Glanzmann zog erschrocken seine Bewerbung zurück und erfuhr in einem Gespräch mit dem NSDAP-Kreisleiter die wahren Gründe für seine plötzlichen Probleme. In einem Brief an den Oberlandesgerichtspräsidenten in Karlsruhe berichtete er:

> Der Herr Kreisleiter hat mir erklärt, daß es von vorn herein sein Wunsch gewesen sei, auf der Vorstandsstelle des hiesigen Amtsgerichts einen Parteigenossen zu sehen […] Hauptsächlich aus diesem Grunde habe er sich gegen meine Person ausgesprochen. Durch Erhebungen an meinem früheren Wohnsitz habe sich ergeben, daß mein Vater früher Mitglied der Zentrumspartei gewesen, und daß auch ich in dieser Hinsicht belastet sei. Man könne mir das natürlich nicht dauernd nachtragen, doch könne man mich unter diesen Umständen nicht als den geeigneten Inhaber der fraglichen Stelle ansehen.

Der Kreisleiter habe es abgelehnt, die Personen zu nennen, die behauptet haben sollen, er sei unfreundlich und überheblich zu den Rechtsuchenden. Gleichwohl meinte er, es sei wohl schon „richtig, daß ich als hochmütig gelten würde; ich hielte mir offenbar meine Prüfungsergebnisse zu sehr zugute“.[173] Glanzmann trat nach dieser Erfahrung in die NSDAP ein und konnte zwei Jahre später Regierungsrat im Reichsversicherungsamt in Berlin werden.

Einige versuchten auch, dem Druck zum Parteibeitritt dadurch auszuweichen, dass sie die Mitgliedschaft in den Gliederungen und angeschlossenen Verbänden der

170 BA, Pers 101/76041, Stellvertreter des Führers an RJM, 21.12.1936, Dienstliche Erklärung Josef Mormanns, 23.01.1937.

171 BA, Pers 101/76041, Stellvertreter des Führers an RJM, 9.3.1937.

172 BA, Pers 101/76041, Vermerk des OLG-Präsidenten, 9.8.1939. Vergleichbare Fälle: Wilhelm Meiß, BA, Pers 101/48870, Ludwig Peetz, der zur Verwendung in der Dienststrafkammer nicht in Frage kam, weil er nicht Parteimitglied war, s. BA, Pers 101/48892, Stellvertreter des Führers an RJM, 6.11.1937.

173 BA, Pers 101/75876, Glanzmann an OLG-Präsident Karlsruhe, 6.1.1937.

NSDAP beantragten, die ohnehin angeraten erschien, um die geforderte Einsatzbereitschaft für den neuen Staat zu zeigen. So lässt sich der bei den späteren BGH-Richtern recht häufig festzustellende Eintritt in die SA 1933 erklären. Zwar hatte Ernst Röhms Straßenterrororganisation keinen guten Ruf, doch bekam die SA durch die massenhafte Aufnahme von Neumitgliedern, insbesondere nach der Parteieintrittssperre im Mai 1933, schnell einen ganz anderen Charakter. Allein die geschlossene Aufnahme von rund einer Million ehemaliger Stahlhelmmitglieder in die SA, die Anfang 1933 selbst gerade einmal rund 500.000 Mitglieder gehabt hatte und die für hohe Fluktuationsraten bekannt war, lässt erkennen, dass eine SA-Mitgliedschaft für all jene eine akzeptable Option sein konnte, die die geforderte Konformität nachweisen wollten, die sich aber eigentlich nicht politisch betätigen wollten. Zwar wurde auch in der SA ein Parteieintritt gefordert, doch nie wirklich kontrolliert, so dass der Anteil der Parteigenossen in der SA auf unter 30 Prozent geschätzt wird. Nachdem Röhms Kalkül, mit einer riesigen SA-Truppe seinen Anteil an der Macht erzwingen zu wollen, durch Hitlers Niederschlagung des sogenannten Röhm-Putsches 1934 gescheitert war, wurde der ehemals rüpelhafte Saalschutz ohnehin mehr und mehr eine paramilitärische und sportfördernde Großorganisation mit schwächer werdender Bedeutung.[174]

Schon aufgrund des hohen sozialen Drucks, der durch den massenhaften Beitritt von Juristen zum BNSDJ beziehungsweise ab 1936 NSRB entstand, wird man die Mitgliedschaft in dieser NS-Organisation als geradezu obligatorisch bezeichnen müssen.[175] Oft wurde auch der Reichsluftschutzbund oder der Reichsbund der Deutschen Beamten gewählt, mit denen man als öffentlich Bediensteter wenig Parteipolitisches verband. Als vergleichsweise „harmlos“ und wenig politisch wurde zeitgenössisch besonders eine Teilnahme an den sozialen Aktivitäten der NSV angesehen.[176] Joseph Engels etwa hatte damit Erfolg. Ihm wurde vorgeworfen, vor 1933 in politischen Prozessen mit Beteiligung von Parteiangehörigen sich feindlich gegenüber der NSDAP verhalten und sich auch nach 1933 politisch nicht umgestellt zu haben. Als bester Beweis dafür wurde seine Weigerung, in die NSDAP einzutreten, gesehen. Daher blieb er jahrelang Gerichtsassessor ohne Festanstellung. Erst als er 1937 endlich in die NSV eintrat und für sie als Blockwart tätig wurde, nahm der Stellvertreter des Führers in seiner politischen Beurteilung Bedenken zurück und genehmigte die Anstellung, allerdings nicht in Gebieten mit vorwiegend katholischer Bevölkerung. So musste der geprägte Katholik Engels seine Heimat Duisburg verlassen und in Berlin neu anfangen.[177]

Im Extremfall, wie bei Carlhans Scharpenseel, wurde eine Entlassung auch tatsächlich umgesetzt, um Unbotmäßigkeiten zu brechen. Am 13. März 1939 erhielt er seine Entlassung aus dem Reichsdienst mit dem klaren Hinweis, diese Entscheidung

174 S. Longerich, Die braunen Bataillone, S. 183 f.; Jamin, Zur Rolle der SA, S. 329–358, hier S. 331–334.
175 Zum NSRB s. Sunnus, Der NS-Rechtswahrerbund.
176 Hammerschmidt, Die Wohlfahrtsverbände, S. 189 f.
177 BA, Pers 101/75808, Stellvertreter des Führers an RJM, 13.3.1936 und 24.4.1938.

könne nur revidiert werden, wenn er „sich rege in der Bewegung betätige“.[178] Vorausgegangen waren jahrelange Beschwerden der Parteiorgane über Scharpenseel, die im politischen Führungszeugnis der Gauleitung Westfalen-Süd 1937 zusammengetragen wurden. Scharpenseel, so war darin zu lesen, biete nicht Gewähr, sich für den NS-Staat einzusetzen. Er habe dem Zentrum nahegestanden und sei auch heute noch ein „Zentrumsmann“. Er gebe nichts bei Sammlungen, flagge an Feiertagen nur, wenn der NSDAP-Blockleiter ihn dezidiert dazu auffordere, auch seine Angehörigen hielten vom Nationalsozialismus Abstand. Das Reichsjustizministerium habe ihn deshalb schon von Altena aus strafversetzt, eine spätere Anstellung im Staatsdienst sei praktisch ausgeschlossen.[179] Da sich an dieser Beurteilung auch 1938 nichts geändert hatte und 1939 eine gewisse Anpassung, die sich gezeigt habe, noch nicht als gefestigt galt, wurde er entlassen. Dann kam der Krieg, und Scharpenseel wurde eingezogen. Da er sich zur NSV gemeldet und einen Aufnahmeantrag in die NSDAP gestellt hatte, sah man ihn gegen Ende des Jahres für hinreichend rehabilitiert an und ließ vonseiten der Partei zu, dass er im Sommer 1940 zum Amtsgerichtsrat ernannt wurde.[180]

Der Parteibeitritt und das Engagement in NS-Organisationen schützte allein freilich auch nicht vor unliebsamen Nachfragen zur politischen Haltung eines Richters. Rudolf Börker war gleich 1933 in die NSDAP eingetreten, und zwar nach eigenem Bekunden, weil alle Richter des Landgerichts Halberstadt, an dem er als junger Assessor Dienst tat, gesammelt auf einer Liste den Eintritt beantragten und er nicht die Kraft fand, sich diesem Gruppendruck zu widersetzen. Sodann arbeitete er im NSRB eifrig mit, wurde Ortsgruppenobmann der Ortsgruppe Magdeburg-Sudenburg-Buckau, Gaupressewart des NSRB, kommissarischer Gaustellenleiter im Gaurechtsamt des Gaues Magdeburg und Leiter der Pressestelle am Landgericht Magdeburg. Als er sich jedoch als evangelischer Christ der Bekennenden Kirche zuwandte, verlor er sofort das Vertrauen der Partei und wurde kurzerhand aus allen seinen Funktionen entlassen, weil er, wie der Gauleiter von Magdeburg-Anhalt Rudolf Jordan ihm persönlich schrieb, „nicht die Gewähr biet[e], das Ihnen übertragene Amt nach nationalsozialistischen Grundsätzen zu verwalten.“[181]

Wie willkürlich bei alledem Konsequenzen aus einer Verweigerungshaltung von Richtern gezogen wurden, zeigt das Beispiel von Wilhelm Weber. Der Dresdner Oberlandesgerichtsrat war nicht in der Partei, was die Gauleitung Sachsen folgendermaßen bewertete: „Sein Auftreten ist so, daß man zwar annehmen kann, er stehe dem nationalsozialistischen Staate nicht als Gegner gegenüber, daß aber andererseits daraus

178 LA NRW, NW 1094, Nr. 1025, RJM an Scharpenseel, 13.3.1939.

179 BA, Pers 101/76150, Politisches Führungszeugnis NSDAP-Gauleitung Westfalen Süd, 31.8.1937.

180 S. BA, Pers 101/76150, diverse Beurteilungen der Gauleitung Westfalen-Süd aus den Jahren 1938 bis 1940.

181 Privatnachlass Börker, Berlin, Gauleiter Jordan an Börker, 3.9.1937, Gauführer NSRB Gau Magdeburg-Anhalt an Börker, 9.9.1937, Präsident des LG Magdeburg an Börker, 30.11.1937, Lebenslauf Börker, 3.3.1947.

auch nicht auf eine freudige Bejahung des nationalsozialistischen Staates geschlossen werden kann.“ Weber wehrte sich gegen den Vorwurf, er spende nicht genug: Mehr sei ihm nicht möglich, da er nicht mehr verdiene. Und mangelndes Interesse an der NS-Presse erklärte er damit, dass er doch die *Deutsche Richterzeitung* lese – das sei seines Wissens doch auch NS-Presse. Am Ende gab die Gauleitung auf und wollte ihm die politische Zuverlässigkeit nicht mehr absprechen. Nicht so jedoch der Stellvertreter des Führers, der ihn nach wie vor als Gegner der Bewegung einstufte – befördert wurde er nicht mehr, entlassen aber auch nicht. 1938 beantragte er, in die Wehrmachtsjustiz übernommen zu werden.[182]

Es brauchte vor dem Hintergrund solcher Erfahrungen schon Standfestigkeit, der Karriereaussicht, die mit der Verlockung eines Parteibeitritts verbunden war, zu widerstehen. Auch junge Gerichtsassessoren konnten diese Standfestigkeit aufbringen, wie das Beispiel von Günter Maaß zeigt, der sich dem Druck auf Eintritt in die NSDAP entzog, indem er eben nicht die sonst begehrte Anstellung im Justizdienst beantragte, sondern sein Auskommen in der Privatwirtschaft suchte. Angesichts des Zeugnisses, das er im Gemeinschaftslager Hanns Kerrl erhalten hatte, in das alle Referendare zur politischen Schulung und paramilitärischen Ausbildung gezwungen wurden, war das wohl auch der bessere Weg. Dort hieß es:

> Maaß, der seit 1934 Mitglied des B. N. S. D. J. ist, erreichte beim Aussendienst in keiner Weise den Durchschnitt. Er machte den Eindruck eines von Hause aus stark verzogenen Menschen, dem jede körperliche Anstrengung unangenehm ist. Deshalb zeigte er sich bei jeder Dienstverrichtung auch äusserst ungeschickt, ja geradezu hilflos. Im übrigen ist Maaß jedoch ein bescheidener, gutmütiger und sehr verträglicher Mensch, der sich in Kameradenkreisen großer Beliebtheit erfreute. Maaß hat die Leistungsprüfung für das SA-Sportabzeichen nicht bestanden.[183]

Die meisten Parteigenossen unter den späteren Richtern des BGH aber hatte man gar nicht so intensiv in die Partei drängen, ja zwingen müssen. Sie verstanden sehr schnell, was seit 1933 politisch von ihnen gefordert wurde, und traten der NSDAP gleichsam „problemlos“ bei, um ihre Karriere nicht zu gefährden, um die Familie abzusichern, um keine Auseinandersetzungen zu riskieren – und einige sicher auch, weil sie von der Sache Hitlers überzeugt waren oder mit der Zeit wurden. Was Bundesrichter Karl Nastelski bei seiner Entnazifizierung in einer fast naiven Weise erklärte, dürfte für viele zugetroffen haben:

> Ich war mir nicht bewusst, mit meinem Eintritt in die SA und später in die Partei irgendetwas Unrechtes zu tun. Die nationalsozialistische Regierung war, soweit ich das damals beurteilen konnte, auf legalem Wege zur Macht gekommen, wurde vom Auslande anerkannt und der über-

182 BA, Pers 101/39880, Gauleitung Sachsen an OLG-Präsident Dresden, 12.11.1935, Weber an OLG-Präsident Dresden, 3.12.1935, Gauleitung Sachsen an OLG-Präsident Dresden, 14.2.1936, Stellvertreter des Führers an RJM, 18.1.1937.

183 BA, Pers 101/40003, Landgerichtspräsident Aachen an OLG-Präsident Köln, 27.9.1945 und BA, Pers 101/40007, Zeugnis Gemeinschaftslager Hanns Kerrl, 16.11.1935.

> wiegenden Mehrheit des Volkes gestützt. Zahlreiche Kollegen und sehr geachtete Vorgesetzte hatten sich der Partei angeschlossen und viele übten sogar Ämter darin aus. Ich sah deshalb keinen Anlass, mich auszuschliessen und mich dadurch Benachteiligungen und Schwierigkeiten auszusetzen.[184]

Vermutlich war auch die Erklärung, die der Präsident der Rechtsanwaltskammer Schleswig-Holstein abgab, warum der bei den Rechtsanwälten sehr geschätzte Kieler Oberlandesgerichtsrat Guido Schmidt, später Senatspräsident am BGH, 1937 in die Partei eingetreten sei, keine billige Ausrede. Sie traf ziemlich genau die auch am BGH später noch zu findende grundsätzliche Einstellung manch eines Richters: Guido Schmidt sei in die NSDAP eingetreten, um sich wieder in die „Anonymität“ der großen Masse der Richterschaft begeben zu können und nicht länger aufzufallen. Denn er wolle nur seinem Berufe und innersten juristischen Streben ungestört nachgehen und sonst nichts. Genau das hatte ihm zwischen 1933 und 1937 gefehlt, weil er 1933 den Trend nicht erkannt und es versäumt hatte, sich rechtzeitig zur Partei anzumelden. Bedeutet hatte ihm der Nationalsozialismus nach Meinung der Rechtsanwälte nichts, seine Rechtsprechung sei von der Politik unbeeinflusst geblieben.[185]

Anderen hatte der Nationalsozialismus sehr wohl etwas bedeutet, sie machten jedenfalls eifrig „mit“ und engagierten sich, ganz wie es gewünscht war, in den verschiedensten NS-Organisationen. Dass beinahe jeder versuchte, seine Konformität durch Mitgliedschaft in der scheinbaren „Wohlfahrtsorganisation“ NSV oder im Reichsluftschutzbund oder beim Reichsbund deutscher Beamter zu belegen, steht auf der einen Seite. Dass aber manche noch weit mehr Mitgliedschaften in NS-Organisationen und angeschlossenen Verbänden anhäuften und verschiedenste NS-Aktivitäten entfalteten, spricht wohl für eine ganz andere, eine zutiefst bejahende Haltung.

Friedrich Börtzler zum Beispiel wurde 1937 Parteigenosse und daraufhin prompt 1938 Staatsanwalt beim Landgericht München I. In der SA war er seit 1933 und stieg zum SA-Oberscharführer auf. Und im NSRB war er Mitglied des Gauehrengerichts, das über dienstliche wie auch politische Verfehlungen der Kollegen in der Justiz zu befinden hatte.[186] Seine dienstlichen und politischen Beurteilungen waren stets einwandfrei. Der Amtsgerichtsdirektor in München schrieb 1936 über ihn: „Assessor Boertzler ist SA.-Mitglied. Er ist ein durchaus deutsch fühlender und handelnder Mann, der nach seiner Charakterveranlagung Gewähr bietet für jederzeitiges rückhaltloses Eintreten für den nationalsozialistischen Staat“.[187] Noch deutlicher war das Interesse Friedrich Tasches an der neuen politischen Richtung. Tasche, Jahrgang 1896, wurde

184 BA, Pers 101/40021, Erklärung zu Punkt E 41 des Fragebogens.

185 BA, Pers 101/40034, Präsident der Rechtsanwaltskammer Schleswig-Holstein an OLG-Präsident Schleswig, 3.1.1949.

186 BA, Pers 101/48777, Personalblatt. Der Dienstgrad des Oberscharführers entspricht einem mittleren Unteroffiziersrang in der Wehrmacht.

187 BA, Pers 101/48778, Dienstliche Beurteilung des Amtsgerichtsdirektors München, 16.9.1936. Weitere gleichgerichtete Beurteilungen finden sich in BA, Pers 101/48780.

als schwer Kriegsversehrter rasch Vorsitzender des Ehrenhofs der Kameradschaft Celle in der NS-Kriegsopferversorgung, Ersatzbeisitzer im Ehrengericht des NSRB und „sammelte“ etliche Mitgliedschaften in NS-Organisationen. So war er in der NSV, dem RDB, dem RLB, dem VDA und auch im Reichskolonialbund. 1937 trat er in die Hitlerpartei ein. Der Gaupersonalamtsleiter des NSDAP-Gaues Westfalen-Nord bescheinigte ihm schon 1936, er stehe „fest auf dem Boden des Nationalsozialismus“.[188] In durchaus seltenen, aber eben deshalb bemerkenswerten Einzelfällen war auch eine antisemitische Grundhaltung eines Richters die Brücke zur Mitarbeit in der NSDAP. Im Falle von Wilhelm Dotterweich lässt sich das recht klar erkennen. Er wurde 1937 Parteigenosse, war den Parteidienststellen in Franken und Schwaben aber aus der Zeit vor 1933 als Richter bekannt, der sich nicht „gescheut“ hatte, auch gegen Juden vorzugehen. Deshalb wollte man ihn nach seinem Parteibeitritt auch als Oberstaatsanwalt in Ansbach sehen. Bei seiner feierlichen Amtseinführung, die vom NSDAP-Kreisleiter und anderen lokalen Würdenträgern der Partei besucht wurde, dankte er laut Zeitungsbericht mit einem Bekenntnis zum Nationalsozialismus: Er

> hob dabei besonders das Bestreben heraus, nicht am toten Buchstaben des Gesetzes zu kleben, sondern dem wahren Recht zum Sieg verhelfen zu wollen, dem Recht wie es im Volke schlummert und durch die Bewegung wieder zum Sieg gebracht worden ist. Groß sind die Aufgaben des Rechtswahrers, besonders auch auf dem Gebiete der Rassenerkenntnis.[189]

Kollaboration im Auftreten

Der Parteibeitritt oder die Mitgliedschaft in NS-Organisationen und angeschlossenen Verbänden sind – das gilt es zu beachten – allenfalls erste Anhaltspunkte, um Auskunft über die politische Belastung eines Richters in der NS-Zeit zu gewinnen. Entscheidend ist am Ende, wie er sich in den Jahren 1933–1945 beruflich und politisch *verhalten*, ja was er *getan* hat. Schaut man hierauf, so zeigt sich, dass Parteigenossen mitunter weit weniger zur Durchsetzung jener vom Nationalsozialismus angestrebten völkischen Justiz beigetragen haben als Nicht-Parteigenossen, die gleichwohl auf justizpolitischem Gebiet so manche Vorstellungen der Machthaber geteilt haben.

Die Möglichkeiten, das alltägliche und berufliche Verhalten der späteren BGH-Richter im Nationalsozialismus zu prüfen, sind durch Quellenverluste wie durch die immer unübersichtlicher werdenden Zuständigkeiten und Rahmenbedingungen gerade am Ende des Krieges begrenzt. Ob jemand beispielsweise freiwillig und aus Überzeugung an einem verbrecherischen Standgericht in der chaotischen Schlussphase des Krieges teilgenommen hat oder in welcher Funktion auch immer und womöglich un-

188 BA, Pers 101/48947, Wahlvorschlag, 6.9.1950; BA, Pers 101/48949, Beförderungsvorschlag 1936, in dem vermerkt ist, dass er schon 1920 dem antisemitischen Deutsch-Völkischen-Schutz- und Trutzbund angehört haben soll. S. a. Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 253.
189 Das höchste Glück, in: *Fränkische Zeitung*, 13.10.1938.

ter Zwang dazu gedrängt wurde, lässt sich mit Gewissheit heute nicht mehr feststellen. Es gibt aber immerhin einige Zusammenhänge und Kategorien, die recht valide Hinweise darauf geben, wie stark ein Richter auch jenseits der formalen Parteizugehörigkeit die Realisierung nationalsozialistischer Herrschaft begünstigt oder unterstützt hat.

Niemand war beispielsweise gezwungen, auf Passfotos in Parteiuniform oder mit Parteiabzeichen am Revers zu erscheinen. Tat man es doch, war das entweder ein Bekenntnis oder aber der Versuch auf diese Weise Konformität zu bekunden. Bei Albert Mösl, der sich stolz in seiner HJ-Uniform als hoher Repräsentant der Jugendorganisation zeigte, war es wohl echter Glaube an die Richtigkeit seines Engagements, denn auch in einem zeitgenössischen Lebenslauf betonte er unumwunden seinen Feuereifer für die HJ und die darin vom ihm geleistete Kulturarbeit als Chorleiter.[190] Auch Christian Mayr zeigte sich auf einem Passfoto in SA-Uniform mit dem zeittypischen willensstarken Blick. Im Spruchkammerverfahren gab er 1947 an, gleichsam aus einer anderen Jugendorganisation listenmäßig in die SA überführt worden zu sein und nie irgendeine relevante Aktivität entfaltet zu haben – zwei Ansichten einer Person, die kaum zusammenpassen wollen.[191] In einigen dienstlichen Beurteilungen spiegelt sich ein Maß an Konformität, ja Begeisterung für die NS-Bewegung, die womöglich nur in den Anfangsjahren bestand und später verflog, an die man sich nach dem Krieg aber nicht mehr gerne erinnern wollte. Über Hans-Werner Reinhardt berichtete das Amt für Beamte im Kreis Schweinfurt beispielsweise 1938, dass er nicht nur politisch völlig zuverlässig sei, sondern dass sein Umgang mit den Volksgenossen zeige, dass er die „echte Volksgemeinschaft liebt und sucht“. Er sei Schulungsleiter der NSDAP-Ortsgruppe geworden und bekannt dafür, dass er „seine dienstfreie Zeit zwecks Mitarbeit bei der Ortsgruppe jederzeit zur Verfügung stellt“.[192]

Einige engagierten sich auch – mehr als es zum Nachweis der Anpassungswilligkeit wohl nötig gewesen wäre – in der Partei, etwa als Blockleiter,[193] im Obersten Parteigericht[194] oder als Beauftragter des Rassepolitischen Amtes.[195] Allerdings gilt es auch hier vorsichtig in der Beurteilung solchen Verhaltens zu sein. Gelegentlich wurden solche Ämter auch nicht aus Überzeugung angestrebt, sondern nur, um der eigenen Karriere damit zu dienen. Fiel das auf, konnte es unangenehme Folgen haben.

190 BayHSTA München, MJu 25705, Personalblatt und Lebenslauf vom 11.12.1939.

191 BayHSTA München, MJu 25658, Personalblatt und BA, Pers 101/75986, Spruchkammerurteil, 16.8.1947. Ganz ähnlich z. B. der Fall von Karl Ortlieb, BA, R 3001/194389, Foto Personalblatt.

192 BA, R 9361-II.1055629, Politische Beurteilung vom 8.7.1938. Ganz ähnlich Rudolf Pehle, der offenbar gerne Vorträge der Partei besuchte und sich eifrig als Sammler betätigte. S. BA, R 3001/192660, Zeugnis Lager Hanns Kerrl, 28.9.1935 und Beurteilung des Oberstaatsanwalts am Landgericht Traunstein, 1939.

193 So Herbert Arndt, s. BA, R 3001/194952, Personalblatt.

194 So Karl Mannzen, der 1944 Beisitzer am NSDAP-Kreisgericht in Bruck (Mur) geworden ist. S. BA, R 9361-I. 56349, OPG-Akte.

195 So Rudolf Liesecke, s. BA, R 9361-I.2064, Erhebungsbogen Parteistatistik. Diesem Dokument zufolge war er als „Politischer Leiter“ auch mit einer Uniform ausgestattet.

Das musste Erich Hußla erleben, der den Kreisführer des NSRB 1938 fragte, ob er „denn keinen Posten für ihn habe. […] Er habe zur Zeit einige Gesuche laufen und da brauche er einen Posten." Das sei „Postenjägerei zum Zwecke der Beförderung", meinte der Kreisführer, der diese „verheerende" Auffassung Hußlas gleich an das Gaurechtsamt nach Würzburg meldete. Einige Wochen später fand dieser Vorfall sogleich einen negativen Niederschlag in Hußlas politischer Beurteilung, in der es hieß: „Hußla ist ein weltfremder Mann, der zwar nicht schwarz ist aber bis jetzt nur seinen Beruf gelebt hat. […] Er braucht Partei und Staat nur, wenn es um seine Pfründe geht."[196]

Gelegentlich haben sich auch zeitgenössische Dokumente erhalten, die besser als jede nachträgliche Aussage oder jedes Zeugnis von Dritten zeigen, wie sehr der Nationalsozialismus auch sonst das Denken und Fühlen von Richtern beeinflusst hat. In der Personalakte von Albert Messner, Parteigenosse seit 1933, ist ein Brief an den Oberlandesgerichtspräsidenten Zweibrücken aus dem Jahr 1944 enthalten, in dem er von einem tragischen Unglücksfall berichtet, der ihm als Soldat passiert ist. Bei der Ausbildung mit einer Handgranate war er unachtsam gewesen, und durch Explosion war ein Soldat ums Leben gekommen. Messner war dafür verantwortlich gemacht und mit Arrest bestraft worden. Nun hatte er Angst um seine berufliche Zukunft und informierte von sich aus seinen zivilen Dienstvorgesetzten. Nebenbei berichtete er von seinen Bemühungen, an seinem Einsatzort Griechenland die griechische Sprache zu erlernen, aber mit dem decouvrierenden rassistischen Hinweis „wenn es sich auch nur um die Sprache eines heruntergekommenen Volkes handelt."[197] Im Falle von Oskar Haidinger, der sehr spät einen nicht beschiedenen Aufnahmeantrag in die Partei gestellt hat, und dennoch 1939 an das Landgericht Litzmannstadt versetzt wurde, wo er 1942 zum Landgerichtsdirektor befördert wurde, liegt ein noch weit mehr belastender Text vor, den *DER SPIEGEL* 1971 Haidinger zuschrieb: eine „Chronik des Land- und Amtsgerichts Litzmannstadt". Darin finden sich antisemitische Ausfälle gegen „Ostjuden": „Hier sahen wir nun zum ersten Male den Ostjuden in seiner ganzen abstoßenden Scheußlichkeit und Verkommenheit […] Die Festbeleuchtung für unseren Einzug gab die brennende große Synagoge in der jetzigen Hermann-Göring Straße […] ab." Anteilnahmslos beschrieb der Autor darin auch, wie Häuser requiriert wurden für neues Justizpersonal und Juden einfach rausgeworfen wurden. Anschließend sei alles gründlich gereinigt worden, um es nach der „Verseuchung" durch Juden überhaupt wieder nutzen zu können. Ein der Chronik angehefteter Zettel vermerkte, dass der Verfasser offenbar den Wunsch gehabt hatte, man möge den maschinenschriftlichen Text doch bitte Staatssekretär Roland Freisler vorlegen.[198] Haidinger selbst hat diese Vorwürfe ebenso abgestritten wie eine mittlerweile erwiesene Tätigkeit am Sonderge-

196 BA, R 9361-II. 456340, NSRB-Kreisgruppe Schweinfurt an Gaurechtsamt Würzburg, 13.9.1938 und ebd. Politische Beurteilung, 10.1.1939.

197 BA, Pers 101/76003, Messner an OLG-Präsident Zweibrücken, 19.4.1944.

198 Engelmann, Rechtsverfall, S. 224–234. Zur „Chronik" selbst und einem zeitgleichen Zeitzeugenbericht aus Lodz s. Engelmann, Bis alles in Scherben fällt, S. 299–314 und 315–323.

richt Litzmannstadt und seine regimekritische Haltung, derentwegen er berufliche Nachteile habe erfahren müssen, immer wieder betont. Das Bundesministerium der Justiz hielt seine Darstellung der Dinge zu Beginn der 1950er Jahre jedenfalls für glaubwürdig.[199] Dazu mag eine Beurteilung des Kreisamtsleiters Litzmannstadt aus dem Jahre 1941 beigetragen haben, die sich kritisch über Haidinger äußerte, aber – wenn man es denn sehen wollte – auch Hinweise auf ideologische Konformitäten enthielt. Darin hieß es:

> Seine Kameradschaftlichkeit geht nur soweit, als eigene Vorteile dabei in Frage kommen. […] Das Verhältnis zu den Polen ist ablehnend. H. ist sehr ehrgeizig und dabei egoistisch veranlagt, so daß er als Einzelgänger nur seine Arbeit kennt. Im Kameradenkreise hat er keine Freunde. Von einem nationalsozialistischen Gemeinschaftssinn kann man bei ihm nichts bemerken.[200]

Anpassungen in der Publizistik

Ein weiterer Indikator für das Handeln der späteren BGH-Richter in der NS-Zeit ist ihre Publizistik. Auch hier gilt es allerdings sorgsam abzuwägen: In einer Qualifikationsarbeit wie einer Dissertation war unter Umständen hier und da ein Satz einzufügen, der die Anerkennung der bestehenden politischen Verhältnisse signalisierte, um promoviert zu werden, eine Veröffentlichung der Arbeitsergebnisse möglich zu machen und nicht in die Kritik von NS-Dogmatikern zu geraten, die auf politische Korrektheit auch in diesem Schrifttum achteten. Dieses Verhalten war, wie gelegentlich in der einschlägigen Literatur vermutet wird, kein vorauseilender Gehorsam und keine unnötige Selbstgleichschaltung, sondern je nach Thema eine Notwendigkeit für alle Doktoranden, auch in der Rechtswissenschaft.

Das zeigt beispielhaft die Dissertation des späteren Bundesrichters Wolfgang Vogt über *Wandlungen im Rechte der Enteignung*, 1937 veröffentlicht. Obwohl ein Werk mit deutlicher Anlehnung an nationalsozialistische Rechtsauffassungen, geriet es in den Blick einer eigenen Prüfstelle des Reichsministeriums für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung, die kaum ein gutes Haar an dieser Arbeit lassen wollte. Der Hauptvorwurf ging dahin, dass diese Doktorarbeit einen Mangel an nationalsozialistischer Grundhaltung zeige, die geschichtliche Stellung der NSDAP nicht hinreichend deutlich gemacht und das marxistische Schrifttum nicht klar als „jüdisch verseucht“ gekennzeichnet habe.[201] Dabei richtete sich der Angriff gegen einen Doktoranden, der sich ohnehin bereits hinreichend angepasst hatte. Bei der Justizverwaltung hatte er 1936 einen Lebenslauf eingereicht, in dem er freudig bekannte, wie sehr ihn die SA und der Reichsarbeitsdienst die „Einordnung in die völkische Gemeinschaft“ gelehrt hät-

199 BA, Pers 101/75886, Wahlvorschlag, 6.9.1950. S. dazu v. a. Schlüter, Menschlichkeit, S. 56, Fn. 277.
200 BA, NS 45/1629, Kreisamtsleiter Litzmannstadt an NSDAP-Gauleitung Wartheland, Amt für Beamte, 29.4.1941.
201 UA Köln, Zug. 42, Nr. 3268, Prof. Lehmann an Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 15.3.1939.

ten. Beiliegend war ein Passfoto, das ihn mit strenger Miene in SA-Uniform zeigte. 1937 war er Parteigenosse geworden.[202] Sein betreuender Professor hatte seine liebe Not, die Ausführungen seines Schülers zu rechtfertigen, um ihn (und wohl auch sich selbst) vor Schlimmerem zu bewahren.[203] Am Ende ließ man die Sache auf sich beruhen.

In ähnlicher Weise konnten auch aggressive politische Angriffe in Rezensionen negative Wirkungen entfalten und drohten, die weitere berufliche Entwicklung zu verbauen. So rezensierte Prof. Dr. Wilhelm Herschl aus Frankfurt die Dissertation von Karl Nüßgens über den *Rückerwerb des Nichtberechtigten* durchaus gefährlich kritisch, indem er deutlich machte:

> Mit Befremden nimmt man wahr, daß Nüßgens unentwegt jüdische Schriftsteller in großer Zahl anführt und dabei nicht einmal auf deren Rassezugehörigkeit hinweist! Andererseits kommt das neueste Schrifttum zu kurz, wie man überhaupt in dem Buche kaum Anhaltspunkte dafür findet, daß sein Verfasser bewußt danach gestrebt hat, eine Lösung gerade aus nationalsozialistischem Rechtsdenken heraus zu finden. Im großen und ganzen hätte die Arbeit ihrem Stile nach auch schon vor 15 Jahren geschrieben werden können, ohne aus dem Rahmen der damaligen Veröffentlichungen herauszufallen.[204]

Für Nüßgens war danach an eine akademische Karriere nicht mehr zu denken.[205]

Vor diesem Hintergrund wird man wohl nicht jeden publizistischen Anbiederungsversuch auf die Goldwaage legen dürfen, da sich solche Ereignisse gewiss schnell herumgesprochen haben. Gleichwohl ist zu konstatieren, dass die allermeisten BGH-Richter, die in der NS-Zeit promoviert wurden, sich einer positiven Stellungnahme zum NS-Staat enthalten haben, und zwar zumeist, indem sie so fachspezifisch-unpolitische Themen gewählt haben, dass ein Bekenntnis zur nationalsozialistischen „Revolution“ nicht erforderlich war, weil dies in ihrem Zusammenhang völlig unpassend gewesen wäre. Nur in maximal sieben Fällen kann man von einer deutlichen Anbiederung an den NS-Zeitgeist sprechen,[206] in drei Fällen liegen geringfügige Anpassungsleistungen vor.[207]

---

202 BA, Pers 101/76236, Lebenslauf, 7.9.1936.

203 Nach Vogts Erklärung ging die Denunziation bei der Prüfstelle auf einen missgünstigen Parteigenossen seines Heimatortes zurück. S. LA NRW, Duisburg, NW 1099, Nr. 4038, Erklärung zum Entnazifizierungsfragebogen, 14.6.1946.

204 Herschel, Rezension, in: *Deutsches Recht* (1940), S. 968.

205 S. LAV NRW, Gerichte Rep. 314, Nr. 111, Entnazifizierungsbogen, 5.4.1946.

206 S. Faller, Die Rechtsfähigkeit im Steuerrecht; Geiger, Die Rechtsstellung des Schriftleiters; Jagusch, Die Rechtsberatungsstellen; Spiegel, Der Reichsgau; Spengler, Die Reformbedürftigkeit (hier werden einige Autoren im Literaturverzeichnis mit „Jude!“ gekennzeichnet); Vogt, Wandlungen im Rechte; Willms, Die Beschränkung der Prozeßvertretung.

207 Grell, Die Entwicklung des Vollstreckungsrechts; Reinhardt, Das Beratungs- und Abschreibungsproblem; Haager, Die Banküberweisung. Bei letzterer Arbeit beschränkt sich der Einfluss nationalsozialistischen Denkens auf die Kennzeichnung jüdischer Autoren im Literaturverzeichnis mit „*)jüdi-

Anpassung gab es im Übrigen auch im sonstigen Schrifttum, das die BGH-Richter verfasst haben. Eine wegen der großen Zahl an Veröffentlichungen kaum genau zu beziffernde Zahl von Richtern äußerte sich auch sonst ganz öffentlich und ohne, dass sie dazu gezwungen gewesen wären, positiv zur nationalsozialistischen Rechtspolitik: Als Beispiel sei hier nur Werner Hülle mit seinen vielfältigen Publikationen zur Wehrmachtsgerichtsbarkeit genannt, die die Strafverschärfungen der NS-Führung unkritisch akzeptierten und begründeten. Aber auch Erich Pritsch, alter Zentrumsanhänger und Nicht-Parteigenosse, hatte in der NS- Zeit eine Reihe von Schriften publiziert, die eine Bejahung der nationalsozialistischen Rechtspolitik zeigten: In seinem Buch *Mietrecht der Gegenwart* zum Beispiel lobte er zeitgenössische Änderungen im Mietrecht, die „in die Zeit des Ringens um die Großmachtstellung des neuen Deutschland und der Erschaffung des Großdeutschen Reiches“ gefallen seien. Diese Fortentwicklung des Mietrechts habe zu „abschließenden Ergebnissen von grundsätzlicher Bedeutung“ geführt, die er vornehmlich in der Lockerung des Kündigungsschutzes gegenüber Juden sah. Völlig sachlich und ohne Kritik am Unrechtscharakter dieser gesetzlichen Änderungen berichtete er die Diskriminierungsmaßnahmen gegenüber Juden und erklärte, warum das Gesetz über „die aus den deutschen Wohnstätten auszuscheidenden Juden“ so gemacht wurde, wie es gemacht wurde. Es sei ja „damit zu rechnen, daß Juden, die ihre bisherigen Wohnungen räumen müssen, nicht immer freiwillig von ihren Rassegenossen als Mieter oder Untermieter aufgenommen werden“. So habe man im Gesetz Vorsorge dafür treffen müssen, um das Ziel einer Räumung der Wohnungen auch gegen den Widerstand von Juden zu erreichen.[208] Siegmund Nörr reflektierte 1936 den künftigen Aufbau des Jugendstrafvollzugs:

> Nachdem sich endlich die Erkenntnis Bahn gebrochen hat, daß eine Besserung aller Verbrecher eine Utopie ist, daß die ‚Schwersterziehbaren‘ in Wahrheit unverbesserliche Verbrecher sind, denen gegenüber es nur ein Ziel, Schutz der Volksgemeinschaft vor ihnen, gibt […],

müsse dennoch etwas im Jugendstrafvollzug gemacht werden, um noch brauchbare Elemente wiederzugewinnen. Dabei gehe es natürlich nicht um „Mitleid“, sondern es gelte auch: „Verbrechernaturen, die die künftigen Gewohnheitsverbrecher darstellen, gehören nicht ins Jugendgefängnis“, denn sie seien nicht erziehbar und würden nur die Besserungsfähigen herunterziehen.[209]

---

scher Autor“. Möglicherweise ist diese Vorgehensweise aber auch eine Auflage gewesen, die der Autor nicht zu verantworten hatte.

208 Pritsch/Rexroth, Mietrecht der Gegenwart, S. IX, 93 f. Auch in den Publikationen Pritsch/Mitzschke, Verordnung und Pritsch, Das italienische Jugendgerichtsgesetz finden sich zahlreiche Ergebenheitsadressen und zustimmende Kommentierungen der NS-Maßnahmenjustiz.

209 Nörr, Der künftige Aufbau, S. 93–103, hier S. 93 f.

Mitwirkung in Organen der NS-Unrechtsjustiz

Wurde nach solcherlei Bedenklichem und wohl auch in mancherlei Hinsicht Prägendem bei der Suche nach geeignetem Personal für den BGH nicht gefragt,[210] spielte die frühere politisch belastete Tätigkeit an einem der typisch nationalsozialistischen Gerichte, also den in der Regel in den Landgerichtsbezirken gebildeten Sondergerichten, den Strafsenaten des Reichsgerichts oder gar dem Volksgerichtshof und der Reichsjustizverwaltung, schon eher eine Rolle – allerdings erst sehr allmählich.

Bei gut 10 Prozent der Bundesrichter am BGH im Untersuchungszeitraum bis 1965 ist eine ein- oder mehrmalige Verwendung an einem Sondergericht belegt oder wahrscheinlich. Dieser Befund kann insofern nicht verwundern, als diese bereits 1933 zur Unterdrückung jeder Form von Regimegegnerschaft gegründeten spezifisch nationalsozialistischen Gerichte im Krieg immer mehr Kompetenzen der ordentlichen Gerichte übernommen haben. Praktisch in allen relevanten Strafsachen wurden die Sondergerichte die Regelinstanz, an der angeklagt wurde, weil die dort übliche Beschränkung der Rechtsmittel eine schnelle Aburteilung verbürgte. Da immer mehr Richter in den Krieg ziehen mussten, wurden schließlich auch solche zum Dienst am Sondergericht verpflichtet, an die man früher wegen politischer Unzuverlässigkeit gar nicht gedacht hätte. So konnte es kommen, dass ganz junge oder recht alte Richter am Sondergericht eingesetzt und mitverantwortlich wurden für die dort gefällten Todesurteile. Da aber so viel gewöhnliche Kriminalität vor die Schranken der Sondergerichte kam[211] und weil eine harte Strafjustiz in Kriegszeiten, gerade wenn es um die Bestrafung von Taten ging, die unter Ausnutzung der Kriegssituation geschehen waren, auch öffentlich gefordert wurde, war das Bewusstsein, hier in besonderem Maße an der NS-Unrechtsjustiz beteiligt gewesen zu sein, in den 1950er Jahren noch weithin unterentwickelt. Ganz unverhältnismäßige Strafen bei sogenannten Heimtückedelikten, die die Sondergerichte gegen jede Form von oppositionellem Verhalten in den ersten Jahren der NS-Herrschaft gefällt hatten, waren in der Öffentlichkeit gleichsam völlig vergessen. Inwieweit unter den beteiligten Richtern der Unrechtscharakter ihres Tuns klar war oder gar diskutiert wurde, lässt sich nicht feststellen. Erst die von der DDR-Führung lancierte „Blutrichterkampagne“ wies nachdrücklich auf den tatsächlich ja auch nicht zu bestreitenden Unrechtscharakter dieser Tätigkeit hin und machte viele Namen der daran beteiligten Richter öffentlich. Während man zunächst die Vorwürfe als kommunistische Propaganda abtat und der Deutsche Richterbund sich sogar solidarisch mit den Angegriffenen erklärte, wuchs auf der anderen Seite der Druck, die Dinge aufzuklären.[212] In dieser Situation kam es allmählich zu ersten Überprüfungen

210 Schon insofern ist die Behauptung des langjährigen Staatssekretärs im Bundesjustizministerium Walter Strauß, die „politische Überprüfung der neu einzustellenden Beamten [sei] erfolgreich“ verlaufen, als reines Wunschdenken zu charakterisieren. S. Strauß, Die Personalpolitik, S. 275–282, hier S. 279.
211 Lahusen, „Der Dienstbetrieb ist nicht gestört“, S. 34, 150, 156, 210.
212 S. Vom Richterbund, in: *DRiZ* (1959), S. 97; Um die Ehre, in: *DRiZ* (1959), S. 101; Gegen die Diffamierung, in: *DRiZ* (1960), S. 97–98.

von bekannt gewordenen Unrechtsurteilen, die Spuren in den Personalakten hinterlassen haben. Sie zeigen, wie wenig den daran beteiligten BGH-Richtern und den zuständigen BGH-Präsidenten zu diesem Zeitpunkt noch daran gelegen war, den Unrechtscharakter solcher Entscheidungen aufzuarbeiten, und wie tief noch manche Rechtsanschauungen der NS-Zeit saßen, die gewiss auch generell die Entscheidungsfindung am BGH beeinflusst haben.

Den um 1960 eintretenden Wandel im Umgang mit einer politischen Belastung wegen Tätigkeit an einem nationalsozialistischen Sondergericht zeigen zwei zeitlich nahe beieinanderliegende Fälle: Bundesrichter Franz-Josef Finke, 1933 bereits Parteigenosse, der 1959 an den BGH berufen wurde, erklärte am 29. Mai 1959, einige Jahre am Sondergericht Saarbrücken tätig gewesen zu sein, in einer weiteren dienstlichen Erklärung vom 4. Juni 1959 sprach er nur noch von politischen Strafsachen, in denen er am Landgericht Saarbrücken verwendet worden sei. In keinem Fall aber sei er an Todesurteilen beteiligt gewesen.[213] Das genügte, um nicht weiter nachzufragen, Finke wurde Bundesrichter und blieb in den folgenden Jahren seiner Diensttätigkeit völlig unbehelligt, denn auch in der DDR-„Blutrichterkampagne“ tauchte sein Name nicht auf. Ein Blick in die Spruchpraxis des Sondergerichts Saarbrücken zeigt allerdings, dass Finke sehr wohl an justitiellem Unrecht beteiligt gewesen war und Urteile mitverantwortete, die ganz und gar von nationalsozialistischem Denken bestimmt gewesen waren. So war er etwa Beisitzer des Sondergerichts Saarbrücken bei einem Urteil vom 16. April 1936, mit dem ein Angeklagter zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt wurde, nur weil er sich auf dem französischen Konsulat in Saarbrücken abfällig über die SA geäußert und Wellersweiler SA-Leute verdächtigt hatte, die örtliche Spendensammlung des Winterhilfswerkes „versoffen“ zu haben. Im Urteil wurde der Angeklagte als „neurotischer Psychopath“ und „vollkommen asozialer Mensch“ beschrieben, der kein „brauchbares Mitglied der Volksgemeinschaft“ mehr werde. Sein Handeln sei verwerflich und nahe „am Volksverrat“ gewesen. Er habe bewiesen, dass ihm „jedes Gefühl für Nationalstolz gegenüber dem Ausland abgeht“, und müsse daher „mit rücksichtsloser Strenge“ behandelt werden.[214] Dieses Urteil auf der Basis des Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniform, kurz „Heimtückegesetz“, vom 20. Dezember 1934 hatte kein anderes Ziel, als politische Kritik an der NS-Regierung mit allen Mitteln zu unterdrücken – doch das blieb 1959 noch völlig unbeachtet und wurde gleichsam als Nebensächlichkeit eingestuft. Auch später fragte niemand weiter nach, so dass Finke nicht weiter für sein Tun zur Rechenschaft gezogen wurde.

Dieses Glück hatte Bundesrichter Friedrich Mattern nicht. Er war 1938 aufgrund seiner überdurchschnittlichen fachlichen Leistungen zum Landgerichtsrat in Mannheim befördert worden, nachdem er 1937 zudem auch den geforderten Parteieintritt

213 BA, Pers 101/75823, Dienstliche Erklärung, 29.5.1959; BA, Pers 101/75825, Dienstliche Erklärung, 4.6.1959.

214 S. Öfzirat/Strobel, Unrecht durch Rechtsprechung, S. 159–162.

vollzogen hatte. Schon in Mannheim wurde er am Sondergericht eingesetzt, 1941/42 dann auch in Brünn, wohin man ihn versetzt hatte. Mattern war aus einem demokratischen Elternhaus gekommen und wurde noch 1932 bei Gustav Radbruch in Heidelberg promoviert – diesen „Makel“ erwähnte noch eine Beurteilung des Karlsruher Oberlandesgerichtspräsidenten 1945. Er selbst sah sich von daher gezwungen, deutliche Anpassungsleistungen in der NS-Zeit zu erbringen, um sich und seine Familie zu schützen. Berücksichtigt man die ambivalente Personalpolitik des nationalsozialistischen Oberlandesgerichtspräsidenten Heinrich Reinle in Karlsruhe, wird man diese Darstellung nicht als reine Schutzbehauptung abtun können.[215] Matterns Tätigkeit am Sondergericht in Mannheim wie in Brünn[216] war dem für ihn zuständigen Entnazifizierungsausschuss 1948 bereits bekannt. Dieser prüfte auch Sondergerichtsurteile, in denen er als Berichterstatter mitgewirkt hatte, und kam zu dem Ergebnis, dass an seiner Amtsführung nichts zu bemängeln sei, da er erkennbar auf Milderungen im Strafmaß hingewirkt habe. Über seine Brünner Tätigkeit lagen Zeugenaussagen vor, die ein vergleichbares Verhalten dort verbürgten. Vor diesem Hintergrund sah die Mannheimer Spruchkammer keinen Grund, Mattern schwer zu strafen. Man reihte ihn in die Gruppe der Mitläufer ein und erlegte ihm eine Sühnezahlung von 600 RM wegen seiner formalen Belastungen auf.[217] Als die DDR-„Blutrichterkampagne“ ihn nun 1960 wieder als Täter, allerdings nur für seine Tätigkeit in Brünn, ins Licht der Öffentlichkeit zerrte, verfügte der Bundesjustizminister am 11. März 1960 eine Prüfung der Anschuldigungen. Wenige Tage später, am 29. März 1960, ordnete er gegenüber dem BGH-Präsidenten an, dass die Dienstaufsichtsprüfung beendet werden solle, weil Mattern völlig glaubwürdig sei und sich nichts habe zu Schulden kommen lassen. Nur einige Urteile aus Brünn, die man beschaffen wollte, sollten noch genauer geprüft werden. Das übernahm die Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht Karlsruhe, die 1962 aber zu dem Ergebnis kam, dass kein Anlass zu Maßnahmen gegen Mattern bestehe.[218] Die Sache war damit für Mattern aber längst nicht ausgestanden. 1968 meldete die *Bild-Zeitung*, sein Fall sei nun wieder aufgenommen worden, und zwar weil sich bemerkenswerterweise zwei seiner Bundesrichterkollegen am BGH über die von ihm mitverantworteten Todesurteile am Sondergericht Brünn empört hatten. Bundesjustizminister Heinemann ließ sich nun die Unterlagen zu Mattern kommen und prüfte.

215 S. Kißener, Zwischen Diktatur und Demokratie, S. 158–160.

216 Miquel, Ahnden, S. 388. Die Vorwürfe richteten sich allein gegen seine Brünner Sondergerichtstätigkeit.

217 BA, Pers 101/75979, Urteil der Spruchkammer Mannheim III, 18.2.1949; BA, Pers 101/75981, Politische Beurteilung des OLG-Präsidenten, Januar 1945. Tatsächlich war Mattern immer wieder auch mit badischen Richtern am Sondergericht Mannheim tätig, deren Ferne zum NS-Staat aus anderen Quellen belegt ist. So hat er zum Beispiel auch an einem Urteil mitgewirkt, das Willi Graf, einige Jahre später Mitglied der Widerstandsgruppe Weiße Rose, außer Verfolgung gesetzt hat. Graf war mit anderen wegen sogenannter Bündischer Umtriebe angeklagt gewesen. S. Kißener, Willi Graf, S. 11–24, hier S. 19.

218 BA, B 141/50451, BMJ an BGH-Präsident, 11.3.1960, BJM an BGH-Präsident, 29.3.1960; BA, B 141/50453, BMJ Vermerk, 10.7.1962.

Bei alledem kam wiederum nichts heraus, die zuständigen Stellen erklärten, dass die Belastungsmomente gegen Mattern nicht ausreichten für weitere Schritte. Bemerkenswert ist allerdings, dass die Presse nun scharf anfragte, warum Mattern denn nicht die Möglichkeit einer Zurruhesetzung nach dem Richtergesetz genutzt habe und was es mit dem Karlsruher Generalstaatsanwalt auf sich habe, der so schnell die Unbescholtenheit Matterns konstatieren konnte.[219] Letztlich blieb Mattern im Amt und trat 1976 mit 68 Jahren in Ruhestand.

So ungenügend die Aufarbeitung dieser Belastungen in der sondergerichtlichen Verwendung im Ganzen auch waren, sie zeigen immerhin Zweierlei: Die Betroffenen gaben vor, sich zum einen keiner Schuld bewusst zu sein und sahen ihr Tun als harmlos an, wenn keine Todesstrafe ausgesprochen worden war, oder aber sie rechtfertigten ihr Verhalten durch die Anomalität der Kriegssituation bei gleichzeitig strenger Beachtung der Verfahrensregularien. Im Fall von Friedrich Mattern berichten Familienangehörige von Erzählungen der Eltern, dass er immer wieder versucht hat, aus der sondergerichtlichen Verwendung auszubrechen, was ihm aber eben nicht gelungen sei.[220] Zum anderen wurde diese Rechtfertigung zu Beginn der 1960er Jahre immer weniger öffentlich akzeptiert, und die Presse erhöhte den Druck auf die Betroffenen, sich zu dem nun öffentlich missbilligten Tun persönlich zu verhalten. Friedrich Börtzler, der über Jahre hinweg seine Tätigkeit am Sondergericht des Landgerichts München I verschwiegen hatte, musste schließlich 1970 vor dem Hintergrund eines Befangenheitsantrages, den man gegen ihn als Richter in einem ehrengerichtlichen Verfahren vorgebracht hatte, seine Verwicklung in diese Unrechtsjustiz eingestehen, weil viele sich auch nicht mehr scheuten, in solchen Angelegenheiten in der DDR nachzufragen, ob nicht doch belastendes Material gegen diese oder jene Person vorliege.[221]

Vor diesem Hintergrund fällt es umso mehr auf, dass wenigstens einer der späteren BGH-Richter, Hans Koeniger, den Mut aufgebracht hatte, sich gegen eine Verwendung als Vorsitzender eines Sondergerichts zu wehren. Als er im August 1944 Vorsitzender des Sondergerichts München III werden sollte und das ablehnte, wurde er aus dem Justizdienst entlassen und arbeitete bis zum Kriegsende als Mechanikerlehrling beim Forschungsinstitut Gräfelfing. Was das für den damals 58-jährigen, bürgerlich sozialisierten und etablierten Richter und seine Familie zu einer Zeit mit völlig unklaren beruflichen Zukunftsaussichten bedeutet haben mag, lässt sich denken.[222] Aber

219 Früher Blutrichter, in: *Bild*, 25.3.1968; Bundesrichter wirkte, in: *FR*, 26.3.1968; Ich habe große Verdienste, in: *Bild*, 26.3.1968.

220 Zeitzeugeninterview mit der Familie Mattern, 27.5.2023.

221 BStU, Archiv der Zentralstelle, MfS HA/11 RHE, Nr. 34/86 Bd. 12, Dienstliche Erklärung vom 6.10.1970. Börtzelers Angaben ließ eine Aktionsgemeinschaft der deutschen Rechtsanwälte e. V. bei der Staatssicherheit der DDR überprüfen und bekam bereitwillig Auskunft.

222 BA, Pers 101/48843, Anlage zum Entnazifizierungsbogen, 30.01.1946; weitere Belege auch in STA München, K 922, Königer, Hans, Dr., 2.10.1886; Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 314–320 wertet den Fall nur oberflächlich.

auch jene, die solchen Mut nicht aufgebracht haben und nach dem Krieg unter den Druck der veröffentlichten Meinung gerieten, ließ das Geschehene nicht immer unberührt, wie gemeinhin unterstellt wird. Die Familie von Friedrich Mattern erinnert sich beispielsweise noch sehr genau, wie die sondergerichtliche Tätigkeit selbst und die Presseveröffentlichungen darüber den Vater jahrelang mitgenommen haben.[223]

Die Tätigkeit an einem Sondergericht war eine der auffälligsten Verbindungen, die ein Richter mit dem nationalsozialistischen Unrechtsstaat im Reich eingehen konnte. Die späteren BGH-Richter, die an einem Sondergericht tätig waren, sind daher jenseits der hier näher behandelten Fälle auch mehrfach zum Thema in der Presse geworden und haben sich in mal mehr, mal weniger großem Ausmaß dafür dienstlich wie öffentlich rechtfertigen müssen. Darüber hinaus gab es aber noch eine Reihe weiterer, meist gar nicht öffentlich gewordener Tätigkeiten einzelner Richter in der Zeit des Nationalsozialismus, die ebenso in einen Einsatz für das Unrecht führten.

Kaum thematisiert wurde gerade in den 1950er Jahren die Tätigkeit am Reichsgericht in Leipzig, war es doch das bei Gründung des BGH ausgesprochene Ziel, diesem angeblich glänzenden Gericht in Karlsruhe nach Kräften nachzueifern. Ganz bewusst hat der erste Präsident des Bundesgerichtshofes, Hermann Weinkauff, nach überlebenden ehemaligen Angehörigen des Reichsgerichts gesucht, um sie in Karlsruhe wieder zu verwenden, damit sie aus ihrem reichen Erfahrungsschatz den Aufbau des neuen obersten Gerichts in Zivil- und Strafsachen befördern konnten. Dass man dabei auch Personal einstellte, das sich womöglich bei der erst viel später thematisierten Rassenschandejudikatur des Reichsgerichts kompromittiert hatte oder in den Strafsenaten an der Bearbeitung der Nichtigkeitsbeschwerden beteiligt war, mit denen rechtmäßige Urteile zur Verschärfung der Strafe bis hin zur Verhängung der Todesstrafe aufgehoben wurden, hat man zunächst gar nicht gesehen oder in eingeweihten Kreisen sehen wollen. Der Skandal um den gerade erst ernannten Generalbundesanwalt Wolfgang Fränkel 1962, ehemals in Leipzig für die Bearbeitung eben solcher Nichtigkeitsbeschwerden zuständig und deswegen schon bald als nicht mehr tragbar angesehen, hat diese Problematik deutlich werden lassen. Insofern sind frühe Bundesrichter wie Max Hörchner, Carl Kirchner oder auch Hans Richter, als ehemalige Angehörige der Reichsanwaltschaft beim Reichsgericht und in gleicher Weise und Funktion wie Fränkel tätig, ebenso als durchaus verstrickt in den NS-Unrechtsstaat anzusehen.[224] Auch Bundesrichter Emil Lersch ist als ehemaliges Mitglied des 4. Strafsenats des Reichsgerichts beim Reichstagsbrandprozess als durchaus belastet anzusehen, wenn auch die Rechtsprechung dieses Senates insgesamt eine ambivalente, d. h. auch zum

223 Zeitzeugeninterview mit der Familie Mattern, 27.5.2023. Dabei ist zu berücksichtigen, dass jeder Rechtfertigungs- und Erklärungsversuch von vornherein zum Scheitern verurteilt war, weil das Faktum der sondergerichtlichen Verwendung allzu eindeutig die Haltung Matterns zu beweisen schien.
224 S. Miquel, Ahnden, S. 111; Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 232 f.; Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 46, 94–96, 98.

Teil regimekritische Tendenz zeigte.[225] Das war bei Wilhelm Menges anders, der als Mitglied des 2. Strafsenates am Reichsgericht nachweislich an der berüchtigten Rassenschandejudikatur und hier an etlichen Skandalurteilen beteiligt gewesen war.[226] Es waren vor allem das hohe Ansehen und die Fachkompetenz, die Hermann Weinkauff an diesem Personenkreis schätzte und im Falle von Max Hörchner eine regelrechte Ehrenerklärung mit dem Ziel seiner raschen Einstellung abgeben ließ.[227] Als die öffentliche Sensibilität gegenüber den am Reichsgericht tätig gewesenen Richtern und Staatsanwälten mit dem Fall Fränkel stieg, waren zwei von ihnen (Richter und Hörchner) längst tot oder pensioniert (Kirchner, gestorben 1966, Menges, gestorben 1963). Es gilt allerdings zu beachten, dass sowohl Kirchner wie Richter, die im Unterschied zu Hörchner nie Parteigenossen geworden sind, bei aller Kollaboration mit dem Regime in ihrer Berufstätigkeit auch gleichzeitig gegen das Regime nicht nur eingestellt waren, sondern auch Gegner wie Hans von Dohnanyi unterstützt haben. Das machte sie in den Augen der Zeitgenossen der 1950er Jahre durchaus geeignet, am Neuaufbau der Justiz in der Bundesrepublik mitzuwirken.[228]

Ob und wenn ja in welchen Formen eine zeitweilige oder dauerhafte Tätigkeit im Reichsjustizministerium oder in anderen Ministerien und sonstigen Führungsstrukturen des NS-Staates auch eine erhebliche politische Belastung der Betroffenen mit sich gebracht hat, ist wohl nur im Einzelfall zu entscheiden. Die DDR-Propagandisten der „Blutrichterkampangne“ haben dies gelegentlich behauptet, ohne aber dafür stichhaltige Beweise vorzulegen. Paul-Heinz Baldus etwa war zeitweilig Mitarbeiter im Reichsjustizministerium und unter anderem an der Ausarbeitung eines neuen nationalsozialistischen Strafrechts beteiligt, zeitweilig auch in der Präsidialkanzlei tätig und am Ende auch noch Wehrmachtsrichter. Eine aktive, relevante Beteiligung an justitiellem Unrecht ist von daher zu vermuten, aber nur teilweise zu belegen.[229] In dem von der Staatssicherheit der DDR gegen ihn gesammelten Material befinden sich zwei Urteile der Großen Strafkammer des Landgerichts Wiesbaden aus dem Jahr 1938, die wegen „Rassenschande“ ergangen sind und an denen Baldus beteiligt gewesen war. In beiden Fällen wurde mehr als ein Jahr Zuchthaus beziehungsweise Gefängnis für den Angeklagten festgesetzt, der nichts weiter als eine nach den Nürnberger Rassegesetzen ver-

225 Deiseroth, Der Reichstagsbrand, S. 43–88, hier S. 54; Weidenthaler, Die Strafsenate, S. 206.

226 S. Weidenthaler, Die Strafsenate, S. 56–59, 105–107, 119 f., 144–146.

227 BA, Pers 101/48825, Beurteilung durch Hermann Weinkauff, 27.11.1950.

228 Zu den Verbindungen zu Hans von Dohnanyi s. Smid, Hans von Dohnanyi, S. 211.

229 Engelmann, Rechtsverfall, S. 235–244. Der Ostberliner Anwalt Friedrich Karl Kaul initiierte noch 1971 eine Kampagne gegen Baldus und lehnte ihn wegen Besorgnis der Befangenheit als Richter in einem Verfahren wegen Euthanasieverbrechen ab. S. Kaul, Die Vergangenheit des Senatspräsidenten, S. 28 f. Ob dieser Angriff zum Rücktritt von Baldus geführt hat, wie Kramer, Entlastung als System, S. 113 f. meint, ist fraglich, da Baldus zu dieser Zeit bereits schwer erkrankt war und im gleichen Jahr verstarb.

botene Liebesbeziehung unterhalten hatte und damit, wie es in einem der Urteile heißt, eine „Artvergessenheit großen Ausmaßes“ gezeigt habe.[230]

Auch Bundesrichter Friedrich Kreft hatte 1938 an einem solchen Urteil, und zwar in der Großen Strafkammer Paderborn, mitgewirkt, bei dem ein Jahr und acht Monate Gefängnis gegen den Angeklagten verhängt worden sind. Ob das Urteil angesichts des Tatbestandes nicht unter Umständen sogar als milde bezeichnet werden muss, wäre nur festzustellen, wenn die dortige Rassenschandejudikatur untersucht würde und der Anteil Krefts an diesem Urteil genauer bestimmt werden könnte. Beteiligung an einer Unrechtsjustiz blieb es freilich trotzdem.[231] Das gilt natürlich auch für den Fall Friedrich Kersting, der 1939 zum Amtsgerichtsrat in Breslau ernannt worden war. Kersting war kein Parteigenosse und beruflich hauptsächlich mit Grundbuch- und Vormundschaftssachen befasst. Einmal wirkte er aber auch am Landgericht Oels/Schlesien in der Großen Strafkammer an einem „Rasseschandeurteil“ mit. Dem Richterwahlausschuss war dies bei seiner Ernennung zum Bundesrichter nicht bekannt, wohl aber der DDR. So kam es zu einem decouvrierenden Artikel unter dem Titel *Bonner Nazis in Westberlin* im *Neuen Deutschland* am 24. April 1968. Abgesehen von einer dienstlichen Stellungnahme, die Kersting dazu verfassen musste, scheint das keine direkten Konsequenzen gehabt zu haben. Auffällig ist aber, dass er ein Jahr später mit 64 Jahren vorzeitig in den Ruhestand getreten ist.[232]

Jenseits solcher Führungspositionen in der Justiz des NS-Staates gab es noch viele weitere Felder, auf denen Justizjuristen in unterschiedlichster Weise in die NS-Diktatur im Allgemeinen und das justizielle Unrecht im Besonderen eingebunden waren. So waren einige wenige Mitglieder des späteren BGH in der SS gewesen, überwiegend als fördernde Mitglieder,[233] Joseph Wolany und Albrecht Sprengler auch als einfache SS-Sturmmänner in der Allgemeinen SS.[234] Das mag sich bei den Eintrittsdaten zu Beginn

230 BStU, MfS HA IX/11, PA 4164, Urteile der Großen Strafkammer Wiesbaden, 12.4.1938 und 9.8.1938.

231 BStU, MfS HA IX/11, PA 336, Urteil der Großen Strafkammer des Landgerichts Paderborn vom 23.5.1938.

232 BA, Pers 101/75921, Personalblatt und Dienstliche Äußerung, 28.4.1968. S. a. Bonner Nazis, in: *Neues Deutschland*, 24.4.1968.

233 So etwa Wolfgang Gelhaar, s. BA, Pers 101/39967, Case Summary, 23.7.1947; Emil Großmann, s. BA, Pers 101/39971, Großmann an Landgerichtspräsident Essen, 18.11.1949; Ludwig Peetz, s. BA, Pers 101/48895, Peetz an Zentrale Säuberungskommission, 1.6.1946; Heinz Schuster, s. BA, Pers 101/40037, Gutachten Vorprüfungsausschuss Landgerichtsbezirk München II, 22.7.1946; Auch der spätere BGH-Präsident Bruno Heusinger war förderndes Mitglied der SS gewesen, s. BA, Pers 101/48811, Dr. Hofmeister an Präsident Zentraljustizamt, 12.5.1948.

234 StA Amberg, Spruchkammer Regensburg-Land, Nr. 2485, Spruchkammerurteil 27.2.1947. Der Spruchkammervorsitzende erregte sich aber über Wolany, der sich bei seinen Nachfragen meist nicht habe erinnern können und behauptet habe, er sei zur SS nur durch Zufall gekommen: „Eine solche Anschauung hat ein Mann von höherem Wissen.“ Bei späteren Karriereschritten ist, soweit aus den Akten erkennbar, auf diese SS-Mitgliedschaft nicht mehr rekurriert worden. Das war bei Albrecht Sprenger anders, der wohl 1933 zumindest Sympathien für den Nationalsozialismus gehabt und schon vor 1933 dem NSdStB angehört hatte. Als er 1965 eine Dienstreise in die USA unternehmen wollte,

der NS-Herrschaft damit erklären lassen, dass die SS zu diesem Zeitpunkt noch nicht als zukünftiger Vollstrecker das Holocaust bekannt war und man als förderndes Mitglied die Parteimitgliedschaft glaubte umgehen zu können. Genauer aufgeklärt wurde die (fördernde) SS-Mitgliedschaft einiger Richter allerdings nie, nicht einmal eine Frage wurde danach im Zuge der Berufung an den BGH gestellt.

Bundesrichter Theodor Krauss war nie Mitglied der NSDAP und dennoch in das NS-Unrechtssystem verwickelt. Als Rechtsanwalt in Heilbronn hatte er sich schon in der Weimarer Republik in der „Allgemeinen Bürgervereinigung“ engagiert, 1933 dann aber zusammen mit der örtlichen NSDAP die Verdrängung der gewählten Stadtoberen von der DDP und SPD bewerkstelligt und war neben dem NSDAP-Mann Heinrich Gültig zweiter Oberbürgermeister-Stellvertreter von Heilbronn geworden. Damit hatte er Mitverantwortung für die Liquidierung des demokratischen Systems getragen. Im Krieg war er in die örtlichen Führungsstrukturen der NS-Organisationen eingebunden.[235]

Die im Zuge des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl I, S. 529) gebildeten Erbgesundheitsgerichte, die für die Entscheidung über die Sterilisation erbkranker Menschen zuständig waren, gehörten auch zur spezifisch nationalsozialistischen Unrechtsjustiz. Zwar spielte bei der Sterilisationsentscheidung das amtsärztliche Gutachten eine zentrale Rolle, doch kam dem zuständigen Richter selbstredend auch eine erhebliche Verantwortung zu. Die im Nationalsozialismus durchgeführten Zwangssterilisationen haben viel menschliches Leid hervorgerufen, sind aber erst verhältnismäßig spät als typisch nationalsozialistische Verbrechenstatbestände in das Bewusstsein der deutschen Öffentlichkeit geraten. Insofern mag die dem Richterwahlausschuss 1953 vorliegende Beurteilung des Landgerichtspräsidenten von Schweinfurt über den Richter Erich Hußla aus dem Jahr 1943, in der er dessen Kompetenzen und unter anderem auch seinen zufriedenstellenden Einsatz am Erbgesundheitsgericht lobte, gar nicht sonderlich aufgefallen sein.[236] Für Hußla dürfte diese Verwendung jedoch eine relevante Erfahrung und für die Zusammensetzung des BGH insgesamt eine weitere Belastung aus der Vergangenheit gewesen sein.

Bundesrichter Friedrich Sauer wiederum, ebenfalls kein Parteigenosse, seit 1937 Erster Staatsanwalt am Landgericht München I, hat gelegentlich die Anklage vor dem dortigen Sondergericht vertreten müssen, was er schon bei seiner Entnazifizierung zugegeben hat. Vor allem aber musste er als Referent für Gnadensachen immer wieder auch Hinrichtungen leiten. Sein Handlungsspielraum tendierte in diesem Stadium

---

wurde diese in beiderseitigem Einvernehmen vom Auswärtigen Amt wieder abgesagt, weil seine politische Belastung zu unliebsamen Problemen hätte führen können. S. LA NRW Duisburg, NW Pe Nr. 3174, Personalbogen 1953; BA, Pers 101/40043, Gaupersonalamt Gau Essen an OLG-Präsident Düsseldorf, 15.7.1940; BA, Pers 101/39867, AA an BMJ, 7.5.1965.

235 Schrenk/u. a., Von Helibrunna nach Heilbronn, S. 164–165; Schlösser, Chronik der Stadt, S. 146, 316.

236 BA, Pers 101/39819, Wahlvorschlag, 4.5.1953, darin Zitat aus der Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Schweinfurt, 3.1.1943.

der Verfolgung der Delinquenten gegen Null, aber natürlich war er, ob er wollte oder nicht, Teil des Unrechtsgeschehens geworden. Dass er nach eigenen wie fremden Aussagen gegen den Nationalsozialismus schon vor 1933 eingetreten war und auch nach der „Machtergreifung" immer wieder versucht hatte, politisch und rassisch Verfolgten zu helfen, wo er eine Gelegenheit dazu sah, ja vermutlich sogar den wegen Devisenvergehen angeklagten bekannten Sozialethiker Oskar von Nell-Breuning beraten hat, gehört allerdings auch zu seiner Geschichte.[237] Im Falle Sauer hat sich darüber hinaus in Privatbesitz ein bemerkenswertes Dokument erhalten, das einen seltenen Einblick in den Erfahrungshaushalt dieses damals 37-jährigen Richters und seine Verarbeitung der Erlebnisse in der NS-Justiz erlaubt. Der geprägte und fromme Katholik, der auch in seinem Amt als Staatsanwalt in München Distanz zum Nationalsozialismus hielt, hatte im Herbst 1944 einen längeren Urlaub bei seiner Frau, die er 1939 geheiratet hatte, und seinem dreijährigen Sohn verbracht, die er zum Schutz vor Luftangriffen in München in seiner unterfränkischen Heimat bei den Eltern untergebracht hatte. Seine Hoffnung war, dass der Krieg nach der Invasion der Alliierten in der Normandie bald enden würde und er in dieser kritischen Zeit bei seiner Familie wäre. Die Ardennenoffensive verlängerte das Kriegsgeschehen aber ein weiteres Mal, und so musste er zurück nach München. Unsicher darüber, ob er dort im Luftkrieg den Tod finden oder womöglich zum Volkssturm eingezogen und in Kampfhandlungen verwickelt werden würde, schrieb er am 12. November 1944 einen knapp vierseitigen maschinenschriftlichen Text mit der Überschrift *Was mich bewegt …* Darin suchte er seine privaten Verhältnisse für den Fall seines Todes zu regeln, bat seine Verwandten um weitere Hilfen für seine Ehefrau, gab ihr Anweisungen zur Erziehung des Sohnes und dergleichen mehr. Sauer nutzte die Gelegenheit aber auch, um seiner Frau seine politische Haltung und seine berufliche Not deutlich vor Augen zu führen, damit sie später einmal wisse, was ihm in dieser gefahrvollen Stunde „auf der Seele brennt". Er bekannte, seine „Lebensauffassung" sei „allumfassend, total, katholisch". Auf dieser Grundlage habe er vor 1933 den Nationalsozialismus politisch bekämpft, denn der übersteigerte Nationalismus und das rassistische Denken der Nationalsozialisten habe von Anfang an den Krieg beabsichtigt. Zu wenige hätten das erkannt, auch die Bischöfe nicht, denen er schwerste Vorwürfe wegen ihres Anpassungskurses an das „Dritte Reich" machte. Dass die Alliierten im Kampf gegen Hitler-Deutschland alle denkbaren Mittel einsetzten, sei ihr gutes Recht: „Jedenfalls haben wir Deutsche kein Recht darüber zu richten, die wir Hitler die Möglichkeit der Machtergreifung, aus der dann alles Leid

237 BA, Pers 101/76133, Personalblatt; BA, Pers 101/76141, „Meine politische Vergangenheit", o.Dat.; BA, B 141/50451 Sauer an BMJ und BGH-Präsident, 18.9.1959. Diese Darlegungen über seine Beteiligung an Hinrichtungen entstand, als er im Gefolge der DDR-Blutrichterkampagne aufgefordert wurde, sich dazu zu erklären. S. a. Miquel, Ahnden, S. 66, 389. Oswald von Nell-Breuning wurde vor dem Landgericht München I 1943 der Prozess gemacht. Nell-Breuning wurde von diversen Rechtsanwälten beraten, so dass es als wahrscheinlich gelten kann, dass Sauers Angaben zutreffend sind. S. Kuller, Oswald von Nell-Breuning, S. 23–39, hier S. 31–34.

folgerichtig sich entwickelte, gaben.“ Die Deutschen dürften auf kein Wunder hoffen, sie hätten vor Gott „keinen Anspruch“ darauf. „Wir sind alle, vor allem aber unsere geistigen und kirchlichen Führer, so schuldig geworden. […] Es quält mich aber, daß ich nicht weiß, was Wirksames tun?“ Sollte er zum Volkssturm eingezogen werden, wolle er bei erstbester Gelegenheit auf „die Seite unserer Befreier“ wechseln. Wissen sollte seine Familie:

> Als mein höchstes Lebensziel hatte ich es betrachtet, im Dienst der Gerechtigkeit wirken zu können hier auf Erden. Dies war mir seit der Tyrannei Hitlers, also seit ich meinen Beruf ausübe, nicht möglich. Mit allen Fasern meines Herzens sehne ich den Tag herbei, wo ich in Freiheit Diener der Gerechtigkeit werden und sein könnte.

Nun müsse er die Reise zurück nach München in hoher Gefahr antreten, doch sollte es ihm widerfahren, „als Opfer eines Luftangriffs mit der Schuld- und Schmachfahne des Hakenkreuzes ‚feierlich‘ bedeckt zu werden, so wissen die, die mich gekannt haben, daß ich am liebsten noch die im Tode erstarrte Hand aus dem Sarg und Grab heben möchte, um sie in Stücke zu zerreißen.“[238]

Inwiefern solche Erfahrungen der späteren BGH-Richter in der NS-Unrechtsjustiz ihre Einstellung zu Rechtsstaat und Demokratie ganz konkret verändert haben und im positiven Sinn eingeflossen sind in den Neuaufbau der bundesdeutschen Justiz, lässt sich nur am Einzelfall und in der Regel auch nur bei besonders guter Quellenlage feststellen. Für Fritz Sauer ist dies aus dem Geschilderten sehr anzunehmen, für Richter wie Max Güde oder Erwin Stein liegen eindeutige Zeugnisse vor. Im Fall von Heinrich Kessler zeigt eine in seinem Nachlass vorhandene Schrift *Von der Justiz im Nationalsozialismus*, die er als 85-jähriger 1991 verfasst hat, jedoch ein ambivalentes Bild. Zwar zeigte er sich darin einleitend durchaus selbstkritisch, indem er anmerkte: „Wir Älteren sind in der weit überwiegenden Mehrzahl erst nach und nach zu der bitteren Erkenntnis der wahren Natur Hitlers und seines Regimes gelangt. Lange – zu lange – hegten wir die Hoffnung auf eine friedliche Entwicklung.“ Und er gestand auch ein:

> Zum Schlimmsten, was ich erlebt habe, gehört, daß ich als Pflichtverteidiger junger italienischer Hilfswilliger in Podgorica (jetzt Titograd) in Montenegro grausame Todesurteile nicht verhindern konnte. […] Die Frage, ob ich alles zur Rettung Mögliche getan habe, hat mich oft gequält und beschäftigt mich selbst noch im Alter,

ja sogar: „Ich war ebensowenig ein zum Märtyrertum bereiter Held wie die meisten anderen.“ Auf der anderen Seite konnte er aber ganz offensichtlich Denk- und Interpretationsweisen der NS-Zeit lebenslang nicht überwinden und hat sie so auch in seine berufliche Tätigkeit am BGH mitgenommen. So befürwortete er noch wenige Jahre vor seinem Tod 1994 die Eugenik und war in völliger Verkennung der historischen Sachverhalte der Meinung, dass die NS-Zwangssterilisierungen richtig und notwendig

238 Privatnachlass Familie Sauer, Freiburg/Karlsruhe, „Was mich bewegt …“.

zur Erhaltung einer guten Erbsubstanz des Volkes gewesen seien. Auch antisemitische Vorurteile finden sich in seinem Lebensresümee, etwa wenn er äußerlich unansehnliche „Ostjuden“ und „anständige“ deutsche Juden unterscheidet oder politische NS-Propaganda gegen den Bolschewismus unhinterfragt wiederholt. Schwere Kriminalität, so seine Auffassung, sei in der NS-Zeit sogar besser bekämpft worden als vorher und heute, auch wenn er nicht verkennt, dass dazu ungesetzliche Mittel angewandt wurden. Dass er mit seinen Ansichten unter den Kollegen am BGH keine ungeteilte Zustimmung fand, lässt er gelegentlich bemerkenswerterweise auch durchblicken.[239]

Zwei umstrittene Zweifelsfälle: Dürig und Geiger

In zwei geradezu prominenten Fällen sind Mittäterschaft und Kollaboration mit dem NS-Staat einerseits und entlastende Elemente andererseits so sehr miteinander verquickt, dass die Beurteilung der Sachlage nur dann einfach ist, wenn man sie einseitig betrachtet und/oder politische Gesichtspunkte den Blick trüben.[240]

Ernst Dürig, Jahrgang 1888, hatte schon vor 1933 als fachlich hervorragend beurteilter Jurist Karriere im bayerischen Justizdienst gemacht und konnte seinen Aufstieg im Nationalsozialismus, nachdem er 1937 Parteigenosse geworden war, nochmals beschleunigen. 1933 wurde er Oberstaatsanwalt am Bayerischen Obersten Landesgericht in München, 1934 Präsident des Amtsgerichts in München, 1937 dann Präsident des großen Landgerichts München I und schließlich 1939 Präsident des Oberlandesgerichts Bamberg. 1950 wurde er als fachlich hochgeschätzte und erfahrene Kraft für kurze Zeit noch einmal Präsident des IV. Zivilsenats am Bundesgerichtshof, Anfang Januar 1951 verstarb er aber bereits.[241] Auf den ersten Blick spricht diese geradlinige Karriere eigentlich für eine zumindest regimekonforme Kollaboration, da schwerlich vorstellbar ist, dass Dürig Oberlandesgerichtspräsident in Bamberg werden konnte, wenn er sich nicht zumindest angepasst hat. Tatsächlich liegen aber zeitgenössische Dokumente vor, die belegen, dass es seit seiner Ernennung zum Oberlandesgerichtspräsidenten immer wieder Auseinandersetzungen mit den NSDAP-Gauleitern in Mainfranken und der „Bayerischen Ostmark“ gegeben hat, die über die Parteikanzlei gegen ihn intrigierten. Dürig wurde eine Menge vorgeworfen, von zu geringen Geldspenden bei Sammlungen über einen angeblich politisch schlechten Einfluss auf seine Mitarbeiter und Richter bis hin zu einer Denkschrift, die er zum Schutz der Justiz nach Hit-

239 LA Speyer, Best. V 113, Nr. 3, Von der Justiz im Nationalsozialismus, 1991, S. 1, 8, 19 (Zitate), 21, 25 f., 29, 43.

240 So schon Oldenhage, Mutiger Einsatz, S. 689–708, hier S. 707: „Geschichtsschreibung – nicht nur in Deutschland – sollte sich stets darum bemühen, historische Bewertungen möglichst losgelöst vom persönlichen politischen Standpunkt des Autors zu formulieren. Moralischer Rigorismus ist kein Zeichen besonderer Gelehrsamkeit.“

241 BA, Pers 101/39961, Personalblatt.

lers Rede vom 24. April 1942 verfasst hat.[242] In dieser hatte Hitler die Justiz wegen eines angeblichen Fehlurteils heftig angegriffen und angekündigt, fortan jeden einzelnen Richter persönlich zur Verantwortung ziehen zu wollen, wenn er nicht im nationalsozialistischen Sinne urteilen würde. Dürig stellte fest, dass Hitlers Rede „eine geradezu niederschmetternde Wirkung gehabt“ habe, sprach von „unzutreffenden und unvollständigen“ Äußerungen Hitlers und konstatierte, „die vom Führer geforderte weitere Verschärfung im Strafmass findet im allgemeinen Ablehnung“. Man frage sich, „welche ungeheuerlichen Vorgänge den Führer veranlasst haben könnten, in dieser Weise vor der ganzen Welt die Beamtenschaft zu diffamieren und bloss zu stellen [sic].“[243] Diese direkte Kritik an Hitler selbst hatte Folgen. 1944 waren seine Gegner am Ziel, er trat nach einer Aussprache im Reichsjustizministerium am 26. Juli zurück.[244] War Dürig damit ein Gescheiterter, der vergeblich um Recht und Gerechtigkeit im Nationalsozialismus gekämpft hatte, ein „mutiger Verfechter des Rechts“, wie Klaus Oldenhage meint,[245] oder bloß das Opfer einer typischen NS-Intrige, weil er Oberlandesgerichtspräsident geworden war, obwohl hohe Parteikreise eigentlich einen anderen hatten haben wollen? Und war Dürig, wie Ernst Klee anführt, womöglich spätestens ab 1941 an der Scheinlegalisierung des Krankenmords in der sogenannten Aktion T4 zumindest wissend beteiligt?[246] Auch Dürigs weitere Geschichte lässt keine eindeutige Klärung zu: Kaum war er zurückgetreten, bot ihm Reichsjustizminister Otto Georg Thierack an, als Präsident das Oberlandesgericht Leitmeritz zu übernehmen, was er mit der Bemerkung, er hoffe diesmal auf größeres Verständnis der Parteikreise vor Ort, tat.[247] Aber auch dort war der Konflikt mit der Partei schnell wieder virulent, er wurde sogar in einem Parteigerichtsverfahren aus der NSDAP ausgeschlossen.[248] Vor diesem Hintergrund galt er seinem Nachfolger auf dem Bamberger Stuhl des Oberlandesgerichtspräsidenten Hermann Weinkauff als wackerer Richter, den er unbedingt auch für den BGH gewinnen wollte. Heute wird er hingegen überwiegend und womöglich zu vorschnell als Kollaborateur gesehen.[249]

242 BA, Pers 101/39801, NSDAP-Kreisleiter Bamberg an Staatsekretär Rothenberger, 14.12.1942, RJM an Chef der Staatskanzlei, 18.8.1939, Parteikanzlei an RJM, o.Dat., vermutlich 1942. Der Vorgang auch bei Gruchmann, Justiz im Dritten Reich, S. 276 f. Die Denkschrift und einen gleichgerichteten Lagebericht hat Oldenhage, Mutiger Einsatz 2006 veröffentlicht.

243 Oldenhage, Mutiger Einsatz, S. 697 f., 701 f.

244 BA, Pers 101/39801, Vermerk, 25.7.1944.

245 Oldenhage, Mutiger Einsatz, S. 690.

246 Klee, Das Personenlexikon, S. 121.

247 Klee, Das Personenlexikon, S. 121, RJM an Dürig, 7.8.1944, Dürig an RJM, 8.8.1944.

248 BA, Pers 101/39799, OLG-Präsident Bamberg an Bayerisches Justizministerium, 5.11.1946. S. a. Oldenhage, Mutiger Einsatz, S. 690, Fn. 7.

249 Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 309–314; Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 116 f. Unentschieden im Urteil bleibt Köckritz, Die deutschen Oberlandesgerichtspräsidenten, S. 119–127. Insofern mag die in BA, R 9361-II.185676 enthaltene politische Beurteilung, die die NSDAP Gauleitung München-Oberbayern an das Gaurechtsamt am 7.11.1939 übersandt hat, den Sachverhalt doch halbwegs treffend erfassen. Darin hieß es, Dürig sei „bei aller Höflichkeit doch ganz ungewöhnlich

Ebenso schwierig ist die Wertung im Falle von Willi Geiger, dessen Einordnung bis heute jenseits seines Handelns in der NS-Zeit bei vielen durch sein deutlich konservatives Weltbild, das er als BGH- und Bundesverfassungsrichter wirkungsvoll in die Öffentlichkeit zu tragen wusste, sowie seine Rolle beim Radikalenerlass der 1970er Jahre, den er befördert hat, beeinflusst wird. Der 1909 in Neustadt an der Weinstraße geborene Jurist war 24 Jahre alt, als Hitler Reichskanzler wurde. Das hatte Geiger mit aller Kraft verhindern wollen, indem er sich der Pfalzwacht, einer Art Schutztruppe für Veranstaltungen der BVP und der Zentrumspartei, angeschlossen und aktiv Wahlkampf gegen die Partei Hitlers gemacht hatte. Auch sein Vater und sein Bruder waren in der katholischen Partei aktiv, die Familie galt in Pirmasens als klar NS-feindlich eingestellt.[250] Nachdem Hitler in der Wahl vom 5. März 1933 nun eine Mehrheit für eine Regierung unter seiner Führung erreicht hatte, wurde Geigers Vater in einer organisierten Verleumdungskampagne eingeschüchtert, eingesperrt und als körperlich wie seelisch zerrütteter Mann zur Aufgabe seines Postens als Bezirksschulrat gezwungen. Auch Willi Geiger selbst wurde vergleichsweise lange im Rahmen einer Aktion gegen BVP-/ Zentrumsfunktionäre vom 23. Juni 1933 bis 7. Juli 1933 im Pirmasenser Amtsgerichtsgefängnis inhaftiert.[251] Im Juli 1933 setzte er sich in einem Brief an den Bayerischen Staatsminister für Kultus und Unterricht für seinen Vater ein und versuchte unter Bezugnahme auf rechtsstaatliche Residuen die Ehre des Vaters zu retten. Der Brief zeigt eindringlich, wie getroffen und fassungslos die Familie über die Ungesetzlichkeit und Boshaftigkeit des staatlichen Handelns war.[252] Für Geiger dürfte in dieser Zeit mehr als klar geworden sein, wie gefährdet seine Existenz war und dass er eine gewisse politische Anpassungsleistung erbringen musste, wenn er in Deutschland eine Zukunft haben wollte.

---

reserviert. Besonders fällt auf, dass er fast niemals das Parteiabzeichen trägt. Er ist der typische Vorgesetzte alten Stils, dem die Eigenschaften zur Menschenführung m. E. vollständig abgehen. Er wird sicher niemals aktiv im Sinne der nationalsozialistischen Weltanschauung wirken, wenn ihm auch die Staatstreue nicht abgesprochen werden kann und seine nationale Einstellung über jeden Zweifel erhaben ist." Einige Details seiner Berufsausübung, wie etwa sein Dissens mit Roland Freisler, sind bislang auch gar nicht bewertet worden. Hermann Weinkauff betonte in seiner Trauerrede auf Dürig, dass dieser sehr darunter gelitten habe, dass sein Einsatz gegen den Nationalsozialismus nicht gesehen worden sei. S. STA Bamberg, K 100.4 Nr. 4249 „Meine Dienstlaufbahn u. mein Verhältnis zur NSDAP" (Eingangsstempel 24.6.1946). S. a. STA Bamberg, NL E. Dürig, Trauerrede Hermann Weinkauff im Krematorium Karlsruhe, 11.1.1951.

250 BA, Pers 101/84303, Personalblatt; BA, Pers 101/84298, Entnazifzierungsangaben, 19.3.1946, Geiger an Spruchkammer Bamberg I, 16.2.1947, Spruchkammerurteil Bamberg, 17.4.1947.

251 LA Speyer, J 1, Nr. 1098. Nach einem Verzeichnis in BayHSTA München, Stk 6562, Nr. 555 dauerte seine Haft bis zum 5.7.1944. S. a. Aktion gegen die BVP, in: *Pirmasenser Zeitung*, 24.6.1933. Diesen Hinweis verdanke ich Miriam Breß, deren Doktorarbeit über die Schutzhaftpraxis in der Pfalz demnächst erscheinen wird.

252 LA Speyer, H 3, Nr. 9515, eingelegter Faszikel über die Anwendung des Berufsbeamtengesetzes auf Bezirksschulrat Martin Geiger, Brief Willi Geigers an den Staatsminister für Kultus und Unterricht, 25.7.1933.

Und diese Anpassungsleistung erbrachte er: In seiner Dissertation über die *Rechtsstellung des Schriftleiters* findet sich manch wohlwollende Formulierung über angeblich segensreiche Entwicklungen seit der „Machtergreifung“ und durchaus als antisemitisch einzustufende Formulierungen;[253] in Parteiorganisationen trat er auch ein. Seine berufliche Karriere begann er fernab seiner Heimat in Bamberg, wo sich aber auch die Gauleitung Mainfranken nach wie vor skeptisch zeigte über seine innere Einstellung.[254] Gleichwohl wurde er 1936 Gerichtsassessor und 1938 Landgerichtsrat dort, nachdem er 1937 der NSDAP beigetreten war. 1940 arbeitete er als Staatsanwalt und Ankläger vor dem Sondergericht Bamberg. In dieser Funktion hatte er auch mehrere Todesurteile mitzuverantworten.[255] Geiger beanspruchte aber immer für sich, vielen politisch Verfolgten geholfen zu haben und umgekehrt auch gegen hohe Parteigenossen vorgegangen zu sein, die sich Verfehlungen zu Schulden hatten kommen lassen. Seine Doktorarbeit sei von überzeugten Nationalsozialisten als liberalistisches Machwerk angesehen worden, das nur der Form nach die notwendigen Anpassungsleistungen erbracht hätte. Der spätere Bundesjustizminister Thomas Dehler, dessen jüdische Ehefrau durch den Antisemitismus des Nationalsozialismus ständig gefährdet war und der selbst als Rechtsanwalt in Bamberg tätig war, hat eine regimeferne Grundhaltung Geigers bestätigt. Untersuchungen über die Spruchpraxis am Sondergericht Bamberg zeigen, insbesondere bei Verfahren mit konfessionellem Hintergrund, ebenfalls eine im Ganzen „vergleichsweise milde“ Urteilspraxis.[256] Prozessbeteiligte an Bamberger Verfahren haben nach 1945 immer wieder auf vielfältige Versuche Geigers hingewiesen, Unschuldigen zu helfen und die Todesstrafe nur beantragt zu haben, wenn es sich um Personen gehandelt habe, die wegen ihrer langen kriminellen Vorgeschichte nach der geltenden Rechtslage kaum vor der Hinrichtung zu bewahren gewesen seien.[257] Dehler jedenfalls sah die Dinge in Bamberg nach eigenem Erleben genauso und holte Geiger nach dem Krieg dann in das Bundesjustizministerium, wo er als fähiger Organisator die Nachkriegsjustiz mit aufgebaut hat.[258] Das änderte nichts am Unrechtscharakter der Todesurteile wie der Sondergerichtsrechtsprechung in Bamberg an sich.[259] Hierauf gründen sich viele spätere kritische Beurteilungen Geigers und vor allem auch eine von der DDR unternommene Diskreditierungskampagne gegen ihn, als er 1966 Präsident des 81. Deutschen Katholikentages in

253 Geiger, Die Rechtsstellung des Schriftleiters.

254 BA, Pers 101/84300, Gauleitung Mainfranken an OLG-Präsident Bamberg, 12.5.1936. Man empfahl, statt Geiger doch zuverlässige Parteigenossen einzustellen.

255 Müller, Furchtbare Juristen, S. 220 f.

256 Blumberg-Ebel, Sondergerichtsbarkeit, S. 142.

257 S. Materna, Richter, S. 388–392, der die Erklärungen von Geiger, Dürig und seinen Kollegen darstellt, sie allerdings als gegenseitige Entlastungsversuche wertet und ihren Realitätsgehalt bezweifelt.

258 BA, Pers 101/84299, Geiger an OLG-Präsident Bamberg, 8.12.1945.

259 S. Guth, Alltag, S. 143–174.

Bamberg wurde.[260] Die Entnazifizierungskammer sah ihn angesichts des vorgelegten entlastenden Materials 1947 jedoch als gänzlich rehabilitiert an, weil er aktiven Widerstand gegen das NS-Regime geübt habe.[261] Überzeugt haben Geigers Anpassungsleistungen die NS-Machthaber im Übrigen nie: Noch 1945, in den letzten Tagen des „Dritten Reiches", wurde seine Beförderung wegen in den Augen der NS-Machthaber nach wie vor bestehender politischer Unzuverlässigkeit abgelehnt.[262]

Widerständigkeit gegen den Nationalsozialismus

Auf „Widerstand" gegen das NS-Regime, ob in kleiner oder großer Münze, versuchten sich nach 1945 naturgemäß viele zu berufen, und so wurden, bedingt durch die Umkehrung der Beweislast im Spruchkammerverfahren, zum Teil dutzendweise Entlastungszeugnisse beigebracht, die beweisen sollten, dass die Betroffenen schon immer gegen den Nationalsozialismus eingestellt gewesen seien. Was hier angeführt wurde, vom unterlassenen Hitlergruß bis zu kleinen Hilfeleistungen für Verfolgte, von Kritik an Hitler, die in den heimischen vier Wänden geübt wurde, bis zur Teilnahme an heimlichen Gesprächskreisen von Juristen, die sich überlegten, wie man dem ein oder anderen Verfolgten helfen konnte, lässt sich heute nur noch schwer verifizieren. Der voreilige, ungeprüfte Glaube an die Wahrheit von Entnazifizierungszeugnissen ist für historisches Arbeiten dabei ebenso unangebracht wie die undifferenzierte Unterstellung, alle Zeugnisse seien unwahr und apologetisch. Es sollen daher im Folgenden nur einige wenige Beispiele eines aus den Quellen gut belegten Widerstandes von späteren BGH-Richtern vorgestellt werden, die es neben vielfacher Anpassung und Kollaboration eben auch gegeben hat. Sie sind ebenso wichtig, um den Erfahrungshorizont der BGH-Richterschaft präzise zu beschreiben wie die belastenden Momente manch eines anderen Richters. Exakt quantifizieren lässt sich diese Widerständigkeit naturgemäß nicht, weil ihre Erscheinungsformen so vielfältig waren und weil neben Widerstand eben auch in unterschiedlichem Maße Anpassungsleistungen verschiedenen Ausmaßes in der totalitären Diktatur erbracht werden mussten, um nicht zum Ziel von Nachforschungen der Polizeiorgane zu werden.

Einige der späteren BGH-Richter haben schon in der Endphase der Weimarer Republik gesehen, dass ein engagierter Kampf gegen den Nationalsozialismus vonnöten sei, um das Abgleiten in eine NS-Diktatur zu verhindern. Dieser „Widerstand zur rechten Zeit" kennzeichnete etwa das politische Verhalten von Karl Haager, der 1955 BGH-Richter wurde und 1962 zum Bundesverfassungsgericht gewechselt ist. Haager, geboren 1911, kam aus einfachen Verhältnissen, sein Vater war Ziseleur, später sagte man ihm nach, er sei Marxist gewesen. Der Sohn engagierte sich jedenfalls in linken politischen Gruppierungen, war bei der SPD, bei Aufmärschen gegen den Nationalsozialis-

260 Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 339–381; Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 97, die Geiger als „klaren Nazi" sehen. S. a. Kramer, Willi Geiger, S. 85–123.

261 BA, Pers 101/84298, Spruchkammerurteil Bamberg, 17.4.1947.

262 BA, R 3001/194350, RJM an LG-Präsident Bamberg, 8.1.1945.

mus dabei, im Reichsbanner Schwarz-Rot-Gold und an der Universität Heidelberg Mitglied im roten Studentenbund. Auch der internationalen Verständigung wollte er durch Förderung der Plansprache Esperanto dienen. Damit entsprach Haager zu Beginn des „Dritten Reiches“ voll und ganz dem politischen Feindbild der neuen Machthaber und stand unter intensiver Beobachtung durch den Karlsruher Oberlandesgerichtspräsidenten Heinrich Reinle, der ein überzeugter Nationalsozialist war.[263] Weitergehender Widerstand war ihm daher nicht möglich. So versuchte er, sich möglichst zurückgezogen zu verhalten und hat durch den Parteieintritt im Jahr 1937 seine Bereitschaft zu regimekonformem Verhalten dokumentiert, auch wenn die Partei ihm das nie wirklich geglaubt hat.[264]

Ganz ähnlich der spätere Bundesrichter Karl Spreng: 1923 hatte er eine kaufmännische Lehre gemacht, danach Volkswirtschaft studiert und 1926 die Diplomabschlussprüfung abgelegt, sodann auch noch ein juristisches Studium mit hervorragenden Examensnoten absolviert und war schließlich in Gießen bei dem berühmten jüdischen Nationalökonomen Paul Mombert[265] promoviert worden. Der 1904 Geborene war damit um 1933 als außerordentlich qualifiziert anzusehen, doch ließ man ihn im hessischen Justizdienst nicht hochkommen, weil er seit 1926 der Zentrumspartei und diversen katholischen Organisationen angehört hatte und von einem Juden promoviert worden war. Über hundert Bewerbungen musste er schreiben, bis er nach seinem Parteieintritt 1937 im bayerischen Burgau, fünf Jahre nach dem zweiten Examen, endlich eine Amtsrichterstelle bekam. Spreng blieb sich aber treu: Im Krieg lehnte er eine Verwendung als Wehrmachtsrichter ab und unterstützte einen ostpreußischen katholischen Pfarrer namens Hubert Czechowski, der in das Konzentrationslager Dachau gekommen war, weil er sich unter anderem öffentlich gegen den Nationalsozialismus ausgesprochen und polnische Zwangsarbeiter unterstützt hatte. Ihm schickte Spreng Päckchen in das KZ, die ihm vermutlich geholfen haben zu überleben.[266]

Auch Anton Henneka, geboren 1900, und später ebenso wie Haager BGH-Richter und Richter am Bundesverfassungsgericht, versuchte in der Endphase der Republik, den Sieg des Nationalsozialismus zu verhindern. Dazu trat er noch 1933 in die Zentrumspartei ein und engagierte sich im Wahlkampf vor der Reichstagswahl am 5. März 1933. Sicherlich hat sein katholisches Elternhaus dazu beigetragen, ihn zu diesem exponierten Verhalten zu bewegen, sicher aber auch sein akademischer Lehrer, Konrad Beyerle, einer der Väter der Weimarer Reichsverfassung. Als die Reichstagswahl 1933 nicht das von ihm erhoffte Ergebnis zeitigte, zog er sich aber nicht wie Haa-

263 Zu Reinle s. Gohl, Heinrich Reinle, S. 170–173.

264 JMBW, Nr. 2817, Personalakte Haager, Kurt; GLA, 465c, Nr. 1871, Politische Beurteilung des BNSDJ-Gauführers, 1.9.1936 und durch NS-Gaurechtsamtsleiter, 24.9.1938.

265 Moraw, Kleine Geschichte, S. 215; Neumark, Paul Mombert, S. 672–680. Mombert wurde 1933 aufgrund des § 3 des Berufsbeamtengesetzes entlassen.

266 BA, Pers 101/40051, Personalblatt; BA, Pers 101/40052, Lebenslauf 24.2.1948, Gutachten des Vorprüfungsausschusses, 30.7.1946 und Spruchkammerurteil, 2.1.1948. Zu Pfarrer Czechowski s. Hehl/u. a., Priester, S. 573; Rogall, Schellen, S. 54–61.

ger zurück, sondern versuchte weiter Opposition zu machen, wo immer er das konnte. Das brachte ihm eine zwangsweise Versetzung nach § 5 Berufsbeamtengesetz von Offenburg in das unter badischen Richtern besonders ungeliebte, weil weitab liegende Mosbach („Badisch Sibirien“) ein. In die SA trat er 1934 ein, wurde wegen Untätigkeit dort aber bereits 1936 wieder ausgeschlossen. Ganz ähnlich verhielt es sich mit der NSV, in der er sogar als Blockwart fungierte, aber 1939 wegen parteischädigenden Verhaltens wieder ausgestoßen wurde, weil er versucht hatte, aus der NSV in Mosbach eine Art Caritasorganisation zu machen. In die NSDAP einzutreten, hat er immer abgelehnt. Auch als er zu Beginn des Krieges eingezogen wurde, hatten die militärischen Dienststellen mit ihm nur politischen Ärger – zeitweilig war er offenbar sogar in einem 999er Strafbataillon, auch als Militärrichter funktionierte er nicht wie gedacht und beschwerte sich laufend. 1944 wurde er jedenfalls aus dem Offizierskorps entlassen und zur Dienstleistung im Kriegsschädenamt der Stadt München verpflichtet, nachdem er sich geweigert hatte, am Sondergericht Mannheim tätig zu werden.[267]

Drastischere Folgen hatte der Widerstand des späteren Bundesrichters Jochen-Hilmar von der Mühlen. Der Jurastudent hatte sich 1935 mit seiner Mutter brieflich über die politische Lage ausgetauscht und dabei seiner negativen Meinung über einige NS-Funktionäre freien Lauf gelassen. Die Briefe fielen der Gestapo in die Hände, als diese wegen regimefeindlicher öffentlicher Äußerungen der Mutter eine Hausdurchsuchung bei ihr durchführte. Die Folge war die Verurteilung des Sohnes zu einem Jahr Haft wegen Verunglimpfung der Gauleiter Erich Koch und Joseph Goebbels sowie anderer NS-Führungspersönlichkeiten. Die Mutter erhielt eine Haftstrafe von neun Monaten.[268] Der Vorgang beschäftigte auch das Reichsgericht, weil die Frage im Raum stand, ob solche Äußerungen im Familienkreis als öffentlich anzusehen seien und den Tatbestand der Beleidigung erfüllten. Das Reichsgericht bejahte das 1937 ganz im Sinne der Machthaber.[269] So wurde von der Mühlen nicht nur eingesperrt, sondern anschließend auch vom Universitätsrat der Universität Königsberg vom Studium ausgeschlossen und für alle Universitäten des Reiches gesperrt. Als er nach fast acht Monaten Haft aufgrund einer Amnestie vorzeitig freikam, arbeitete er als Angestellter einer Berliner Filmverleih-Gesellschaft, danach war er Lehrling bei der Transatlanti-

267 Das Verhalten Hennekas wird durch diverse zeitgenössische politische Beurteilungen dokumentiert, zu finden in GLA Karlsruhe 465c/15921, Politische Beurteilung 1942, Gaupersonalamt an Dienstaufsichtsbezirk Kassel, 24.7.1942, Amt für Beamte an Gauleitung Baden, 15.6.1942, Beurteilung des Gaupersonalamtsleiters Baden, 27.1.1938, NSDAP-Kreisleitung an Gaupersonalamt, 13.1.1938; GLA Karlsruhe 465c/864, Gutachten Kreisrechtsamtsleiter Mosbach, 2.2.1938; GLA Karlsruhe 233/24164, Justizministerium Baden an Staatsministerium Baden, 22.3.1934, Verfügung des Gauleiters Baden, 14.4.1934. S. a. StA München, Personalakten 10285, Anton Henneka, passim.

268 BGH, PA Jochen-Hilmar von der Mühlen, Verfügung der Stapo-Leitstelle Königsberg, 30.6.1935, Anschuldigungsschrift des Universitätsrates der Universität Königsberg, 2.4.1938, Beschluß des Dreierausschusses der Universität Königsberg, 31.5.1938.

269 Im engsten Familienkreis, in: *Frankfurter Zeitung*, 15.9.1937.

schen Güterversicherungsgesellschaft. Erst nach dem Ende des „Dritten Reiches“ konnte er sein Jurastudium fortsetzen und eine Karriere im Justizdienst beginnen. [270]

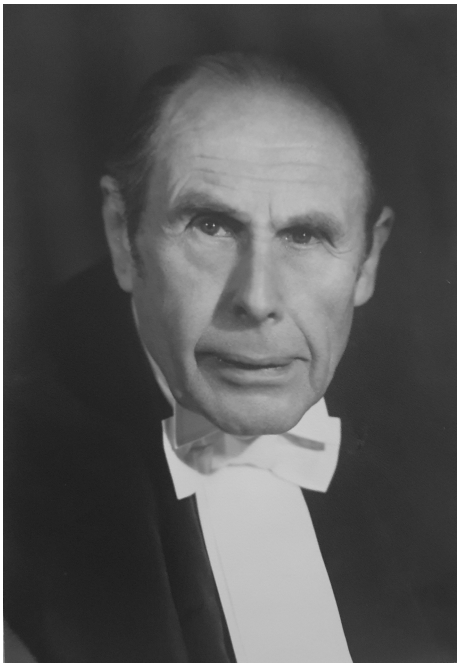


Abb. 6: Portrait: Kurt Pagendarm
Quelle: Privatarchiv Peter Pagendarm, Waldkirch

Sehr leicht hätte ein ähnliches Schicksal auch den späteren BGH-Senatspräsidenten Kurt Pagendarm treffen können, der schon 1933 seiner Frau schrieb, der Nationalsozialismus sei nichts anderes als „Beschimpfung aller Andersdenkenden; Hetze und Hass; Mord; Ungerechtigkeit“.[271] Der stark von seinem katholischen Glauben geprägte Richter war vor 1933 in der Zentrumspartei aktiv und weigerte sich ostentativ auch nach 1933, seine Meinung wesentlich zu ändern. Wegen seiner offen feindseligen Haltung dem Nationalsozialismus gegenüber wurde er aus seiner hessischen Heimat bei Hanau nach Bochum strafversetzt und erfuhr trotz hervorragender juristischer Leistungen keine Beförderung mehr bis 1945. Pagendarm lehnte es nicht nur ab, in die NSDAP einzutreten, nicht einmal der Standesorganisation NSRB gehörte er an. Noch in einer politischen Beurteilung aus dem Jahr 1944 trug man ihm nach, dass er jede Möglichkeit genutzt habe, zum Beispiel durch Teilnahme an den katholischen Fronleichnamsprozessionen 1938 und 1939 in Bochum, die wegen ihrer Anlage und des großen Zulaufs als offener Protest gegen das NS-Regime gewertet worden waren, seiner

270 BGH, PA Jochen-Hilmar von der Mühlen, Personalblatt.
271 BA, Pers 101/48886, Wilhelmine Pagendarm an Landgerichtspräsident Bochum, 30.1.1946.

Missachtung des Nationalsozialismus Ausdruck zu verleihen.[272] Eine ähnliche Einstellung vertrat auf evangelischer Seite Georg Rietschel, der in einem Beleidigungsprozess in Tübingen 1937 das Verhalten eines Parteigenossen gegen den Mössinger Pfarrer Richter ebenso deutlich verurteilte wie die Hetze der örtlichen NSDAP gegen den politisch unliebsamen Pfarrer. Als der NSDAP-Gauleiter von Württemberg, Wilhelm Murr, davon erfuhr, sprach er Rietschel nicht nur seine Missbilligung aus, sondern verfügte, dass er nicht mehr in Prozessen mit politischem Einschlag eingesetzt werden dürfe. Nur die Intervention seiner wohlmeinenden Dienstvorgesetzten verhinderte noch seinen Rauswurf.[273]

Solch schwerwiegende Konsequenzen eines unangepassten Verhaltens ließen sich am ehesten vermeiden, wenn man wie der spätere BGH-Richter Fritz von Werner gar nicht im Justizdienst blieb. Er war schon 1928 Sozius der bekannten Anwaltskanzlei Simson/Wolff geworden und führte die Kanzlei auch im „Dritten Reich“ fort, als seine jüdischen Kollegen vertrieben wurden. Als evangelischer Christ in der bekennenden Gemeinde von Martin Niemöller setzte er sich auch für andere verfolgte Juden ein und lehnte es immer ab, Parteigenosse zu werden oder in den NSRB einzutreten.[274] Hilfe für die vom Nationalsozialismus verfolgten jüdischen Mitbürger war auch das Anliegen des späteren Bundesrichters Georg Scheffler, der schon aufgrund seiner jüdischen Verlobten, die er nicht heiraten durfte, engere Beziehungen zum Judentum hatte. Er half jüdischen Mitmenschen bei der Flucht, versteckte verfolgte Juden und teilte mit ihnen seine Essensmarken. Auch einem politisch verfolgten sozialistischen Studenten, der später Korrespondent der britischen Zeitung *The Observer* wurde, hat er unter eigener Gefährdung Unterschlupf gewährt. Die in seinen Personalakten zu findenden Zeugnisse der geretteten Personen hätten womöglich das Potential gehabt, ihm den Titel eines „Gerechten unter den Völkern“ zu sichern.[275]

Bundesrichter Alexander von Normann war höchstwahrscheinlich in die Attentatsvorbereitungen des 20. Juli 1944 verwickelt. Er hatte sich als bekannter Rechtsanwalt, wie manch anderer Regimegegner im Reich, der zivilen Seite der Verschwörung

272 BA, Pers 101/48886, Vermerk des OLG-Präsidenten Hamm, Dezember 1941, Personal- und Befähigungsnachweis, 20.3.1944, Wilhelmine Pagendarm an Landgerichtspräident Bochum, 30.1.1946, Personal- und Befähigungsnachweisung, 10.7.1948. S. zur katholischen Frömmigkeit und dem Prozessionswesen in Bochum im Nationalsozialismus auch Zehnter, Widerstand, S. 154–157. Vergleichbar zum Fall Pagendarm ist auch der von August Raske, s. BA, Pers 101/48906, Personal- und Befähigungsnachweis 1935.

273 BA, Pers 101/76109, Beurteilung des OLG-Präsidenten Stuttgart, 27.3.1939. Darin hieß es „Vor 1 ½ Jahren ist er einmal in einer Strafsache mit politischem Einschlag entgleist, dies hatte zur Folge, dass die politischen Stellen bis zum Gauleiter sich gegen ihn aussprachen.“ S. ebd. auch das Entnazifizierungsurteil der Spruchkammer Tübingen 1948. Zu Murr s. Scholtyseck, „Der Mann aus dem Volk“, S. 477–502.

274 Grieß, „Im Namen des Rechs“, S. 145–148. S. a. BA, Pers 101/40059, Britischer Entnazifizierungsfragebogen o.Dat.

275 LA NRW, Duisburg, Pe Nr. 3242, Zeugnis Kurt Wergin, 22.6.1946 und diverse Zeugnisse verfolgter Juden in LA NRW, Duisburg, NW 1002-L Nr. 44965. S. a. Hansen, Erna Scheffler, S. 72–75.

als möglicher Regierungspräsident von Königsberg zur Verfügung gestellt für den Fall eines gelungenen Umsturzes. Da das Attentat bekanntlich scheiterte, ist er nie zum Einsatz gekommen, und seine Verstrickung in die Verschwörung blieb unentdeckt. Den Kontakt zu den Verschwörern dürfte er über die 1944 hingerichteten Mitverschwörer Heinrich Graf von Lehndorff-Steinort und Heinrich Graf zu Dohna-Schlobitten erhalten haben, die zu seinem Königsberger Klientenkreis zählten.[276]

Der spätere Bundesrichter Heinz Schuster setzte gegen Ende des Krieges sein Leben in der „Freiheitsaktion Bayern“ aufs Spiel. Dieser Zusammenschluss verschiedener Kreise von Wehrmachtseinheiten, die im Raum München stationiert waren, entschied sich noch im März 1945 gegen die regionalen NS-Machthaber, vor allem den bayerischen Gauleiter Paul Giesler, loszuschlagen. Der nicht sonderlich gut organisierten Aktion gelang es immerhin, die Sender Freimann und Ismaning bei München zu besetzen und über Rundfunksendungen die Bevölkerung zum Widerstand gegen die Machthaber aufzurufen. Unter diesen rund 400 Soldaten war auch Schuster, damals Mitglied einer Dolmetscherkompanie. Die „Freiheitsaktion Bayern“ wollte ein rasches Ende des Blutvergießens erreichen und mit den näher rückenden alliierten Truppen über eine Kapitulation verhandeln, die in den Aufbau neuer demokratischer Strukturen in Bayern münden sollte. Das war gerade in der Endphase des Krieges, in der fliegende Standgerichte und enthemmte SS-Führer am laufenden Band kurzen Prozess mit allen machten, die aufgeben wollten, hoch gefährlich. Schuster, der zwar seit 1937 Parteigenosse war und 1938 zum Landgerichtsrat in München ernannt worden war, hatte nur den militärischen Rang eines Gefreiten, wirkte aber aktiv mit und konnte nach dem Scheitern der Aktion untertauchen, bis die Alliierten die Wehrmacht in Bayern niedergeworfen hatten. Das über ihn in Abwesenheit verhängte Todesurteil konnte nicht mehr vollstreckt werden. Andere Mitglieder der „Freiheitsaktion Bayern“ hatten weniger Glück und wurden noch kurz vor dem Einmarsch der Alliierten hingerichtet.[277] Man darf wohl davon ausgehen, dass solch existenzielle Erfahrungen die Richter in ihrem beruflichen Tun auch nach 1945 erheblich beeinflusst haben.[278]

---

276 STA Sigmaringen, Wü 13 T 2 Nr. 1269/047, Säuberung der Verwaltung von nationalsozialistischen Einflüssen, Landkreis Hechingen, 17.12.1945, Questionnaire supplémentaire, 9.11.1945. Zur zivilen Unterstützung des Attentats vom 20. Juli 1944 siehe die Regionalstudien zu Baden und Württemberg sowie zu Hessen: Lill/Kißener, 20. Juli 1944, S. 195–229; Ulrich, Politischer Widerstand.

277 Zu Schuster s. BA, Pers 101/40036, Personalblatt; BA, Pers 101/40037, Personal- und Befähigungsnachweisung 1949. Im Gutachten des Vorprüfungsausschusses für den Landgerichtsbezirk München II vom 22.7.1946 ebd. wird ihm nachgesagt, er sei ein eigentlich schwächlicher, zögerlicher Mensch, der von seinen Kameraden zur Freiheitsaktion Bayern mitgezogen worden sei. Der Spruchkammerbescheid der Spruchkammer X München vom 7.3.1947 würdigt hingegen seinen Einsatz in der FAB angesichts des über ihn verhängten Todesurteils positiv und damit entlastend. Zur Freiheitsaktion Bayern s. Diem, Die Freiheitsaktion Bayern, wo Schusters Beteiligung in der Gruppe Meldekopf Aumeister, S. 418 nachgewiesen wird. Die Beteiligung von Bundesrichter Friedrich Börtzler, dem die Spruchkammer X München auch glaubte, dass er die Freiheitsaktion Bayern zumindest mit der Weitergabe von Informationen unterstützt habe (s. BA, Pers 101/48780 Urteil Spruchkammer München X, 9.5.1947), ist in Diems sehr aufwändig recherchierter Arbeit nicht verzeichnet. Allerdings enthält seine Spruchkam-

Verfolgte Richter

Insgesamt 17 späteren BGH-Richtern (9,6 Prozent) war zwischen 1933 und 1945 nicht einmal die Wahl zwischen Anpassung und Widerstand geblieben, sie hatten wegen ihrer jüdischen Wurzeln ab 1933 nicht mehr als Volksgenossen gegolten und waren im Gefolge der Nürnberger Gesetze ihrer bürgerlichen Rechte beraubt worden. Oder aber man hatte sie wegen ihrer jüdischen Ehefrau so massiv benachteiligt, dass auch sie die rassistische Verfolgungspraxis des Regimes selbst zu spüren bekamen. Die individuellen Schicksale waren höchst variantenreich gewesen, das durch die Verfolgung hervorgerufene Leid kaum zu ermessen.

Einigen war zur rechten Zeit noch die Emigration ins Ausland gelungen.[279] Das war für die zumeist schon arrivierten, in einem geachteten bürgerlichen Leben stehenden Richter ein äußerst schwerer Schritt, zumal in aller Regel im Ausland die Lebensbedingungen keineswegs einfach waren. Zu diesem Kreis zählte Walter Ascher, 1933 Amtsgerichtsrat in Offenbach, der der zionistischen Bewegung nahestand. Er wanderte 1934 nach Palästina aus und wurde dort Rechtsanwalt („Advocate, Palestine Bar“) in Tel Aviv. Da ihm die deutsche Staatsangehörigkeit genommen war, nahm er dort die palästinensische an.[280] 1947 kam er von Heimweh getrieben nach Deutschland zurück. Sein Freund, der hessische CDU-Landtagsabgeordnete Karl Kanka, Rechtsanwalt und Notar in Offenbach, setzte sich beim Hessischen Justizministerium für ihn ein: Wegen des ihm angetanen Unrechts habe er einen Anspruch auf rasche Zuteilung einer Planstelle in der Justiz. „Es wäre auch schade, wenn ein Mann wie Herr Ascher von dem ihm zuteil gewordenen Empfang enttäuscht würde und der Justiz den Rücken kehrte“, meinte er.[281] Ascher wurde umgehend wieder zum Richter in Darmstadt ernannt, ein Jahr später zum Oberlandesgerichtsrat in Frankfurt/Main und kam von dort dann 1950 direkt an den Bundesgerichtshof.[282] Ganz ähnlich auch der Fall von Dietrich Lang-Hinrichsen, der 1933 schon auf dem Weg gewesen war zu habilitieren, dann aber nach § 3 BBG in den unbesoldeten Ruhestand abgedrängt wurde. Er emigrierte 1940 nach Brasilien, lernte dort Portugiesisch und arbeitete sich im dortigen Universitätssystem langsam wieder hoch. 1949 kam er zurück nach Deutschland, wurde Oberregierungsrat im Bundesjustizministerium und ging von dort 1954 an den BGH.[283] Karl-Emil Meyer, 1933 Landgerichtsrat in Bonn,[284] und Erich Schalscha, Rechts-

merakte, STA München, K 168 Börtzeler, Friedrich, 15.12.1909, ein Zeugnis von Dr. J. Gerngross, einem führenden Repräsentanten der FAB, datiert auf den 18.7.1946, das seine Hilfestellung bezeugt.

278 S. v. a. Interview mit Burkhard von der Mühlen, Köln, 25.1.2023.

279 Zu den wenig untersuchten Rahmenbedingungen der Emigration und Remigration von Juristen siehe als Problemaufriss Jordan, Die Remigration, S. 305–320.

280 BA, Pers 101/39771, Personalblatt, Wahlvorschlag, 6.9.1950.

281 BA, Pers 101/39772, Kanka an Hessisches Justizministerium, 6.8.1947.

282 BA, Pers 101/39771, Personalblatt.

283 UA Mainz, Best. 64, Nr. 1726, Personalblatt, Nr. 1726 (4), Wahlvorschlag, 12.4.1954.

284 BA, Pers 101/39844, Wahlvorschlag, 22.10.1951.

anwalt und Notar in Breslau,[285] emigrierten nach Großbritannien, während Richard Selowsky vor dem Nationalsozialismus nach Frankreich floh, dort aber nach der deutschen Besetzung auch zeitweilig in den Internierungs-/Konzentrationslagern Vernet und Gurs in Haft gehalten wurde.[286] Sie alle schlugen sich mehr schlecht als recht im Ausland durch, kehrten nach 1945 dann aber nach Deutschland zurück. Sie alle wurden in eine gehobene Position der deutschen Justizverwaltung eingewiesen, die sie voraussichtlich erreicht hätten, wenn ihnen die nationalsozialistische Verfolgung nicht widerfahren wäre.[287]

Eine zweite Gruppe rassisch Verfolgter war durch eine sogenannte Mischehe mit einer „arischen“ Partnerin vorläufig geschützt oder vermochte sich als sogenannte Halb- oder Vierteljuden in Deutschland durchzuschlagen, was ebenso schwierig gewesen war. Zugleich belegen die Fälle in dieser Gruppe sehr unterschiedliche und geradezu willkürliche Entlassungszeitpunkte wie auch stark differierende Schicksale, die vom Wohlwollen der beruflichen Umgebung und dem Verfolgungswillen der Parteistellen abhängig waren. Alfred Groß, der nach seiner Entlassung als Landgerichtsdirektor in Görlitz 1936 zunächst noch beim Fürsten von Pless als Rechtsberater arbeiten durfte, bis auch dieser ihn unter Zwang entlassen musste, wurde 1944 noch als 59-jähriger in ein Arbeitslager überstellt.[288] Georg Kuhn, der gerne eine wissenschaftliche Karriere angestrebt hätte, wurde das verwehrt, und er musste sich als „Mischling 2. Grades“ zunächst als Repetitor, dann als Rechtsanwalt durchschlagen, bis man ihn 1944 doch noch zur Wehrmacht einzog.[289] Auch Hans Loewenheim, 1933 Gerichtsassessor und Assistent an der Universität Königsberg, blieb der Weg in die Wissenschaft verwehrt. Ihm erlaubte man als Sohn eines „volljüdischen“ Vaters nicht einmal, Rechtsanwalt zu werden, so dass er sich mit diversen Ausweichanstellungen, zuletzt bei Siemens, bis zum Ende des Nationalsozialismus durchschlagen musste.[290] Georg Heimann-Trosien, „Mischling 1. Grades“, musste sich zwar auch viele Zurücksetzungen und Benachteiligungen gefallen lassen, doch durfte er bis zum Ende des „Dritten Reiches“ als Rechtsanwalt in Breslau arbeiten.[291] Richard Neumann, schon seit 1921 Reichsanwalt beim Reichsgericht, wurde trotz seiner jüdischen Wurzeln bis 1935 noch auf diesem Posten geduldet, dann aber entlassen und 1944 sogar ins KZ Theresienstadt

285 BA, Pers 101/40031, Personalblatt.

286 BA, Pers 101/48973, Personalblatt.

287 Dass dies nicht selbstverständlich war, belegt der Fall Robert Michaelis am Landgericht Mainz. S. dazu: Krach, Ein Mainzer Richter, in: *JoJZG* (2013), S. 76–79.

288 BA, Pers 101/39810, Wahlvorschlag, 1.9.1950; BA, Pers 101/39811, Lebenslauf, 24.9.1945. Die Fürsten von Pless waren im deutsch-polnischen Grenzgebiet auf verschiedenen Gebieten, u. a. auch im Bergbau, wirtschaftlich aktiv und wehrten sich in dieser Zeit gegen polnische Ansprüche auf ihre Unternehmungen. S. Skibicki, Industrie, S. 160–163.

289 BA, Pers 101/39827, Wahlvorschlag, 1.9.1950.

290 BA, Pers 101/40000, Personalblatt; BA, Pers 101/39836, Anlage 1, 29.3.1948.

291 BA, Pers 101/48809, Lebenslauf, 22.11.945.

deportiert.[292] Kurt Waschow konnte sich trotz jüdischer Mutter noch bis 1943 als Kammergerichtsrat in Berlin halten, kam dann aber in ein Arbeitslager der Organisation Todt.[293] Zu diesem Zeitpunkt wurde auch der Reichsgerichtsrat Martin Heidenhain, „Mischling 2. Grades", in den Ruhestand geschickt, obwohl Reichsjustizminister Franz Gürtner 1937 verfügt hatte, dass er wegen dieser „rassischen Belastung" nicht weiter belangt werden sollte. Reichsgerichtspräsident Erwin Bumke aber wurde Heidenhains nicht rein „arische" Abstammung zunehmend zur Last, so dass er ihn nach Gürtners Tod drängte, nun von sich aus das Reichsgericht zu verlassen.[294] Günther Wilde drängte man hingegen schon 1938, und zwar nur wegen seiner jüdischen Ehefrau, aus dem Dienst am Kammergericht Berlin. Auch ihm erlaubte man danach keine Tätigkeit als Rechtsanwalt, so dass er sich mit Hilfsdiensten in Rechtsanwaltskanzleien durchschlagen musste.[295]

Für etliche rassisch Verfolgte war die mit ihrer Entlassung verbundene Verachtung ihres Dienstherrn kaum zu ertragen, hatten sie sich doch als national Denkende empfunden und in der Weimarer Republik zum Beispiel am Reichsgericht mit Energie gegen den Kommunismus gekämpft. Alfred Groß oder auch Richard Neumann beriefen sich in ihrer Not darauf und mussten in der NS-Zeit erfahren, dass das alles nichts mehr wert war. Nach 1945 wiederum wurde ihre Korrespondenz mit dem Justizministerium, in der sie sich auf ihre Verdienste um die Nation beriefen und ihre Willfährigkeit gegenüber dem Regime betonten, umgekehrt auch wieder kritisch diskutiert. Im Richterwahlausschuss sah manch einer darin doch eine unziemliche Anbiederung an das NS-Regime.[296]

Es wäre freilich zu kurz gegriffen, wollte man beim Blick auf rassische Verfolgung nur auf jene schauen, die direkt und unmittelbar persönlich vom nationalsozialistischen Antisemitismus betroffen waren. Die erzwungene, angstvolle Durchforstung der Ahnenreihe für die Ausstellung des sogenannten Ariernachweises förderte manche Erkenntnis zutage, die leicht die bürgerliche Existenz hätte kosten können. Auch solche Erlebnisse gehörten zu den Erfahrungsbeständen so manch eines späteren BGH-Richters. So stammte zum Beispiel Karl Canters Vater aus Holland und die Mutter des Großvaters war Jüdin. Die holländische Verwandtschaft des Richters war bis in die 1930er Jahre jüdischen Glaubens. Canter gelang es, diese Verhältnisse zu verschleiern, so dass er unbehelligt blieb.[297] Unentdeckt blieb auch, dass die Mutter von Bundesrichter Wolfgang Gähtgens „Halbjüdin" war. Ein Freund brachte den examinierten

292 BA, Pers 101/008707, Wahlvorschlag, 1.9.1950; BA, Pers 101/008706, Chef der Sipo und des SD an RJM, 11. 1944.
293 BA, Pers 101/40054, Personalblatt; BA, Pers 101/39874, Lebenslauf, 5.2.1951.
294 BA, Pers 101/48802, Personalblatt; BA, Pers 101/48803, Heidenhain an BGH-Präsident, 28.9.1951.
295 BA, Pers 101/40061, Personalblatt; BA, Pers 101/39889, Lebenslauf, 27.3.1948 und BA, Pers 101/39890, div. zeitgenössische Zeugnisse.
296 BA, Pers 101/39812, OLG-Präsident Breslau an Preußisches Justizministerium, 19.9.1933 und Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 191 f., Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 22, 68–70.
297 BA, Pers 101/39784, Canter an Hessisches Justizministerium, 28.6.1946.

Juristen im Reichswirtschaftsministerium unter, und es gelang während der gesamten NS-Zeit, diese „Belastung“ zu verheimlichen, so dass Gähtgens bis zum Oberregierungsrat aufsteigen konnte.[298] In ähnlicher Weise hatte auch Hans-Robert Mezger Glück. Der Bezirksobmann des BNSDJ in Elbing brachte gleich 1933 das Gerücht auf, die Großmutter Mezgers sei eine Farbige gewesen. Der dortige Oberlandesgerichtspräsident musste daraufhin Nachforschungen anstellen und konnte herausfinden, dass Mezgers Großvater tatsächlich eine Haitianerin geheiratet hatte. Mezger behauptete, diese sei eine französische Kaufmannstochter gewesen und keine Farbige. Da er selbst keine dunklere Haut hatte, ließ der Oberlandesgerichtspräsident die Sache auf sich beruhen und entschied, dass keine weiteren Untersuchungen stattfinden sollten – und dabei blieb es.[299] Else Koffka zog es aus Sicherheitsgründen vor, sich selbst aus dem Justizdienst zurückzuziehen. Ohnehin hatte sie als Frau nach 1933 dort keine Zukunft mehr. Wichtiger aber war, dass niemand weiter nach ihrem Großvater fragte, der nach unsicheren Quellen möglicherweise jüdischen Glaubens gewesen war. Auch sie suchte ihr Auskommen dann als Rechtsanwältin.[300]

Vor beruflichen Problemen standen auch all diejenigen, die mit jüdischen Ehefrauen verheiratet waren oder ohne Rücksicht auf die Herkunft jüdische Frauen heiraten wollten. Auch hier gab es allerdings einen weiten Ermessensspielraum. Dagobert Moericke, Oberstaatsanwalt bei der Reichsanwaltschaft, war mit einer Frau verheiratet, in deren nicht allzu ferner Verwandtschaft ein jüdisches Familienmitglied gewesen war. Er hatte das Glück, dass kein Geringerer als Staatsekretär Roland Freisler das kraft seines Amtes für unerheblich erklärte.[301] Bei dem jungen Gerichtsassessor Erwin Stein war das anders. Aufgrund seiner jüdischen Ehefrau hatte er 1933 keine Chance mehr im Justizdienst und musste sein Auskommen als Rechtsanwalt und Notar suchen. Die Sorge hörte aber nicht auf: 1943 sollte seine Frau deportiert werden und brachte sich noch vor der Abholung durch die Polizei um.[302] Landgerichtsrat Georg Scheffler musste 1934 auf Druck der Justizverwaltung gleich ganz auf seine geplante Hochzeit mit einer Jüdin verzichten und galt fortan als politisch unsicherer Kantonist.[303] Und Wolfhart Werner ließ sich von seiner jüdischen Ehefrau 1939 scheiden –

298 Gähtgens partielle jüdische Abstammung ist nie in seinen Personalakten erwähnt worden. Auch nach 1945 sprach er nur ungern darüber, weil die Diskriminierungserfahrungen (der Vater hatte seine Stellung als Medizinalrat in der NS-Zeit verloren) nach Meinung der Tochter den Vater ein Leben lang gezeichnet hatten. Die Familienverhältnisse erhellen aber unzweifelhaft aus den persönlichen Unterlagen im Privatbesitz von Ulrike Gähtgens-Maier. S. dazu auch das Zeitzeugeninterview mit Ulrike Gähtgens-Maier, 11.12.2023.

299 BA, Pers 101/48880, OLG-Präsident Marienwerder an Preußisches Justizministerium, 24.6.1933.

300 BA, Pers 101/48846, Lebenslauf, 16.4.1951.

301 BA, Pers 101/39849, Oberreichsanwalt an RJM, 25.6.1935.

302 BA, Pers 101/84375, Festsetzungsbescheid des Regierungspräsidenten Darmstadt, 21.12.1950.

303 BA, Pers 101748927, Erklärung des Ministerialrats Rudolf Rempel, 13.9.1951. S. a. Jaeger, Erna Scheffler, S. 197–202. Georg Scheffler unterstützte seine spätere Frau aber weiterhin und lebte mit ihr zusammen, zuletzt in einem Versteck in einer Laubenkolonie.

ob aus Karriererücksichten oder weil die Ehe nicht glücklich war (er heiratete 1942 erneut), geht aus den Akten nicht hervor. In jedem Fall half er seiner früheren Frau bei der schließlich erfolgreichen Flucht nach Chile.[304]

Rechnet man solche Fälle hinzu, dann kommt man leicht auf über 10 Prozent Richter in den ersten 15 Jahren des Gerichts, die in der ein oder anderen Form eine Verfolgungserfahrung durch den nationalsozialistischen Rassismus mit in ihr Amt am BGH brachten. In der deutschen Justiz im Allgemeinen und im BGH im Speziellen waren sie als politisch völlig Unbelastete und „Wiedergutmachungsberechtigte" grundsätzlich willkommen, konnte mit ihnen doch ein Neuanfang der Justiz deutlich gemacht werden. Es mangelt nicht an Zeugnissen, die das bestätigen: Im Fall von Richard Selowsky beispielsweise wandte sich der Badische Staatspräsident Leo Wohlleb direkt an Bundeskanzler Konrad Adenauer und empfahl Selowsky für den Bundesgerichtshof: Man müsse mit ihm unbedingt diese „Möglichkeit auszunutzen, in einem einzelnen Falle zu versuchen, ein Unrecht wieder gutzumachen, das Millionen Unschuldige betroffen hat."[305] Bei Karl-Emil Meyer setzte sich BGH-Präsident Hermann Weinkauff persönlich ein, um ihm möglichst günstige Umzugsbedingungen aus Großbritannien zu verschaffen.[306] Und im Fall von Alfred Groß stellte der Generalstaatsanwalt beim Oberlandesgericht Oldenburg fest, er habe „selbstverständlich Anspruch auf Wiedergutmachung", man wisse nur nicht, ob eine Präsidentenstelle frei sei. Daher fragte er an, ob er wohl auch Oberstaatsanwalt werden wolle.[307]

Wie die erfahrene eigene Verfolgung und Diskriminierung oder die der Ehefrau das Denken dieser Gruppe künftiger BGH-Richter beeinflusst hat, lässt das Tagebuch von Günter Wilde recht gut erkennen. Als der Krieg zu Ende ging, befand er sich mit seiner Frau Lotte in Berlin und erlebte die Befreiung durch die Rote Armee. Nur langsam konnten er und seine Frau sich an den Gedanken gewöhnen, jetzt keine Angst mehr vor plötzlichen Razzien der Gestapo oder unerwarteten Wendungen in der „Judenpolitik" des Regimes haben zu müssen. Erleichterung und Freude über die wiedergewonnene Freiheit und Menschenwürde bestimmte zunächst einmal das Denken, aber auch ein bisweilen zornerfüllter Blick auf jene, die ihnen zwölf Jahre „Bedrückung u. Entrechtung" angetan hatten.[308] Der Krieg sei mit „Hoffart u. Überheblichkeit" begonnen worden. „Nun muß ein ganzes Volk büßen, was eine Verbrecherklique mit ihrem allerdings recht zahlreichen Anhang verschuldet hat."[309] Gegenüber den Gestapobeamten müsse man jetzt hart vorgehen: „Es darf keine menschlichen Regungen

304 BA, Pers 101/76252, Lebenslauf, 2.8.1945.
305 BA, Pers 101/48939, Wohlleb an Bundeskanzler Konrad Adenauer, 14.9.1949.
306 BA, Pers 101/39844, Weinkauff an BMJ, 30.5.1955.
307 BA, Pers 101/39811, Generalstaatsanwalt beim OLG Oldenburg an Groß, 28.9.1945.
308 BA, N 1817/5, Tagebucheintrag, 8.5.1945.
309 BA, N 1817/5, Tagebucheintrag, 17.5.1945.

solchen Mordgesellen gegenüber geben!“[310] Am 15. Juni 1945 bekam Wilde seine Zulassung als Anwalt wieder zurück. Im Tagebuch notierte er:

> Sieben Jahre lang ist mir diese Zulassung verweigert worden, auf die ich rechtlich u. moralisch einen unzweifelhaften Anspruch hatte! Für uns ein Tag der Freude u. der Genugtuung, daß alles Unrecht endlich, endlich beseitigt werden konnte.

Tags drauf ging das Ehepaar zu einem Konzert:

> Es mutet einen wie ein Wunder und unwirklich an. [...] Für uns bedeutet das Konzert aber noch mehr: das erste Mal nach 8 Jahren durften wir zusammen ein Konzert besuchen, ohne uns verstecken u. ängstlich nach etwaigen Beobachtern umsehen zu müssen. Diese Fesseln sind nun gottlob ein für alle Mal abgestreift! Wer diese Bedrückung nicht selbst ausgekostet hat, kann kaum nachempfinden, welche peinigende Last Jahr für Jahr auf uns lastete u. uns allmählich erstarren ließ.

Den Landsleuten die ganze Wahrheit über die KZ-Verbrechen ungeschminkt vor Augen zu führen, hielt er für notwendig:

> So grausig die Berichte sind u. so quälend u. beschämend ihre Lektüre für jeden Deutschen ist, so notwendig ist es, den Menschen die Wahrheit zu übermitteln, um nach u. nach den Boden für eine innere Abkehr aller von den Prinzipien der Grausamkeit u. Rohheit zu bereiten. Denn der Nazigeist der Gewalttätigkeit u. rücksichtslosen Niederboxung des Nächsten steckt noch tief in den Menschen, ohne daß sie sich dessen bewußt sind.[311]

Dabei war er aber auch der Meinung, dass es zu unterscheiden gelte, weil längst nicht alle dem Ungeist der Nationalsozialisten verfallen gewesen seien. Selbst unter NS-Parteigenossen habe es viele Anständige gegeben: „Denn ich kenne manchen PG, der eigentlich immer nur gegen die Partei gearbeitet hat.“[312]

Ob Kolleginnen und Kollegen mit einem solchem Erfahrungshintergrund nach alledem im Arbeitsalltag am Gericht unter jenen willkommen waren, die diese Erfahrungen nicht hatten machen müssen oder gar „auf der anderen Seite“ gestanden hatten, hing höchstwahrscheinlich von einem Faktor ab, der in den dienstlichen Beurteilungen der ehemals verfolgten Richter immer wieder auftaucht. In der Beurteilung von Erich Schalscha durch den damals noch als Senatspräsidenten am Oberlandesgericht Frankfurt/M. amtierenden Martin Heidenhain, selbst Opfer der NS-Verfolgungsmaßnahmen und wenig später Kollege Schalschas am BGH, hieß es 1950: Schalscha sei ein „weit über dem Durchschnitt begabter Richter“, der eine dem praktischen Leben zugewandte Rechtsprechung anstrebe. Er habe „ruhige Sicherheit und umgängliche Formen. Er ist frei von jeder Verbitterung und mit peinlicher Gewissenhaftigkeit bemüht, auch den Menschen gerecht zu werden, die durch ihre minderwertigen Vorur-

310 BA, N 1817/5, Tagebucheintrag, 9.-13.6.1945.
311 BA, N 1817/5, Tagebucheintrag, 16. und 17.6.1945.
312 BA, N 1817/5, Tagebucheintrag, 18.-20.6.1945.

teile seine jahrelange Verbannung verschuldet haben.“[313] Für den Umgang mit den Kollegen, die im „Dritten Reich“ ihrem Beruf nachgegangen waren und nicht gegen das Unrecht aufbegehrt hatten, war es also zentral wichtig, diese Tatsache nicht ständig zu thematisieren und durchblicken zu lassen. Genau das scheinen die ehemals verfolgten Richterkollegen am BGH auch beherzigt zu haben: In den Akten des BGH findet sich nirgendwo auch nur ein Hinweis, dass es aus solchen Gründen zu irgendeinem Zusammenstoß gekommen wäre. Im Gegenteil lässt die gemeinsame Rechtsprechung an vielen Stellen darauf schließen, dass es den Kollegen, die verfolgt worden waren, nun nach dem Krieg darauf ankam, wieder integriert zu sein und nicht erneut außerhalb der Gemeinschaft der Richter am BGH zu stehen. Besonders bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch ein Aufsatz von Hans Loewenheim über *Probleme der Ausbildung des juristischen Nachwuchses*, den er 1949 in einer wissenschaftlichen Zeitschrift veröffentlichte. Man könnte vermuten, dass ein Mann wie er, der die Missachtung seiner Kollegen und die Mitschuld der Justiz am NS-Terror am eigenen Leib so sehr erlebt hat, auf eine gründliche Änderung der Ausbildung deutscher Juristen hätte setzen müssen. Das genaue Gegenteil war aber der Fall. Loewenheim kritisierte sogar Stimmen, die eine „übermäßige Betonung rein geisteswissenschaftlicher Fächer auf Kosten positivrechtlicher Gebiete“ nach dem Erlebten forderten, und trat dafür ein, den aus dem Krieg heimkehrenden jungen Männern „auf dem kürzesten Wege ihre neue Lebensgrundlage“ zu geben und sie durch geschickte fachliche Ausbildungsprogramme schnellstmöglich in die juristische Technik einzuführen.[314]

3.2.3 Kriegserfahrungen

Ein zweiter Persönlichkeitsfaktor von großer Relevanz dürfte gerade für die hier in Rede stehenden Generationen von Richtern die Erfahrung des Krieges gewesen sein – und zwar in gleich zweifacher Hinsicht. Einige von ihnen haben am Ersten Weltkrieg, einige am Ersten und Zweiten Weltkrieg und fast alle jüngeren, bis auf wenige Ausnahmen, am Zweiten Weltkrieg als aktive Soldaten teilgenommen. Für alle war das Erlebnis eines totalen Krieges und der Kriegsniederlage in beiden Kriegen mit tiefen, sicherlich prägenden Einschnitten unterschiedlichster Art verbunden. Kämpferische Männlichkeit, Gewalt, Einhaltung von Disziplin, Zucht und Ordnung sogar in Extremsituationen, Unterordnung, aber auch Überlebensstrategien und psychische Resilienz –

313 BA, Pers 101/40032, Beurteilung des Senatspräsidenten Dr. Heidenhain, 9.5.1950. Genauso verhielt sich Robert Michaelis am Landgericht Mainz nicht, was zu dem von Ursula Krechel in ihrem Roman *Landgericht* dargestellten Problem führte. S. dazu: Krach, Ein Mainzer Richter, in: *JoJZG* (2013), S. 78.
314 Loewenheim, Probleme der Ausbildung, in: *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* (1949), S. 125–171, hier S. 124, 127.

diese im 19. Jahrhundert entwickelten Männlichkeitsvorstellungen[315] mussten im Krieg *erfahren* werden und haben danach geradezu unvermeidlich auch den Blick auf die zu behandelnden Rechtsmaterien am Bundesgerichtshof beeinflusst. Von dem späteren BGH-Präsidenten Gerd Pfeiffer hat sein Nachfolger Walter Odersky einmal berichtet, er habe die ganze Härte des Krieges erlebt:

> Er hat andeutungsweise von der Schwere der Verantwortung gesprochen, die dem jungen Einheitsführer für seine Mitmenschen bei Einsatzentscheidungen auferlegt war. Ansonsten redet er nicht über die Erlebnisse jener Zeit. Aber sie könnten die Art, wie er zu Fragen Stellung nimmt und Entscheidungen trifft – ernst, gesammelt, knapp, fest – mitgeprägt haben.[316]

Pfeiffer selbst sprach bei seiner Zurruhesetzung davon, dass die Erfahrung von Opportunismus unter der Richterschaft und dem viel zu seltenen stillen „moralischen Heldentum“ während der NS-Zeit „zu unserem erlebten und erlittenen Lebensinhalt“ gehört habe.[317] Bundesrichter Wolfgang Gäthgens hat seine Kriegserfahrungen in Gedichten festgehalten, die in seinem Privatnachlass erhalten geblieben sind. Ein Gedicht mit dem Titel *Das Gericht* fragt nach dem Schuldigen für die Schrecken des Krieges:

> In Schutt und Trümmer sank die Menschenwelt
> Und aus dem Chaos stiegen starren Blickes
> Die Rächer unbestechlich zu Gericht
> […]
> Da brandete ein Schrei: ‚Wir klagen an‘
> Aus tausend Kehlen und geballten Fäusten
> Zornglühend starrte Jeder Jeden an,
> ‚Dich klag ich an! Und Dich!‘ Auf Eure Häupter
> Fällte alles Unheil dieser grausen Stunde[318]

Depressive Schübe, Antriebslosigkeit, ein regelrechtes Verstummen, aber auch Überreiztheit wurden durch Ärzte und Psychiater bei vielen Kriegsheimkehrern festgestellt. Die fachgerechte Einordnung dieser teils massiven gesundheitlichen Beeinträchtigungen als Kriegsfolgen gelang zeitgenössisch jedoch nicht – nicht zuletzt auch, weil man massenhafte Schadensersatzansprüche von Betroffenen befürchtete.[319]

315 S. dazu Frevert, Soldaten, S. 66–87, hier S. 83: „Der Mann als Soldat und Staatsbürger, der Nation, dem Vaterland, der Volksgemeinschaft ergeben und sie verkörpernd.“

316 Odersky, Prof. Dr. Gerd Pfeiffer, in: *NJW* (1994), S. 3337 f.

317 Präsidentenwechsel, in: *DRiZ* (1988), S. 81–86, hier S. 84. S. a. Klaas, Die Eiche, S. 297–304, hier S. 297 f.

318 Privatnachlass Gähtgens-Maier.

319 S. Goltermann, Die Gesellschaft, S. 191–216.

Reserveoffiziere, Unteroffiziere und Mannschaftsdienstgrade

Auffällig ist zunächst, dass 24 Richter im Ersten Weltkrieg und 51 Richter im Zweiten Weltkrieg einen (Reserve-)Offiziersgrad erlangt haben. Das waren zusammen bei einer Grundgesamtheit von 175 Richtern, über die dazu Informationen vorliegen, rund 43 Prozent. Was sich hierin vor allem zeigt, ist die Konstanz des im 19. Jahrhundert entwickelten bürgerlichen Militarismus, der mit dem Reserveoffizierspatent soziale Anerkennung verband. Da der Militarismus des Kaiserreichs, nicht zuletzt durch einen gewissen Schutz, den die Weimarer Justiz der Reichswehr vor angeblich gefährlichem pazifistischen oder kritischen Gedankengut bot, fortlebte und eine neue Form in der Förderung der „Wehrfreudigkeit" der Weimarer Gesellschaft fand, war der Boden schon bereitet, als der Nationalsozialismus die Wehrpflicht wieder einführte und ein neuer Uniform- und Militärkult in der nationalsozialistischen Volksgemeinschaft entwickelt wurde. Dass sich auch die jungen Juristen, die nach dem Krieg zum BGH kommen sollten, in diesen mächtigen Zeittrend einfügten und sich in die Militärhierarchie einbinden ließen, kann vor diesem Hintergrund kaum verwundern.[320] Ob damit eine irreversible Übernahme von antidemokratischen und antisemitischen Ansichten, die im preußischen Offizierskorps nicht selten waren, automatisch verbunden war, wie gelegentlich vermutet wird,[321] lässt sich nicht belegen. Unschwer lassen sich Gegenbeispiele unter den hier untersuchten 178 Richtern finden: Bundesrichter Günther Willms zum Beispiel stieg im Zweiten Weltkrieg bis zum Hauptmann auf, bewahrte sich aber die im Elternhaus erfahrene positive Haltung gegenüber der Demokratie, die er durch Mitgliedschaft im Reichsbanner und im Sozialistischen Studentenbund an der Universität München bis 1933 zum Ausdruck gebracht hatte. Die Prägung durch das Elternhaus war hier augenscheinlich tiefergehend.[322]

Dagegen fällt auf, dass dieser spezifische Militarismus und Uniformkult nach dem Erlebnis der totalen Niederlage und der Verbrechen des Nationalsozialismus 1945 auch bei den Karlsruher Richtern, die noch in wehrfähigem Alter waren, bis auf ganz wenige Ausnahmen keine Fortsetzung mehr gefunden hat.[323] Allein Bundesrichter Richard Alff ließ sich erneut in die Wehrstrafgerichtsbarkeit der Bundeswehr einbinden,[324] und Herbert Arndt schrieb 1958 ein Buch über das Wehrstrafrecht der neuen Bundeswehr, so wie er das schon 1944 unter dem Titel *Wehrmachtsstrafrecht* getan hatte, gerade so, als ginge es nur darum, die wesentlichen Veränderungen zu doku-

320 S. dazu Wette, Militarismus in Deutschland, S. 59 f., 146, 158, 166, 184; Messerschmidt, Das neue Gesicht, S. 265–279, hier S. 267

321 Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 19.

322 S. BA, Pers 101/7278, Personalblatt; Willms, Geträumte Republik, passim.

323 S. dazu Wette, Militarismus in Deutschland, S. 226–228, der einen radikalen Mentalitätswandel in der deutschen Gesellschaft nach 1945 konstatiert, der zu einer Diskreditierung des überkommenen Militarismus geführt habe.

324 BGH, PA Richard Alff, BMJ an Alff, 26.4.1965.

mentieren.[325] Ansonsten scheint symptomatisch, wie sich Bundesrichter Walter Stimpel, gefeierter Stuka-Pilot im Zweiten Weltkrieg und Ritterkreuzträger, verhielt. Er richtete sich ganz auf die neue Zeit aus und verdrängte, nach den Erinnerungen seines Biographen, sein Mittun im Krieg, legte aber auch keinen Wert mehr auf seine höchsten militärischen Auszeichnungen.[326] Die Karlsruher Richterelite blieb folglich nicht unberührt von dem in der Nachkriegszeit feststellbaren Wandel des Bildes der Männlichkeit, der gekennzeichnet war von einer zunehmenden Zurückweisung des kriegerischen Männlichkeitsideals und einer Infragestellung des Patriarchats.[327]

Zu beachten ist im Hinblick auf die frühere militärische Einbindung der Richter zudem, dass immerhin die „zweite Hälfte“ der Karlsruher Richter entweder nur einen Unteroffiziers- (24,7 Prozent) oder Mannschaftsdienstgrad (21,9 Prozent) angestrebt und/oder erreicht hat oder gar nicht zum Militär eingezogen worden war (11,2 Prozent). Maßgeblich dafür waren sehr unterschiedliche Ursachen, wie etwa ein später Eintritt in die Wehrmacht, gesundheitliche Gründe, UK-Stellungen, die immer wieder die militärische Karriere unterbrochen haben, oder Ähnliches. Unter den Mannschaftsdienstgraden findet sich gelegentlich aber auch ein Fall wie der von Ludwig Schäfer, der dezidiert eine Offizierslaufbahn abgelehnt hat, um sich nicht mehr als unbedingt nötig in den Krieg verwickeln zu lassen.[328] Der Kreis der nicht Eingezogenen setzt sich aus den drei Richterinnen des BGH, den wegen ihrer „rassischen“ Einstufung als wehrunwürdig Angesehenen sowie aus jenen zusammen, die bis zum Ende 1945 als unentbehrlich für die deutsche Justiz angesehen worden waren oder die aus gesundheitlichen Gründen nicht verwendungsfähig waren.

Wehrmachtsverwaltung und Wehrmachtsgerichtsbarkeit

Elf spätere Richter am BGH waren während des Krieges in der Wehrmachtsverwaltung mit unterschiedlichen militärischen Dienstgraden tätig. Inwieweit sie in verantwortlicher Stellung an der Ausplünderung der von der Wehrmacht besetzten Gebiete Anteil gehabt haben oder gar in Judendeportationen verwickelt waren, lässt sich kaum mehr rekonstruieren. Bundesrichter Ernst Ebel hat einmal bekannt, dass er als Kriegsverwaltungsrat in Russland die Einmischung von NS-Parteidienststellen in seine Amtsführung so negativ empfunden hat, dass er sogar einen Einsatz als Soldat mit niedrigem Rang der weiteren Tätigkeit in der Wehrmachtsverwaltung vorgezogen

325 Arndt, Grundriss des Wehrstrafrechts. S. a. Arndt, Wehrmachtsstrafrecht. Laut Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 436 f. gehörte Arndt einem Netzwerk ehemaliger Wehrmachtsrichter an.

326 Stimpel, Walter Stimpel, S. 91, 169.

327 S. Rahden, Im Herbst, S. 689–699, der im Wandel des Männlichkeitsbildes auch ein Element der Demokratisierung der bundesdeutschen Gesellschaft erblickt.

328 BayHSTA München, MJu 26011, Schäfer an Vorprüfungsausschuss für Justizbeamte beim Landgericht Augsburg, 18.7.1946.

habe.[329] Bundesrichter Walter Hartz war Militäroberverwaltungsrat im Verwaltungsstab des Militärbefehlshabers für Belgien und Nordfrankreich in Brüssel und dort mit der Beaufsichtigung der belgischen Justiz betraut. Eigenen Angaben und diversen Zeugnissen, auch von Belgiern, zufolge, hat er sein Amt mit Nachsicht und Wohlwollen gegenüber den belgischen Justizkollegen ausgeübt.[330] Neuere Forschungen zur deutschen Besatzungsverwaltung haben allerdings die Verwicklung einzelner Militärverwaltungsbeamter in Belgien in die Judendeportationen herausgearbeitet[331] und auch im Hinblick auf die Beaufsichtigung der belgischen Justiz festgestellt: „En conséquence il n'a pas hésité à user de moyens parfois brutaux pour placer des fonctionnaires qui lui étaient favorables et destituer ceux qui l'étaient moins."[332] Welchen konkreten Anteil Walter Hartz daran gehabt hat, bleibt freilich ungeklärt. Gleiches muss für Bundesrichter Gerhard Rothe gelten, der 1940 bis 1944 beim Reichskommissar für die besetzten niederländischen Gebiete gearbeitet hat, und zwar in der Abteilung Feindvermögen. Damit unterstand er dem Generalkommissar für Finanz und Wirtschaft Hans Fischböck, der für die rücksichtslose Enteignung jüdischen Vermögens in den Niederlanden wie eine konsequente wirtschaftliche Ausbeutung der besetzten Gebiete bekannt war. Wie genau sich Rothe daran beteiligt hat, bleibt dunkel.[333]

Auch außerhalb der Wehrmacht war eine Verstrickung in die Politik der rücksichtslosen Nutzung der besetzten Gebiete für das Reich möglich: Der spätere Bundesrichter Wolfhart Werner hat sich, wie er angab, auf Bitten des späteren Präsidenten des Bundesverfassungsgerichts Höpker Aschoff, 1942 bereiterklärt, in der „Haupttreuhandstelle Ost" zu arbeiten.[334] Diese zum 1. November 1939 ins Leben gerufene Dienststelle hatte die Aufgabe, jüdisches und polnisches Vermögen in den besetzten Ostgebieten dem Reich nutzbar zu machen.[335] Werner blieb dort freilich nur ein Jahr, dann wurde er nach eigenen Angaben wegen politischer Unzuverlässigkeit für den Kriegsdienst freigestellt.

Weitere 17 Richter waren während des Krieges vorübergehend oder dauerhaft in der Wehrmachtsgerichtsbarkeit tätig, also in einem Zweig der Wehrmacht, der eng mit dem eigenen Beruf zusammenhing, aber nach eigenen, harten Gesetzlichkeiten im Krieg funktionierte. Nicht in jedem Fall lässt sich feststellen, in welchem Umfang diese

329 BA, Pers 10175791, Personalblatt. Ebel war von 1940 bis 1943 als Kriegsverwaltungsrat tätig und wurde dann ab 1944 als Obergefreiter in der Nachrichtentruppe eingesetzt. S. a. BA, Pers 101/75793, Ergänzung zum Tätigkeitsbericht vom 12.8.1948.

330 LA Schleswig-Holstein, Abt. 786, Nr. 103, Hartz an Oberpräsident für die Provinz Schleswig-Holstein, 17.6.1945 und beiliegend diverse Entlastungszeugnisse, u. a. auch von Personen, die in die Judendeportationen verwickelt waren.

331 Meinen, Die Shoah in Belgien, S. 76–82.

332 Peters, L'influence, S. 61–76, hier Pkt. 5 „Conclusions".

333 BA, Pers 101/48921, Personalblatt. Zur Besatzungsherrschaft in den Niederlanden s. Gallin, Machtstrukturen, S. 145–157, hier S. 149, 155.

334 BA, Pers 101/76252, Lebenslauf, 2.8.1945.

335 Loose, Kredite für NS-Verbrechen, S. 102–112.

Richter an Unrechtsurteilen der Wehrmachtsgerichtsbarkeit mittelbar oder unmittelbar beteiligt waren. Da die deutsche Wehrmachtsjustiz, wie nach jahrelanger Forschung erwiesen ist, in unvergleichlich großer Zahl Todesurteile gefällt hat, muss davon ausgegangen werden, dass nahezu jeder, der im Bereich der Militärjustiz tätig war, auch in irgendeiner Form mittelbar oder unmittelbar an solchen Unrechts- und Todesurteilen beteiligt gewesen ist.[336]

Das hatte einerseits Bedeutung für die eigene Richterbiographie, weil einige Richter später bezeugt haben, dass das Fällen eines Todesurteils im Krieg, das schließlich vollstreckt wurde, nicht spurlos an den dafür Verantwortlichen vorbei gegangen sei.[337] Das hatte aber in der Bundesrepublik auch deshalb Bedeutung, weil sich eine zunehmende Sensibilität gegenüber der Verstrickung der Wehrmachtsjustiz in den Unrechtsstaat einstellte. Und dies hatte wiederum Konsequenzen für die berufliche Karriere dieser Richter.

Unmittelbar nach dem Krieg und Jahrzehnte danach noch galt eine harte Bestrafung etwa von Fahnenflüchtigen sowohl bei den Alliierten wie in der deutschen Gesellschaft mehrheitlich als völlig normaler Akt in Kriegszeiten, der nichts mit Kriegsverbrechen zu tun hatte.[338] Wer sich der Verpflichtung zum Wehrdienst entzog, verging sich gleichsam an heiligen traditionellen männlichen Werten wie Opferbereitschaft, Ehre, Treue und bedingungslosem soldatischem Gehorsam, die in der NS-Zeit nochmals mythisch überhöht worden waren.[339] Desertion wurde wahrgenommen als schlimmster Treuebruch eines Soldaten an seinen Kameraden, als eigensüchtige, andere in hohem Maße gefährdende Verhaltensweise, die sich gegen die Überlebensgemeinschaft der Kameraden stellte. Dass diese Verhaltensweise streng bestraft werden müsste, wurde als selbstverständlich angesehen, zumal man glaubte, dass nur so wankende, schwache Männer davon abgehalten werden könnten, einem solch schlechten Beispiel zu folgen.[340] Erst die Friedensbewegung der 1980er Jahre und ihre Proteste gegen den NATO-Nachrüstungsbeschluss regte ein gesellschaftliches Umdenken im Hinblick auf Kriegsdienstverweigerung und Desertion an, das die wissenschaftlichen Arbeiten der Militärhistoriker Manfred Messerschmidt[341] und Fritz Wüllner[342] noch

336 S. Wette, Deserteure der Wehrmacht; Haase/Paul, Die anderen Soldaten.

337 S. den Beispielfall des Bundesrichters Claus Seibert: „Dieses Todesurteil verkünden zu müssen, ist mir dennoch unendlich schwer gefallen“, bekannte er in einer Aussage gegenüber BGH-Präsident Weinkauff. S. BA, Pers 101/76186, Seibert an BGH-Präsident, 17.8.1962.

338 Boss, Unverdienter Ruhestand, S. 14.

339 Wette, Militarismus in Deutschland, S. 183.

340 Treiber, Helden oder Feiglinge, S. 154 ff.

341 Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmachtsjustiz. Diese Arbeit entstand in direkter Auseinandersetzung mit der apologetischen Schrift des Oberstaatsanwalts bei der Bundesanwaltschaft Otto Schweling (Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, Marburg 1977) über die Wehrmachtsjustiz, die BGH-Präsident Hermann Weinkauff angeregt hatte. S. dazu Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 217–224.

342 Wüllner, Die NS-Militärjustiz.

verstärkt haben. Beide konnten eine im Vergleich zu anderen kriegführenden Staaten enorm hohe Zahl von rund 50.000 Todesurteilen wegen Fahnenflucht in der Wehrmacht nachweisen, von denen rund 20.000 auch vollstreckt worden sind. Dieser sich so allmählich vollziehende Umschwung in der Bewertung soldatischen Gehorsams wurde noch unterstützt durch die sogenannte *Wehrmachtsausstellung* des Hamburger Instituts für Sozialforschung, die trotz ihrer Mängel den Mythos von der „sauberen" und ritterlich kämpfenden Wehrmacht zerstört hat.[343] Es dauerte aber noch lange, bis auch gerichtlich akzeptiert war, dass die Urteile der Wehrmachtsjustiz der Führung eines völkerrechtswidrigen Angriffskrieges gedient hatten und mit Rechtsstaatlichkeit nichts zu tun gehabt haben. Ein Urteil des Bundessozialgerichts vom 11. September 1991, mit dem eine Hinterbliebenenversorgung für die Witwe eines Mannes zuerkannt wurde, der wegen unerlaubter Entfernung von der Truppe hingerichtet worden war, markierte hier eine Zeitenwende. Sie wurde ergänzt durch ein vom Deutschen Bundestag beschlossenes Gesetz vom 17. Mai 2002, mit dem alle Urteile wegen Desertion und Homosexualität pauschal als Unrecht und damit aufgehoben erklärt worden sind.[344] Im Gefolge dessen gibt es heute nicht nur in Köln (2009 und 2019)[345] und Hamburg (2015)[346] wie auch an anderen Orten Denk- und Mahnmale für die Opfer der unmenschlichen Militärjustiz des Zweiten Weltkrieges, sondern 2007 wurde auch eine Wanderausstellung unter dem Titel *Was damals Recht war – Soldaten und Zivilisten vor Gerichten der Wehrmacht* eröffnet, die von der Stiftung Denkmal für die ermordeten Juden Europas organisiert worden war und jahrelang in Deutschland und Österreich gezeigt wurde.[347]

Vor dem Hintergrund eines solch späten Paradigmenwechsels in der gesellschaftlichen Beurteilung von Desertion kann es kaum verwundern, dass zu Beginn der 1950er Jahre in der Tätigkeit als Wehrmachtsrichter zunächst kein Hinderungsgrund für eine Berufung an den Bundesgerichtshof gesehen wurde. So fällt auf, dass gerade ältere BGH-Richter, die schon im Ersten Weltkrieg gedient hatten und dann in der Wehrmachtsgerichtsbarkeit tätig geworden waren, wie Karl Canter[348] (*1889) oder Wilhelm Weber[349] (*1894), bis zu ihrem Ruhestand 1958 beziehungweise 1960 in keiner

343 S. dazu Thamer, Eine Ausstellung, S. 489–503.

344 Treiber, Helden oder Feiglinge, S. 17–20, 29 f. Basdorf, Richter und das „Recht", in: *JR* (2016), S. 499–509 geht davon aus, dass die mangelhafte Aufarbeitung auch Folge einer kollektiven Verdrängungsleistung war und Richter belastete Kollegen geschützt haben aus zu großem Verständnis für deren Lage im Krieg.

345 NS-Dokumentationszentrum, URL: https://museenkoeln.de/ns-dokumentationszentrum [abgerufen am 9.2.2023].

346 Hamburg, URL: https://www.hamburg.de [abgerufen am 9.2.2023]. Hier wird das Mahnmal als „Gedenkort für Deserteure und andere Opfer der NS-Militärjustiz" bezeichnet.

347 S. dazu Dräger, Deserteur-Denkmäler; Treiber, Helden und Feiglinge, S. 34.

348 BA, Pers 101/39784, Personalblatt. Canter benannte von sich aus ebd. in einem Schreiben an den Hessischen Justizminister vom 28.6.1946 auch eine Reihe von Zeugen, die seine Milde als Oberfeldrichter bestätigten.

349 BA, Pers 101/40055, Personalblatt.

Weise wegen ihres Tuns öffentlich oder intern kritisiert, geschweige denn belangt worden sind.

Eine große Zahl der ehemaligen Wehrmachtsrichter wurde erstmals an das Licht der Öffentlichkeit gezerrt, als die sogenannte Blutrichterkampagne der DDR ihre Namen bekannt machte. Allerdings finden sich in den meisten Publikationen kaum mehr als der Name und der Hinweis auf die Funktion in der Wehrmachtsgerichtsbarkeit. Dies ist bei Herbert Arndt,[350] Paul Heinz Baldus,[351] Rudolf Börker,[352] Fritz Hauß,[353] Hermann Hoepner,[354] Herbert Hückinghaus[355] und Hans-Robert Mezger[356] der Fall. Zu Rudolf Börker ist die Vermutung geäußert worden, dass seine eigene Tätigkeit in der Wehrmachtsjustiz sein Urteil im Fall Rehse und bei der Gehilfenrechtsprechung des 5. Strafsenats in Berlin beeinflusst hat.[357] Bundesrichter Ludwig Peetz wurde – wohl irrtümlich – in den DDR-Publikationen wegen seiner angeblichen Tätigkeit bei der Reichsanwaltschaft beim Reichsgericht, nicht aber wegen seiner Verwendung als Oberfeldrichter angegriffen.[358] Eigenen Aussagen zufolge war er nicht an Todesurteilen beteiligt gewesen.[359]

Über die Tätigkeit von Claus Seibert als Kriegsgerichtsrat war offenbar den DDR-Behörden nichts bekannt, so dass sein Name in den einschlägigen Broschüren nicht genannt wurde. Das mag daran gelegen haben, dass der fremdsprachenbegabte Jurist lange Zeit als Dolmetscher verwendet worden war und erst 1944 zur Wehrmachtsjustiz gekommen war. Sein Fall ist interessant, weil er 1962, also wohl im Gefolge des Richtergesetzes, aufgefordert wurde, sich dienstlich zu seiner Tätigkeit als Wehr-

350 BA, Pers 101/48765, Personalblatt. Arndt wurde auch seine Tätigkeit am Sondergericht Kiel vorgeworfen. S. Miquel, Ahnden, S. 387.

351 BA, Pers 101/39934, Personalblatt. Bei Baldus wurde auch stark auf seine zeitweilige Tätigkeit in der Präsidialkanzlei abgehoben. S. Miquel, Ahnden, S. 100, 387. Die militärischen Beurteilungen, die Baldus erhalten hatte, waren den Ermittlern in der DDR nicht bekannt, sie lassen aber aufhorchen: Baldus wurde 1939 gelobt für sein „gutes, energisches Auftreten“ und seine „streng militärische“ Haltung. In seiner Beurteilung durch den Oberstkriegsgerichtsrat der 16. Armee vom 11.4.1943 hieß es, er habe in seinem Gericht keine Ausstände und eigne sich ganz besonders als Kriegsrichter für die 1943 ja schon problematische Ostfront. S. BA, Pers 6/70289.

352 BA, Pers 6/179178, Personalblatt. S. a. Miquel, Ahnden, S. 387.

353 LA NRW, NW Pe Nr. 2486, Personal- und Befähigungsnachweis 1952. S. a. Miquel, Ahnden, S. 388.

354 BA, Pers 101/48821. Hoepner brachte einige Zeugnisse französischer Widerstandskämpfer bei, die ihm eine menschenfreundliche und hilfreiche Tätigkeit im besetzten Frankreich bescheinigten und ihn als „homme d’honneur“ bezeichneten. S. ebd. Zeugnis von G. d’Artois vom 16.10.1946 und C. de Sieyès vom 28.4. und 1.6. 1946. S. a. Miquel, Ahnden, S. 388.

355 BA, Pers 101/39817, Personalblatt. S. a. Miquel, Ahnden, S. 388.

356 BA, Pers 101/48875, Personalblatt. S. a. Miquel, Ahnden, S. 389.

357 Glienke, Die De-facto-Amnestie, S. 262–276, hier S. 268–275. Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 412 f. weisen mindestens ein Todesurteil wegen Fahnenflucht nach, an dem auch Börker beteiligt war, zudem sei er dienstlich zu Hinrichtungen hinzugezogen worden.

358 BA, Pers 101/48889, Personalblatt. S. a. Miquel, S. 389.

359 BA, Pers 101/48895, Lebenslauf vom 28.4.1948.

machtsrichter und als Richter an einem Sondergericht zu äußern.[360] Auch Hans Robert Mezger wurde 1962 dazu aufgefordert und musste eingestehen, dass auch er an Todesurteilen mitgewirkt hatte.[361] Dienstliche Folgen hatte das für beide Richter nicht, was aber nicht heißt, dass die Verwendung als Wehrmachtsrichter nicht Spuren hinterlassen hat. So haben Familie und Freunde von Claus Seibert an dem zuvor ganz lebenslustigen Mann eine massive Veränderung nach dem Krieg beobachtet. Seibert übte seinen Beruf als Bundesrichter aus, zog sich ansonsten aber ganz in seine Schriftstellerei zurück, unterhielt nur zu dem blinden Richterkollegen Hans-Eugen Schulze und dem Emigranten Karl-Emil Meyer engere Kontakte und litt offensichtlich an dem im Krieg Erlebten.[362] Folgenreicher wurde die Situation für Bundesrichter Kurt Weber: 1965 wurde er wegen seiner Tätigkeit als Wehrmachtsrichter in Frankreich von dem kommunistischen Angeklagten Paul Beu im Rahmen eines BGH-Prozesses angegriffen und aufgefordert, sich öffentlich dazu zu äußern. Auf Nachfrage Webers wollte Beus Verteidiger keinen Befangenheitsantrag stellen, wohl aber eine öffentliche Stellungnahme Webers erzwingen, der schließlich abstritt, an Exekutionen beteiligt gewesen zu sein, sehr wohl aber für sich in Anspruch nahm, etliche französische Résistancekämpfer vor einem Todesurteil bewahrt zu haben.[363] Dafür liegen in der Tat auch Zeugnisse vor. Die Verhandlung ging dann nach dieser peinlichen Intervention ungestört weiter.[364] Deutlich wird hier: Die politische Belastung, die eine Verwendung als Wehrmachtsrichter im Zweiten Weltkrieg darstellt, wurde zu Beginn der 1950er Jahre von den meisten Menschen und den Entscheidungsträgern am BGH nicht erkannt und spielte bei der Anstellungspolitik kaum eine Rolle. Selbst als die DDR in ihrer „Blutrichterkampagne“ darauf aufmerksam machte, reagierte man kaum und tat die Veröffentlichungen als Propaganda ab. Doch diese Kampagnen bewirkten etwas, und zusammen mit einer steigenden öffentlichen Sensibilität wurde das Thema in den 1960er Jahren ernster genommen und konnte Karriereverläufe am BGH zumindest in Frage stellen. Inwieweit den Wehrmachtsrichtern selbst die unverhältnismäßige Strenge ihrer Judikatur und damit ihr Unrechtscharakter jenseits öffentlicher Schuldzurückweisungen vielleicht schon bewusst war, muss mangels valider Quellenzeugnisse offen bleiben.

Die Fälle Hülle, Kanter und Mantel

Drei besonders schwere Belastungsfälle, die für große öffentliche Resonanz gesorgt haben und schon mehrfach in der einschlägigen Fachliteratur behandelt worden sind,

360 LA NRW, NW Pe Nr. 3160, Personalblatt; BA, Pers 101/76186, Seibert an BGH-Präsident, 17.8.1962.
361 BA, Pers 101/48875, Mezger an BMJ, 21.9.1962.
362 Zeitzeugeninterview mit Ulrich Seibert, 12.7.2023. S. a. Kohlhaas, Claus Seibert, in: *NJW* (1977), S. 796.
363 Angeklagter griff Bundesrichter an, in: *BVZ*, 26.11.1965; Miquel, Ahnden, S. 389.
364 Schäfer, Der Prozess gegen Otto John, S. 165. Weber war mit einer Jüdin verlobt gewesen, hatte diese Verbindung aber gelöst.

gilt es genauer zu analysieren: Die herausgehobenen Stellungen, die Werner Hülle, Ernst Kanter und Ernst Mantel in der Wehrmachtsjustiz innegehabt hatten, waren an sich schon früh auch dem Bundesjustizministerium und dem BGH-Präsidenten bekannt, doch hielt man diese Richter in den 1950er Jahren noch für durchaus tragbar. Und das hatte Gründe, die bei den Kritikern dieser als Skandalfälle am BGH angesehenen Personen in der Regel wenig bis gar nicht berücksichtigt werden.

Werner Hülle war bereits 1934 in die neu errichtete Kriegsgerichtsbarkeit gewechselt – wie er später behauptete, um der zunehmenden Politisierung der ordentlichen Justiz im Nationalsozialismus durch Wechsel in die vermeintlich „saubere“ Wehrmacht zu entgehen. 1937 war er ins Kriegsministerium gewechselt, 1938 begann seine Karriere im Wehrmachtsrechtsamt des OKW, 1944 wurde er Oberstrichter. In diesen Stellungen war Hülle, der sich nach Manfred Messerschmidt als „Lehnsträger“ des Führers verstanden hat, in vielfältiger Weise in die grausame Wehrmachtsjustiz verstrickt.[365] Helmut Kramer verweist insbesondere darauf, dass Hülle die völkerrechtswidrige Kriegsgerichtsbarkeit während des Russlandfeldzuges maßgeblich mitbestimmt und gegen Ende des Krieges rigorose Standgerichtsnormen mitentwickelt habe. Hülle sei dafür sogar strafrechtlich verfolgt, doch aus Mangel an Beweisen nicht verurteilt worden. Auch die Beteiligung am sogenannten Nacht-und-Nebel-Erlass, auf dessen Grundlage Widerstandskämpfer im Westen kurzerhand nach ihrer Verhaftung ins Reich deportiert und ermordet worden sind, ist einer der Vorwürfe, die Hülle gemacht wurden. Hülle sei ein anschauliches Beispiel dafür, „dass die Illusion eines politikfernen Rechts und politische Willfährigkeit durchaus Hand in Hand gehen können, ja dass ein Jurist, der seine Arbeit als bloße Rechtstechnik begriff, zum Schreibtischtäter und Massenmörder werden konnte.“[366] Claudia Bade hat zudem darauf hingewiesen, dass sich Hülle nach 1945 durch Mitarbeit in dem Tübinger Institut für Besatzungsfragen an der Selbstrechtfertigung der Wehrmachtsrichter beteiligt habe.[367]

Bemerkenswert ist zunächst, dass ausweislich der Personalakten von Werner Hülle diese Verstrickungen in die Unrechtsjustiz der Wehrmacht zumindest ungefähr schon bei seiner Entnazifizierung bekannt waren. Nach einer dienstlichen Äußerung gegenüber dem BGH-Präsidenten Hermann Weinkauff 1950 hat er sie nie verheimlicht, sondern schon gegenüber einem Offizier der amerikanischen Besatzungsmacht wie auch gegenüber dem Oberlandesgerichtspräsidenten in Oldenburg angegeben. In beiden Fällen sei aber sein Verhalten nicht als problematisch, sondern als gerechtfertigt angesehen worden.[368] Sein Entnazifizierungsverfahren, das sich durch mehrere Ausschüsse zog, bestätigt diese Angaben. Schon der Landesentnazifizierungsausschuss Oldenburg beschloss am 24. Juli 1946, dass er wieder eingestellt werden könne, weil es sich bei ihm „um einen wirklichen Gegner der NSDAP handelt.“ Dem Ausschuss gehör-

365 Messerschmidt, Die Wehrmachtsjustiz, S. 54 f., 254.
366 Kramer, Karrieren und Selbstrechtfertigungen, S. 99–122, hier S. 101–104.
367 Bade, „Als Hüter wahrer Disziplin …“, S. 124–143, hier S. 135.
368 LA Oldenburg, Rep. 940, 256/39, Dienstliche Äußerung Hülles, 14.12.1950.

ten ein Bücherrevisor, eine Hausfrau, ein Landwirt, ein Schneidermeister, ein Eisenbahnsekretär, ein Angestellter und ein Kontrolleur an, die Hülle alle nicht persönlich kannten. Das war beim Fachausschuss für Justiz im Landesentnazifizierungsausschuss Oldenburg ganz anders, der durch den Landgerichtspräsidenten, einen Kollegen von Hülle und einen Rechtsanwalt gebildet wurde. Sie stellten am 12. September 1947 fest:

> Eine politische Belastung des Dr. Hülle kann nur in seiner Tätigkeit als Kriegsrichter und schließlich Oberstrichter gefunden werden; aber diese Belastung hat der Ausschuss als völlig ausgeräumt angesehen aus folgenden Gründen: Zunächst spricht es für den Betroffenen sehr eindeutig, dass er mehrfach trotz Druckes von oben den Eintritt in die Partei abgelehnt und der SA bereits nach 6 bis 8 wöchentlicher [sic] Mitgliedschaft den Rücken gekehrt hat. Es kommt ferner hinzu, daß mehrere gewichtige Leumundszeugen, so insbesondere auch der hessische Staatsminister Dr. Harald Koch, versichern, daß Dr. Hülle die nationalsozialistischen Grundsätze abgelehnt hat. Endlich kennen sämtliche Ausschussmitglieder den Betroffenen von seiner Tätigkeit her, die Dr. Hülle als Vorsitzender der großen Strafkammer in Oldenburg ausübt.

Diese Entnazifizierung durch wohlwollende Kollegen ebnete der gleichgerichteten Entscheidung des Entnazifizierungsausschusses, Unterausschuss für höhere Beamte in Oldenburg, die am 6. Oktober 1947 erging, die Bahn.[369] So konnte Hülle unschwer 1949 Senatspräsident am Oberlandesgericht in Oldenburg werden. Als er 1950 auf Vorschlag des Oberlandesgerichtspräsidenten von Oldenburg beim niedersächsischen Justizministerium nun zum Bundesrichter am BGH berufen werden sollte, gab es im Bundesjustizministerium ebenso wie bei BGH-Präsident Hermann Weinkauff jedoch erneut Bedenken, ob Hülle aufgrund seiner Vergangenheit wirklich berufbar wäre. Das zeigt schon ein versiegelter Umschlag, der seiner Personalakte beiliegt, und der nur vom Minister, dem Staatssekretär oder dem Personalsachbearbeiter im Ministerium geöffnet werden durfte. Er trägt die Aufschrift: „Zu behandeln wie eine Geheimsache“. Darin finden sich ein Bericht von Hermann Weinkauff vom 20. Dezember 1950 über ein Gespräch, das er mit Hülle geführt habe, das Ergebnis einer Erkundigung, die er persönlich bei dem ehemaligen Dienstvorgesetzten Hülles eingeholt hatte, und eine dienstliche Äußerung Hülles vom 14. Dezember 1950. Aus diesen Unterlagen geht hervor, dass Hülle wiederum gar nicht bestritt, an dem Nacht-und-Nebel-Erlass beteiligt gewesen zu sein, wohl aber für sich in Anspruch nahm, nur auf militärische Weisung und vertretungsweise gehandelt und selbst nach seinen Möglichkeiten auf Milderung der Bestimmungen gedrungen zu haben. Nach Weinkauffs Erkundigungen soll Hülle enge Verbindungen mit dem Heeresrichter Karl Sack gehabt und von diesem bei seinen Widerstandsaktionen um den 20. Juli 1944, womöglich auch schon in der sogenannten Blomberg-Fritsch-Krise, ins Vertrauen gezogen worden sein. Ob und inwieweit Hülle hier tatsächlich aktiv war, ist fraglich – die einschlägige Literatur über die Blomberg-Fritsch-Krise führt Hülle als aktiven Helfer für den verfolgten Generalobersten Fritsch jedenfalls nicht auf. Wenn er beteiligt war, so allenfalls im Hintergrund. In

369 Alle Entnazifizierungsurteile in NLA Oldenburg, 351/612.

jedem Fall nahm er für sich in Anspruch, Sack vor der drohenden Verhaftung 1944 noch rechtzeitig gewarnt zu haben, doch sein Vorgesetzter habe die dadurch ermöglichte Fluchtoption nicht wahrnehmen wollen.[370] Damit waren entscheidende Momente gegeben, die Hülle in den Augen Weinkauffs wie sicher auch vieler anderer Zeitgenossen entschuldigten. Für den BGH-Präsidenten war er wie viele Männer des Widerstands schicksalhaft in das NS-Unrecht verstrickt, hatte aber nur „mitgemacht“, um insgeheim Widerstand zu üben und Schlimmeres zu verhüten. Als Hülle 1955 Präsident des Oberlandesgerichts Oldenburg werden sollte, kam man erneut auf diese Unterlagen zurück – das Ergebnis der Untersuchungen war das gleiche. Und auch als Hitlers berüchtigter „Durchhaltegeneral“ Schörner 1957 vor dem Landgericht München stand, kam Hülle als geladener Zeuge erneut in die Schlagzeilen, wurde aber wiederum nicht weiter belangt. Er war Prozessreferent in der Rechtsabteilung des OKW gewesen, als in der Endphase des Krieges die „Bestimmungen für das Verhalten von Offizier und Mann in Krisenzeiten“ erlassen worden waren, die Schörner angewandt hatte, um kriegsmüde und einsatzvermeidende Soldaten kurzerhand erschießen zu lassen. Hülle wurde in diesem Verfahren nicht vereidigt, weil er sich selbst hätte belasten können, sah sich aber auch nicht verantwortlich, weil er zum Zeitpunkt dieses Erlasses krank gewesen sei. Um die gegen ihn im Raum stehenden Verdächtigungen auszuräumen, beantragte er schließlich ein dienststrafrechtliches Verfahren gegen sich selbst, das aber auch zu keinem belastenden Ergebnis kam.[371]

Kaum bis gar nicht beachtet wurde bei der Frage nach der militärgerichtlichen Belastung von Hülle sein breites schriftstellerisches Werk, das unschwer für jeden zugänglich gewesen wäre. Es zeigt vielfach die Übernahme des NS-Jargons und auch die Bereitschaft, sich der von den NS-Parteistellen propagierten Strafverschärfungstendenz anzuschließen, gelegentlich, vor allem im Jugendstrafrecht, sprach sich Hülle allerdings auch für Milderungen aus.[372] Dass Hülles Erfahrungen als Militärrichter seine Rechtsprechung am BGH beeinflussten, ist anzunehmen. Ob er allmählich ein überzeugter Demokrat in der Nachkriegszeit geworden ist und sich mit seinem Anteil an der NS-Diktatur selbstkritisch auseinandergesetzt hat, kann man bezweifeln. In einer Publikation über *Oldenburgs Weg in den Rechtsstaat* aus dem Jahr 1979 plädierte er nachdrücklich dafür, Richter fairer zu beurteilen:

> Und noch heute bezichtigen jene, die stets das richtige Bewußtsein haben, aus tatsachenferner Überheblichkeit eine ihnen mißfällige Entscheidung als Ausdruck der Parteilichkeit, die sich hinter vorgeschobenen juristischen Gründen verstecke. Pluralistische Intoleranz ist das betrübliche

370 NLA Oldenburg, Rep. 940, 256/39. Die Verbindung mit und Hilfe für Karl Sack erhellt auch aus einem Zeugnis von Joachim Schölz, Hilfsarbeiter im Zentral-Justizamt vom 12.2.1947, zu finden in NLA Oldenburg, 351/612. Wie valide diese Information ist, muss offenbleiben.

371 S. Wer half Schörner?, in: *Der Spiegel*, 15.10.1957.

372 S. beispielhaft: Hülle, Zur Verordnung, S. 472–475; Hülle, Das neue Jugendstrafrecht, S. 437–446; Hülle, Aus der Geschichte, S. 272–277; Hülle, Die Verfassung der Wehrmachtgerichte, S. 27–54.

> Zeichen unserer Gesellschaft. Von ihr hat Adolf Arndt einmal sorgenvoll geschrieben, sie habe die Feuerprobe ihrer Existenzfähigkeit noch nicht bestanden. Quod dii bene vertant!

Über die Revolution von 1848/49 in Oldenburg schrieb er, diese habe dort gar nicht stattgefunden, denn die Bevölkerung habe sich unter dem Regiment des Herzogs sehr wohl gefühlt:

> Wir leben in einer Zeit, die bei der Verrechtlichung der sozialen Beziehungen den Zenit der Überschaubarkeit längst hinter sich gelassen hat. Manche Sozialkritiker, die die Gesellschaft noch für ihre Hühneraugen verantwortlich machen möchten, blicken überheblich auf das ‚unterentwickelte' Rechtsleben der Vergangenheit.[373]

Solche Auffassungen hinderten allerdings nicht, dass Hülle in seiner Zeit als BGH-Richter den Zuhörern der SDR-Hörfunksendung *Aus der Residenz des Rechts* in einem ruhigen, geradezu einfühlsamen Ton wesentliche Grundlagen des Rechtsstaates erläuterte. So klärte er über die Bedeutung des gesetzlichen Richters auf,[374] charakterisierte einen guten Richter als einen Menschen, der auch an sich selbst zweifle,[375] und vertrat die Auffassung, dass nur der Richter sein könne, der auch menschlich sei.[376] Die Stuttgarter Journalisten bedauerten 1955 seinen Weggang aus Karlsruhe, weil er ihnen Helfer und Freund geworden sei.[377] Zumindest einige Anpassungen an die neue politische Situation hatte Hülle also offenbar geleistet.

Ein zweiter, ähnlich gelagerter Fall mit erheblicher Belastung aus einer Vorgeschichte als Wehrmachtsrichter war der von Ernst Kanter. Auch er war wie Hülle schon 1934 in die Wehrmachtsgerichtsbarkeit gewechselt, weil er nach eigener Darstellung der Politisierung in der ordentlichen Justiz habe entfliehen wollen. 1938 wurde er Reichskriegsgerichtsrat, 1942 beantragte er aber die Entlassung aus der Wehrmachtsjustiz, weil er auch hier, so sein Bericht, den Einfluss der Partei immer intensiver erlebt habe. Sein Ziel war es nun, erneut zu studieren und als Mediziner einen neuen Beruf zu ergreifen. Diese in der Literatur über Kanter gelegentlich als fraglich angesehene Entlassung mitten im Krieg und mit 47 Jahren findet ihre Bestätigung in Kanters Wehrmachtspersonalakte. Dort heißt es in einer Vortragsnotiz vom 11. März 1945, er sei in den Ruhestand versetzt worden, weil „er nervenmäßig den Belastungen durch die kriegsnotwendige harte Rechtsprechung des Reichskriegsgerichts nicht gewachsen war."[378] Doch seine Entlassung aus der Wehrmachtsjustiz währte nicht lange. Nur einige Wochen später wurde er erneut eingezogen und auf Veranlassung des Heeresrichters Karl Sack, mit dem er freundschaftlich verbunden war, Chefrichter der Wehrmacht im besetzten Dänemark. Eigenen Angaben zufolge hat er im-

373 Hülle, Oldenburgs Weg in den Rechtsstaat, S. 17, 26.
374 SWR Hörfunkarchiv, WO1330076.
375 SWR Hörfunkarchiv, WO111829.
376 SWR Hörfunkarchiv, WO111919.
377 SWR Hörfunkarchiv, WO128475.
378 BA, Pers 6/41154, Vortragsvermerk, 11.3.1945.

mer wieder versucht, sich von dieser Verwendung entbinden zu lassen, da er die Verantwortung für die Führung seines Amtes nicht mehr habe tragen wollen, doch sei ihm das verwehrt worden. Die zitierte Vortragsnotiz vom März 1945 berichtete hierüber: Kanters Verwendung in Dänemark sei noch eine mit „ausgesprochener Schonungsmöglichkeit“ gewesen. Er müsse nunmehr dort aber auf Befehl des Chefs des OKW abgelöst werden, weil er nicht geeignet sei für die Stelle eines Heeresgruppenrichters, denn heute müsse die Rechtsprechung der Wehrmachtsgerichtsbarkeit noch viel härter sein als 1942. Er solle daher wieder in den zivilen Sektor wechseln.[379] Das geschah aber bis zum Kriegsende im Mai 1945 nicht mehr, und so beließ ihn auch die britische Besatzungsmacht nach der Kapitulation in diesem Amt, so dass er bis 1946 die Gerichtshoheit über ca. 500.000 deutsche Soldaten im Sammelraum Heide ausübte. 1951 wurde er Ministerialrat, 1954 Ministerialdirektor im BMJ, wo er unter anderem auch mit der Frage der Verfolgung von NS-Verbrechen im Ausland befasst war.[380] Von dort kam er 1958 als Senatspräsident des 3. Strafsenats an den Bundesgerichtshof. Doch diese Tätigkeit währte nicht lange: Heftig angefeindet wegen seiner Haltung in Staatsschutzsachen und seiner Vergangenheit im Nationalsozialismus, bat er wegen angegriffener Gesundheit schon 1959 um vorzeitige Versetzung in den Ruhestand.[381]

Schon zeitgenössisch, aber auch in späterer wissenschaftlicher Literatur wurde Kanter vorgeworfen, dass er vor dem Krieg als Reichskriegsgerichtsrat für scharfe Urteile gegen Zeugen Jehovas, die den Kriegsdienst verweigerten, wie auch gegen politisch linksstehende Verweigerer verantwortlich gewesen sei. In den ihm in Dänemark unterstellten Gefängnissen seien 402 Dänen ermordet worden; für 103 Todesurteile, die in seiner Zeit von deutschen Militärgerichten gegen Dänen gefällt worden seien, trage er auch direkt die Verantwortung.[382] Zudem sieht Helmut Kramer ihn als regelrechten Kommunistenhasser, der nach 1945 für eine verschärfte Verfolgung der politischen Linken zuständig gewesen sei.[383] Norbert Haase kann zwölf Todesurteile gegen deutsche Soldaten nachweisen, die ebenfalls in die Zuständigkeit, ja direkte Verantwortlichkeit von Kanter gefallen sind.[384] Diese Belastungen führten schließlich sogar dazu, dass der DDR-Anwalt Friedrich Karl Kaul in einem Prozess gegen einen kommunistischen Angeklagten vor dem 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs unter Vorsitz von Kanter einen Befangenheitsantrag stellte und diese Bühne für die Vorlage von Be-

379 BA, Pers 6/41154. S. a. Bösch, Heeresrichter Dr. Karl Sack, S. 75. Böschs Ausarbeitung fußt u. a. auf einer Reihe von Zeitzeugenberichten, darunter auch Mitteilungen von Ernst Kanter, s. ebd. S. 7. Auch in Dignath, Dr. Karl Sack gibt es S. 33–37 einen Bericht von Ernst Kanter unter dem Titel *Erinnerungen an den Kollegen (1961).*

380 S. dazu insbesondere Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 132 f., 151–153.

381 BA, Pers 101/48830, Personalblatt und Weinkauff an BMJ, 16.7.1959; BA, Pers 101/48832, Kanter an Justizminister NRW, 25.10.1949, Lebenslauf, 20.12.1949.

382 Diese Zahlen sind allerdings umstritten, neuerdings wird von geringeren Zahlen ausgegangen. S. Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 344.

383 Kramer, Karrieren und Selbstrechtfertigungen, S. 99–122, hier S. 110–111.

384 Haase, Die Richter am Reichskriegsgericht, S. 200–219, hier S. 214–216.

lastungsmaterial gegen ihn nutzte.[385] Auch aus Dänemark gab es Vorwürfe gegen Kanter: Dort war es eine kommunistisch dominierte Widerstandskämpferorganisation, die sich öffentlich gegen Kanters Ernennung zum Senatspräsidenten am BGH wandte.[386] Selbst im Britischen Unterhaus wurde Kanter Ende der 1950er Jahre zum Thema, als der Labour-Abgeordnete Arthur Lewis seine Berufung zum Senatspräsidenten am Bundesgerichtshof als einen Akt der Renazifizierung der deutschen Justiz kritisierte.[387]

Die häufig gestellte Frage, wie der Richterwahlausschuss und das Bundesjustizministerium einen so schwer belasteten Mann an den Bundesgerichtshof haben berufen können, lässt sich auch in seinem Fall ganz ähnlich wie im Fall Hülle beantworten: Deutlich mehr noch als Hülle hatte Kanter nachweisliche Verbindungen zum deutschen Widerstand, den er in seinen Bemühungen um den Sturz Hitlers unterstützt hat. Schon 1938 hatte er sich an den Aktivitäten des Amtes Ausland/Abwehr unter Wilhelm Canaris und Hans Oster beteiligt, die den Generaloberst Werner von Fritsch in der Blomberg-Fritsch-Krise unterstützen wollten. Zentral wichtig für diese Bemühungen war auch Heeresrichter Karl Sack, mit dem er eng verbunden war. Harold C. Deutsch spricht sogar davon, Kanter und Sack seien „ein Herz und eine Seele“ gewesen. In jedem Fall vertraute Sack Kanter so sehr, dass er ihn als eine Art Rechtsbeistand mitschickte, wenn Fritsch von der Gestapo verhört wurde.[388] Später setzte etwa der Kopf des widerständigen Kreisauer Kreises Helmuth James Graf von Moltke bei seinen Bemühungen, dänische Juden vor der Deportation zu bewahren, auf Kanter, der ihn über die Interna der deutschen Besatzungsverwaltung unter dem unfähigen General Hermann von Hanneken und dem intellektuellen NS-Karrieristen Werner Best informierte. Der Kontakt zu Kanter blieb bestehen und wurde durch Kanters Besuch bei Moltke in Berlin fortgesetzt, wo er für Kontakte zu Karl Sack sorgte. Alle zusammen bemühten sich um die Verbesserung der Situation in Dänemark, vor allem um die Rettung der dänischen Juden.[389] Um diese Unterstützung leisten zu können, blieb er auf Anraten seiner Freunde im Widerstand im Amt und verstrickte sich – wie viele andere des Widerstands in hoher Funktion – gleichsam automatisch je länger, je mehr in den NS-Verbrechensstaat. Allerdings machte Kanter später geltend, dass er nach Kräften versucht habe, etwa Geiselerschießungen zu verhindern und etliche zum Tode verurteilte Dänen wie desertierte deutsche Soldaten habe retten können. Die zahlreichen Erklärungen und Richtigstellungen, die Kanter zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen formulierte,[390] versuchte Bundesjustizminister Schäffer auf diskre-

385 Miquel, Ahnden, S. 62 f.

386 Angriff gegen Kanter, in: *StN*, 28.10.1958.

387 Haase, Die Richter am Reichskriegsgericht, S. 214–216.

388 Höhne, Canaris, S. 265 f. S. a. Janßen/Tobias, Der Sturz der Generäle, S. 171, 178; Deutsch, Das Komplott, S. 247 f., 378; Bösch, Generalstabsrichter Dr. Karl Sack, S. 8–29, hier S. 23.

389 S. Brakelmann, Moltke, S. 278–280.

390 BA, Pers 101/48833, Kanter an Justizminister NRW, 9.1.1949; BA, Pers 101/48832, Kanter an Justizministerium NRW, 25.10.1949. Darin verwies er auch darauf, Werner Best habe ihn für die angeblich zu

ten diplomatischen Kanälen über das Auswärtige Amt zu verifizieren und nähere Auskunft darüber zu erhalten, wie die damaligen dänischen Akteure das Verhalten Kanters beurteilten. Sein Ziel war es, eine offizielle Erklärung der dänischen Seite über das Verhalten Ernst Kanters in der Zeit der deutschen Besatzung zu erhalten.[391] Und tatsächlich teilte der dänische Botschafter am 5. Dezember 1958 mit:

> Insofern es durch eine vorgenommene Untersuchung möglich festzustellen gewesen ist, liegen keine Auskünfte über die Tätigkeit Dr. Kanters in Dänemark vor, die eine Anheimstellung, noch weniger eine Forderung dänischerseits an die Bundesregierung, dass sie davon abstehen sollte, ihm einen Posten innerhalb des deutschen Rechtswesens anzuvertrauen, rechtfertigen könnte [sic].[392]

BGH-Präsident Hermann Weinkauff versuchte die Flucht nach vorne und berief – ein durchaus ungewöhnlicher Akt – eigens eine Pressekonferenz zum Fall Kanter ein, auf die er sich durch intensives Aktenstudium vorbereitete. Am Ende kam er zu dem Schluss:

> Wer es darf, werfe den ersten Stein auf ihn. Tragische Lage, in der man die Seele nicht völlig rein zurückbringen konnte. [...] Wir haben alle nicht genug getan und sehr viele nicht soviel wie er. Mein Vertrauen hat er.[393]

Doch auch das half nichts mehr: Jenen, denen Kanter nach eigener Aussage geholfen, ja das Leben gerettet hat – eine Leistung, die wegen ihrer geheim gehaltenen Umstände nach 1945 vielfach auch praktisch nicht mehr zu beweisen war – stand seine formale Belastung als Funktionsträger gegenüber, die klar dokumentiert war und sich jetzt mehr denn je gegen ihn richtete. Am Ende nahm ihn der Wirbel um seine Person und seine politischen Belastungen nach den Beobachtungen von Hermann Weinkauff so mit, dass er nicht mehr dienstfähig war.[394] Gerhard Ziegler resümierte in einem

---

lasche deutsche Militärjustiz verantwortlich gemacht. Ulrich Herbert dagegen sieht in seiner Best-Biographie Kanter als Verehrer von Best an. S. Herbert, Best, S. 445. Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 114, Fn. 329, ordnet hingegen die positive Einstellung Kanters gegenüber Best so ein, dass dieser ihn wegen seiner Gegnerschaft gegen eine harte Wehrmachtsjustiz nicht verraten habe. Kanter machte darüber hinaus geltend, dass er mehrfach versucht habe, zurückzutreten, weil er die Verhältnisse in Dänemark nicht mehr habe verantworten wollen. Man habe ihm aber immer die Entlassung verweigert.

391 BA, B 141/50449, BMJ Schäffer an BGH-Präsident Weinkauff, 27.10.1958. Eine Aktennotiz vom 31.10.1958, ebd., vermerkt, der dänische Botschafter habe geraten, deutscherseits zunächst einmal darauf zu verzichten, die Organisationen, die Vorwürfe gegen Kanter erhöben, einfach als Kommunisten abzustempeln, denn es befänden sich darin auch eine Reihe nichtkommunistisch eingestellter Widerstandskämpfer, die dadurch nur weiter gegen Deutschland aufgebracht würden, zumal man generell die deutsche Besatzung in Dänemark in keiner guten Erinnerung habe.

392 BA, B 141/50451, Vermerk des dänischen Botschafters, 5.12.1958.

393 BA, B 141/50451, Vermerk (Weinkauff) zu „Dr. Kanter“, handschriftlich: „Pressekonferenz b. BGH“. Unterstreichung im Original.

394 BA, Pers 101/48830, Weinkauff an BMJ, 16.7.1959.

Beitrag in der *ZEIT*: Kaum jemand spreche ohne Respekt über Kanter, die meisten sähen die Tragik in seinem Fall und hielten ihn für eine ehrenwerte Person. Dann aber komme in Gesprächen immer das „Aber […]“. Es sei daher vor allem auch eine Anfrage an die Auswahl des Personals am BGH:

> Der Richter-Wahlausschuss nämlich hätte sich – bei allem Respekt vor Dr. Kanter – fragen können, ob nicht durch die bloße Tatsache, daß der in Aussicht genommene Mann im ‚Dritten Reich‘ schon hoher Richter war, das allgemeine Urteil über den Bundesgerichtshof getrübt werden könne, über diesen Gerichtshof, der sich seit Bestehen so redlich – und mit Erfolg – bemüht hat, zu einem festen Begriff der Rechtsprechung zu werden.[395]

Zieglers Frage war mehr als berechtigt: Schon als Kanter nach dem Krieg wieder in der nordrhein-westfälischen Justiz hatte Fuß fassen wollen, war dies abgelehnt worden wegen der politischen Belastungen, die er nun einmal im Gepäck hatte. Kanter bewarb sich dann in Rheinland-Pfalz und konnte Oberlandesgerichtsrat in Neustadt an der Weinstraße werden. Als ihn Thomas Dehler ins Bundesjustizministerium holte, horchte man im Justizministerium Nordrhein-Westfalen auf und warnte Dehler vor Kanter, dessen Widerstand man auch in Düsseldorf nicht abstritt, dessen Geeignetheit für hohe Ämter in der Justiz man aber problematisierte. In einem Vermerk für den nordrhein-westfälischen Justizminister vom 24. Dezember 1949 wurde festgehalten, dass Kanter schon 1933 Parteigenosse geworden sei, seine Hinwendung zur Wehrmachtsgerichtsbarkeit daher vermutlich mehr mit seiner Neigung zum Militär und besseren Beförderungsaussichten dort zu tun gehabt habe als mit politischen Überlegungen. Seine dann starke Einbindung in die Militärjustiz müsse man schon an sich kritisch sehen:

> Ich bin aber der Meinung, dass die Militärjustiz sowohl nach wie auch schon vor 1933 von einem Geist erfüllt war, der in vielen Punkten für den Aufbau einer rechtsstaatlichen Justiz in einem demokratischen Staat in keiner Weise vorbildlich sein kann. Man tut deswegen m. E. nicht gut daran, überzeugte Träger dieses Geistes der Militärgerichtsbarkeit in höhere Richterämter zu berufen, […]

meinte der zuständige Referent. Dementsprechend informierte Justizminister Rudolf Amelunxen (Zentrum) Bundesjustizminister Dehler (FDP) 1952 und riet ihm, entsprechende Schlussfolgerungen zu ziehen. Dehler wies solche gut gemeinten Ratschläge jedoch in einem Brief an Amelunxen am 13. Februar 1953 schroff zurück und verbat sich gleichsam dessen Einmischung: Er habe Kanter genau geprüft und sehe die Anwürfe aus Nordrhein-Westfalen als ehrverletzend an. Im Gegenteil sei er „stolz darauf, in meiner Umgebung einen Mann zu wissen, der während der NS-Zeit bei ständiger persönlicher Gefährdung eine selten vorbildliche Haltung bewiesen hat.“ Er lasse das politische Vorleben seiner Mitarbeiter „in jeder möglichen Weise“ aufklären:

---

395 Respekt vor Dr. Kanter, in: *DIE ZEIT*, 19.9.1958.

> Gerade meine persönlichen Erfahrungen während der NS-Zeit gebieten mir zwingend, in meinem Mitarbeiterkreis nur Menschen zu wissen, die ich als vollständig zuverlässig im Sinne der heutigen Staatsordnung ansehen kann. Meine Erfahrungen haben mich aber auch gelehrt, wie notwendig es ist, hinter dem äusseren [sic] Anschein nach den Massstäben der uns möglichen Gerechtigkeit die für eine Ministerialverwendung in Betracht kommenden Personen nach ihrem während jener Zeit bewiesenen tatsächlichen dienstlichen und menschlichen Verhalten zu beurteilen.[396]

Die Verantwortlichen für Kanters Berufung und Karriere waren also gewarnt, die Argumente gegen seine Berufung lagen auf dem Tisch und wurden dennoch nicht berücksichtigt. Deshalb ist es durchaus wahrscheinlich, dass die Vermutung der *Frankfurter Rundschau*, Kanter sei nur deshalb zum Senatspräsidenten am BGH gemacht worden, weil man ihm am Ende seines Berufslebens noch mit einem schönen Posten belohnen wollte für seine Verdienste im Ministerium, richtig ist. Doch genau dafür sei er, der nie die für den BGH erforderlichen Richterqualitäten gehabt habe, genau der Falsche gewesen: Kanter sei ein Verwaltungsmann gewesen, ein Soldat, der gewohnt war, Weisungen umzusetzen. Nach Karlsruhe, wo am BGH hochqualifizierte, unabhängige Richter rechtsschöpfend tätig sind, habe er einfach nicht gehört.[397]

Zur angemessenen Einschätzung Kanters gehört schließlich auch noch ein Detail, auf das bereits Daniel Herbe in seiner Biographie über Hermann Weinkauff hingewiesen hat und das bislang in der Diskussion um Kanter unbeachtet geblieben ist: Als die heute zurecht als Apologie der Wehrmachtsjustiz eingeordnete Arbeit von Schweling/Schwinge[398] Ende der 1960er Jahre zur Publikation anstand, beauftragte das Münchner Institut für Zeitgeschichte Ernst Kanter mit einem Gutachten über den Text. Kanters Intervention und seiner klaren Aussage, dass diese Ausarbeitung wegen ihrer schönfärbenden Tendenz die Verhältnisse in der Wehrmachtsjustiz viel zu positiv darstelle, war es zu verdanken, dass die Arbeit nicht mit dem Renommee des Instituts veröffentlicht wurde.[399]

Nur vordergründig ähnlich zu den Fällen Hülle und Kanter, im Kern jedoch völlig anders, verhält es sich schließlich mit der Berufung von Ernst Mantel an den Bundesgerichtshof. Der 1897 geborene Mantel war Sohn des Münchner Polizeipräsidenten, der 1923 beim Hitlerputsch kurzzeitig von Hitler in Haft genommen worden war.[400] In die NSDAP ist er nie eingetreten, was ihm bei seiner Wiederanstellung nach 1945 sehr zugute kam. Ganz ähnlich wie Hülle und Kanter trat er 1937 aus der ordentlichen Justiz aus und ging in die Wehrmachtsjustiz, einmal mehr auch bei ihm angeblich, um der zunehmenden Politisierung im Zivilbereich zu entfliehen. Und vergleichbar mit Kanter wurde er 1959 vorzeitig pensioniert, weil seine angegriffene Gesundheit keine

396 Beide Dokumente in LA NRW Duisburg, NW Pe Nr. 547.
397 Unabhängige Richter, in: *FR*, 9.10.1959.
398 Schließlich veröffentlicht unter Schweling/Schwinge, Die deutsche Militärjustiz.
399 Herbe, Weinkauff, S. 278.
400 S. Thoss, Der Ludendorff-Kreis, S. 327; Deuerlein, Der Hitler-Putsch, S. 725–731.

Weiterverwendung möglich gemacht habe.[401] Die Vermutung liegt aber nahe, dass seine Zurruhesetzung auch etwas mit dem Wirbel um Ernst Kanter genau in dieser Zeit zu tun hatte, denn auch Mantel war durch seine heeresrichterliche Tätigkeit im Nationalsozialismus schwer belastet und hätte für den BGH, wäre genauer hingesehen worden, eine noch schwerere Last als Kanter werden können. Denn noch im April 1945 war er zum Generalrichter der Wehrmacht befördert worden, weil er sich immer willfährig gegenüber den Anforderungen des Regimes gezeigt hatte. Mantel war vor seinem Wechsel in die Wehrmachtsgerichtsbarkeit an einem Sondergericht tätig gewesen und hatte als Untersuchungsrichter für den berüchtigten Volksgerichtshof fungiert. Später berief er sich darauf, dass er im Heeresjustizdienst nur beratende, beaufsichtigende, gutachterliche Arbeiten übernommen, aber nie selbst ein Todesurteil gefällt habe.[402] Die zeithistorische Forschung hat mittlerweile aber herausarbeiten können, dass er unmittelbar in die Ausarbeitung des berüchtigten Kommissarbefehls, auf dessen Grundlage gefangene sowjetische Politkommissare umgehend exekutiert worden sind, verwickelt war, ja für seine Durchsetzung an der Front mit gesorgt hat.[403] Von irgendeiner regimefeindlichen Tätigkeit wie im Falle Hülle und Kanter findet sich in seinen Akten keine Spur. Es ist vor diesem Hintergrund durchaus anzunehmen, dass Mantel, wie Claudia Fröhlich meint, als beteiligter Richter im Huppenkothen-Verfahren geradezu befangen war, weil jede Verurteilung richterlichen Handelns in der NS-Zeit ihn selbst unmittelbar in Frage hätte stellen müssen.[404] Der Fall Mantel erscheint folglich als eine recht klare Fehlberufung, die sich nur erklären lässt, wenn man den hohen Stellenwert einer rein formalen Nichtmitgliedschaft in der NSDAP in Rechnung stellt und das hohe Ansehen berücksichtigt, das die Wehrmacht und die vermeintlich „normal“ arbeitende Wehrmachtsjustiz im Jahre 1950 noch gehabt haben.

Zugleich zeigt seine Nachkriegsgeschichte auch die vielfältigen Probleme der Entnazifizierung auf: Mantel zog 1947 nach langen Jahren in Berlin in seine bayerische Heimat zurück und ließ sich bei der Spruchkammer Erding entnazifizieren. In Erding arbeitete er zunächst als Hospitant in einer Geflügelzuchtanstalt, bekannt war er dort nicht. Die Spruchkammer versuchte daher, an seinem vormaligen Wohnort Berlin Näheres über ihn zu erfahren, doch von dort kam keine Auskunft. Der Polizeipräsident

401 BA, Pers 101/40008, Personalblatt; BA, Pers 101/39839, Wahlvorschlag, 25.10.1950.

402 BA, Pers 101/39841, Mantel an Bayerisches Justizministerium, 9.3.1950; BA, Pers 101/39843, Beurteilung des OLG-Präsidenten München, o.Dat. (vermutlich 1937), der seine Tätigkeit am Sondergericht und für den Volksgerichtshof hervorgehoben hat.

403 Kramer, Was ist ein „guter Richter“, in: *Betrifft Justiz*, 6.2001, S. 68–70, hier S. 69 f.; Fröhlich, Freispruch, S. 241–261, hier S. 243–261; Kramer, Karrieren und Selbstrechtfertigungen, S. 99–122, hier S. 109/110 geht davon aus, dass Mantel sehr wohl auch an Todesurteilen mitgewirkt hat.

404 Fröhlich, Freispruch, S. 241–261, wobei es angesichts der hier vorgelegten Zahlen und Einordnung der problematischen Einzelfälle fraglich erscheinen muss, ob davon die Rede sein kann, „dass durch die Integration des ehemaligen Personals des NS-Staates in die Institutionen der Demokratie ein autoritäres Selbstverständnis inkorporiert wurde“. S. a. Kramer, Karrieren und Selbstrechtfertigungen.

von Berlin glaubte nur dann überhaupt etwas mitteilen zu können, wenn man ihm Mantels letzte Berliner Adresse bekannt gebe. Unterdessen hatte Mantel dem Erdinger Spruchkammervorsitzenden, einem pensionierten Amtsgerichtspräsidenten, juristisch versiert auseinandergesetzt, warum er glaube, als ehemaliger Generalrichter gar nicht unter die Entnazifizierungsrichtlinien zu fallen. Der öffentliche Kläger in Erding wollte das im April 1947 nicht so recht glauben und fragte bei der Berufungskammer Oberbayern hilfesuchend nach, bekam aber nie eine Antwort. Der Spruchkammervorsitzende machte es sich derweil leicht und fand Mantels Argumentation überzeugend: In seinem Urteil im September 1947 formulierte er in enger sprachlicher Anlehnung an Mantels Argumentation, dass „die Richter der Heeresrechtspflege weder als Offiziere noch als Wehrmachtsbeamte anzusehen sind; sie unterscheiden sich von diesen wesentlich durch die Unabhängigkeit, die ihnen in gewissem Maße eingeräumt ist.“ Da Mantel nun etliche Zeugnisse von Kollegen und anderen Generalrichtern vorgelegt hatte, die seine einwandfreie Amtsführung als „wahrer Hüter des Rechts“ bezeugten, und er überdies ja nie Parteigenosse geworden war, hielt ihn die Spruchkammer Erding kurzerhand für entlastet. Weitere Nachfragen wurden nicht mehr gestellt, auf die Idee, dass Mantel sich in weiteren Funktionen vielleicht belastet haben könnte, kam der Vorsitzende der Spruchkammer erst gar nicht.[405]

Verwundung, Gefangenschaft und Verlusterfahrungen

Nicht wenige BGH-Richter haben im Krieg als Soldaten schwere Verwundungen erlitten, die sie für den Rest ihres Lebens begleitet, wenn nicht geprägt und bisweilen schmerzhafte und langwierige Rehabilitations- und auch Resozialisierungsmaßnahmen erforderlich gemacht haben. Knapp 13 Prozent der in unserem Untersuchungszeitraum am BGH tätigen Richter haben Kriegsbeschädigungen in bisweilen hohen und höchsten Versehrtengraden davongetragen, die in den Personalakten dokumentiert wurden.[406] Es ist davon auszugehen, dass der tatsächliche Anteil von Kriegsversehrten unter den Richtern noch höher gewesen ist, da nicht jede Verwundung Eingang in die Akten gefunden hat und psychische Schäden ohnehin höchst selten diagnostiziert wurden. Oft waren die Kriegsversehrungen nach außen für jedermann erkennbar: so etwa bei Heinrich Jagusch, der ein Auge im Krieg verloren hatte und eine Augenklappe trug[407] oder bei Kurt Johannsen, dessen linkes Knie durch eine Schussverletzung versteift war.[408] Bundesrichter Heinz Bukow hatte den rechten Unterarm im Krieg verloren, und sein linker Arm war teilweise gelähmt. Außerordent-

405 S. dazu Mantels Entnazifizierungsakte im STA München, K 3395, Mantel, Ernst.

406 Damit erreichte der BGH einen Anteil an schwerbeschädigten Mitarbeitern, der dem im Bundessozialgericht (15 Prozent) nahekam. S. Rudloff/Miquel, Das Bundessozialgericht, S. 120.

407 BA, Pers 101/74197, Beurteilung des Präsidenten des Obersten Gerichtshofes, 25.2.1950. Nach Faller, Jagusch, S. 431–437, hier S. 432 hat Jagusch unter den Folgen dieser Kriegsverwundung lebenslang gelitten.

408 BA, Pers 101/75916, Personalblatt.

lich mühsam musste er sich das Schreiben mit der linken Hand beibringen und verzweifelte angesichts seiner Versehrtheit fast an der Sorge um seine Zukunft. 1948 brach er geistig und körperlich zusammen, raffte sich dann aber mit enormer Selbstbeherrschung wieder auf und setzte seine juristische Karriere bis zum Bundesgerichtshof fort.[409] Viele Kriegsversehrungen waren aber auch nicht gleich zu erkennen: So war der spätere Präsident des Bundesgerichtshofes Gerd Pfeiffer gleich fünf Mal im Krieg schwer verwundet worden und hatte etliche Granat-Stecksplitter im Rücken, die sich nicht operieren ließen und immer wieder heftige Schmerzen verursacht haben.[410]

Auch psychische, emotionale Wunden schlug der Krieg: Die wohl voreilig geschlossene Kriegsehe von Bundesrichter Heinz Grell, die gleich nach seiner Kriegsheimkehr 1948 zerbrochen ist, mag man als direkte, die Person unmittelbar betreffende Folge des Krieges ansehen.[411] Geht man mit Sabine Kienitz davon aus, dass „die Wahrnehmung des kriegsversehrten Körpers […] die Erfahrung des Krieges und die Frage nach seinem Sinn in der Kriegs- und Nachkriegsgesellschaft symbolisch repräsentiert, kommuniziert, erinnert und transformiert“ hat,[412] dann ist es kaum vorstellbar, dass der Zweite Weltkrieg keine Auswirkungen auf die Richter und ihr Tun sowie auf den BGH als Ganzes gehabt haben könnten. Der Krieg und seine schrecklichen Folgen, gleich welcher Art, waren für jeden Richter, für die Angehörigen des BGH und das rechtsuchende Publikum gleichsam täglich in vielen „Richter-Körpern“ sichtbar.

In einigen Fällen stammten die Kriegsversehrungen auch aus der Kriegsgefangenschaft, so etwa bei Bundesrichter Otto Löscher, der eine Lungenerkrankung erlitt, die nach Rückkehr 1948 ein ganzes Jahr kuriert werden musste, aber auch später noch Probleme verursachte,[413] oder bei Bundesrichter Albert Schumacher, der wegen Mangelernährung in russischer Gefangenschaft ein Leben lang mit Folgeerkrankungen wie Hörstörungen zu tun hatte.[414] Unterstützt durch Wanderausstellungen des Verbandes der Heimkehrer, Kriegsgefangenen und Vermisstenangehörigen wurden solche Versehrten in den 1950er Jahren überwiegend als Opfer der Kriegsverhältnisse und der Unmenschlichkeit der Gewahrsamsmächte in der Öffentlichkeit angesehen – eine Auffassung, die sich dem Nachdenken über eigene Schuld und Verantwortung gleichsam in den Weg stellte. Erst als mit dem Beginn der 1960er Jahre die Holocaustproblematik etwa durch die Auschwitzprozesse in den Vordergrund der öffentlichen Aufmerksamkeit rückte, trat der mit der Kriegsgefangenschaft verbundene Opferdiskurs mehr und mehr in den Hintergrund.[415]

409 BA, Pers 101/75783, Lebenslauf, 9.10.1949.
410 BGH, PA Gerd Pfeiffer, Ärztliche Bescheinigung, 5.9.1950.
411 BGH, PA Heinz Grell, Scheidungsunterlagen.
412 Kienitz, „Fleischgewordenes Elend“, S. 215–237, hier S. 217.
413 BA, Pers 101/48856, Lebenslauf, 6.11.1952.
414 BA, Pers 101/76166, Personalblatt.
415 Beil, Erfahrungsorte des Krieges, S. 239–260, hier S. 260.

Die Kriegsgefangenschaft an sich, die praktisch alle BGH-Richter, die im Krieg gedient hatten, erlebt haben, war allerdings eine höchst ambivalente Erfahrung: Während in aller Regel russische, insbesondere auch jugoslawische Kriegsgefangenschaft[416] als existentiell gefährdend und traumatisch empfunden wurde und sicher bei vielen den im Nationalsozialismus geschürten Hass auf den Kommunismus noch verstärkt hat, so dass er sich etwa in der Rechtsprechung bei Staatsschutzdelikten auswirken konnte, war Kriegsgefangenschaft bei den Westalliierten unter Umständen eine völlig andere Erfahrung. Auch die Dauer der Gefangenschaft war sehr unterschiedlich: Für den einen war sie eine Angelegenheit von nur wenigen Wochen, für den anderen waren es viele Jahre der Unfreiheit. Der „Kriegsheld“ Walter Stimpel zum Beispiel wurde nach Gefangennahme durch die Briten 1945 zum Verbindungsoffizier zur Besatzungsmacht und unterhielt in dieser Funktion bald einen freundschaftlichen Kontakt zu einem jungen britischen Luftmarschall, mit dem er sich vorzüglich verstand. Stimpel genoss während seiner mehrmonatigen „Gefangenschaft“ viele Freiheiten, war gut versorgt, las viel, konnte sein Liebesleben pflegen und gründete eine Heim-Volkshochschule, in der den Gefangenen Weiterbildungsmöglichkeiten geboten und gelegentlich auch kritisch die Vergangenheit reflektiert wurde.[417] Für den einst begeisterten HJ-Führer Albert Mösl wurde die russische Kriegsgefangenschaft zu einem fundamentalen, die eigene politische Einstellung verändernden Erlebnis. Denn viel schlimmer als Hunger und Elend sei ihm in russischer Gefangenschaft das „Aufgeben der geistigen Freiheit, das Einordnen in ein geistiges Kollektiv“ ohne jede Möglichkeit der Artikulation eigener Bedürfnisse und Ansichten vorgekommen. Dass diese Freiheit in dem Deutschland, in das er zurückkehrte, seiner Empfindung nach in so reichem Maße vorhanden war, empfand er nun als wohltuenden Segen, und das machte ihn, zusammen mit einem Fortbildungsprogramm, zu einem überzeugten Demokraten.[418]

Bundesrichter Fritz Flitner hat das Schicksal der Kriegsversehrten und -gefangenen so intensiv beschäftigt, dass er 1947 nach der eigenen Rückkehr aus der Gefangenschaft beim Zentralbüro des Hilfswerks der Evangelischen Kirche in Stuttgart tätig geworden ist. Nach einem Zeugnis, das ihm der Widerstandskämpfer und spätere Bundestagspräsident Eugen Gerstenmaier dort 1950 ausgestellt hat, leitete er im Hilfswerk das Referat für Gefangenen- und Interniertenfragen und erwarb sich Verdienste beim Bau von Heimkehrerheimen und bei der Versehrtenfürsorge. Flitner arbeitete allerdings auch für die Rechtsschutzstelle der Evangelischen Kirche, die im Ausland

416 S. dazu die frühe Publikation von Böhme, Die deutschen Kriegsgefangenen in Jugoslawien, und unter den vielen publizierten Erlebnisberichten Kaltenegger, Titos Kriegsgefangene, wo Kurt Wüstenberg S. 187 als Dozent der „Stacheldraht-Universität“ von Werschetz aufgeführt wird. Neben ihm, der 1949 zurückgekehrt ist, hat Bundesrichter Gerhard Zündorf, 1950 zurückgekehrt, die jugoslawische Kriegsgefangenschaft als traumatisches Ereignis erlebt. S. dazu auch die Bemühungen seiner Angehörigen, ihn aus der Haft freizubekommen, dokumentiert in LAW NRW, Duisburg, NW Pe Nr. 3619.

417 Stimpel, Walter Stimpel, S. 133, 145, 153, 161.

418 BayHSTA München, MJu 25705, Aufsatz *Sinn und Wert der Referendartagung*.

gefangengehaltenen Kriegsverbrechern zur Rückkehr verhelfen wollte. Die auf Bundes- wie Landesebene laufenden Bemühungen fanden oft in höchst zwielichtigen Kreisen statt, die sich wenig um die Verbrechenstatbestände der Verurteilten kümmerten, sondern nur für die von allen politischen Parteien immer wieder geforderte Rückführung der als Landsleute angesehenen Personen sorgen wollte.[419]

Flucht und Vertreibung sind schließlich ebenfalls Kriegsfolgen, die mit hoher Wahrscheinlichkeit das Denken und Fühlen der Karlsruher Richter beeinflusst haben, ging dabei in aller Regel doch das gesamte Hab und Gut verloren, und die eigene Existenz war bedroht. Dass solche Erfahrungen Prozesse mit einer Tatbeteiligung von Kommunisten beeinflusst haben, liegt auf der Hand und erklärt unter anderem die scharfe Ablehnung kommunistischer Propaganda und Infiltrationsversuche, für die insbesondere auch der 3. Strafsenat in den 1950er Jahren bekannt war. Dabei waren die Folgen, die durch die Vertreibungen aus den Ostgebieten hervorgerufen wurden, durchaus unterschiedlich. Joseph Wolany, der zuletzt in Posen dienstliche Verwendung gefunden hatte und von dort fliehen musste, hatte seine gesamte Habe im Osten verloren. Seine ursprüngliche Wohnung in Nürnberg war aber auch durch Fliegerbomben zerstört, und zwar samt all seinen Unterlagen, Zeugnissen und Dokumenten, so dass er praktisch keinerlei amtlichen Nachweis über seine Qualifikation mehr führen konnte.[420] Die ehemaligen Reichsgerichtsräte aus Leipzig, die in Karlsruhe wieder eine Anstellung fanden, hatten oft nahezu alles verloren, was ihre herausgehobene bürgerliche Existenz und ihr öffentliches Renommée ausgemacht hatte. Selbst der erste Präsident des BGH Hermann Weinkauff war weitgehend mittellos in den Westen gelangt.[421] Viel schlimmer noch traf es seine Kollegen, etwa Carl Hertel[422] oder Max Hörchner[423], die alles in Leipzig zurückgelassen hatten. Sie konnten daher mit großem Verständnis des BGH-Präsidenten rechnen, der nach Kräften versuchte, ihre Not zu lindern. Der ehemalige Rechtsanwalt beim Reichsgericht Hans Drost war im Vergleich dazu besser aufgestellt: Er hatte 1932 das Gut Triessberg im bayerischen Dietramszell gekauft, auf das er sich nach der Flucht aus Leipzig zurückziehen konnte.[424] Besonders hart traf es Bundesrichter Emil Großmann, ehemals Oberlandesgerichtsrat in Dres-

419 BA, Pers 101/39805, Wahlvorschlag, 25.5.1956 und Beurteilung des Hilfswerks der Evangelischen Kirche, Zentralbüro, gez. Gerstenmaier, 2.1.1950. S. a. Bohr, Die Kriegsverbrecherlobby, der S. 60 dem „stramm nationalen" Flitner eine bedeutende Rolle bei der Rückführung von Kriegsverbrechern zuschreibt. Zur Geschichte der Kriegsverbrecherrückführung siehe am Beispiel der südwestdeutschen Bundesländer Spies, Die „Kriegsverbrecherfrage". Zum Zusammenhang s. auch Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 142–155 und Kunze, Das Evangelische Hilfswerk, S. 32–84.

420 UA Saarbrücken, PA Wolany, Joseph, Wolany an Bayerisches Justizministerium, 18.9.1948.

421 BA, Pers 101/39882, Weinkauff an Bayerisches Justizministerium, 21.10.1945.

422 BA, Pers 101/39973, Personalblatt.

423 BA, Pers 101/48825, Weinkauff an BMJ, 2.5.1951. Weinkauff bat das BMJ darum, Hörchner rückwirkend einstellen zu dürfen, damit er finanzielle Mittel zur Verfügung habe, um sich das Notwendigste für einen neu aufzubauenden Haushalt besorgen zu können.

424 BA, Pers 101/39739, Drost an Bayerisches Justizministerium, 9.12.1945.

den, der Hals über Kopf aus der SBZ fliehen musste, als sein Sohn, der als Amtsanwalt tätig war, ins Visier der DDR-Verfolgungsorgane geriet. Er hatte im Glauchau-Meeraner-Textilprozess[425] nicht nach den politischen Vorgaben gehandelt und wurde nach seiner Flucht in den Westen dann auch in Abwesenheit zum Tode verurteilt. Vater Emil Großmann war als Oberlandesgerichtsrat schon längst abgesetzt worden, wurde nun aber auch als Rechtsanwalt nicht mehr geduldet und musste sich ebenfalls im Westen in Sicherheit bringen.[426]

Eine besonders günstige Quellenlage im Fall Rudolf Börker erlaubt einen noch näheren Einblick in den Erfahrungshintergrund eines Richters im Übergang von Kriegsende zur Nachkriegszeit und lässt erkennen, wie das Erlebte gedeutet und verarbeitet wurde. Börker war Wehrmachtsrichter, zuletzt im Wehrmachtsgefängnis in Torgau eingesetzt, wo weit über tausend Todesurteile beispielsweise über Fahnenflüchtige sowie Deserteure gefällt worden waren, an denen wohl auch er beteiligt gewesen sein muss. Allerdings ist auch der Fall des Mitarbeiters im Wetterdienst der Luftwaffe, Karl Hannes Frohnmaier, belegt, bei dem Börker im März 1945 unter Gefährdung des eigenen Lebens geholfen hat. Frohnmaier war bereits verurteilt und sollte nun auf direkten Befehl von Reichsmarschall Göring umgehend exekutiert werden. In dieser aussichtslosen Lage wandte sich Gefängnispfarrer Richard Schwan an Börker, der die Hinrichtung leiten sollte, und fand in ihm einen Helfer. Börker suchte Frohnmaier auf und fasste in einem umständlichen Brief, den er in die Post gab, alle entlastenden Gründe zusammen, die für eine Wiederaufnahme des Verfahrens sprachen. Ein solches Vorgehen war nirgendwo vorgesehen und völlig unüblich, verschaffte dem Delinquenten aber Zeit.[427] Denn nur wenige Tage später wurden die Gefangenen auf einen Räumungsmarsch geschickt, den auch Börker begleiten musste. Die Räumung erfolgte in zwei Schüben: Am 14. April 1945 wurden die Gefangenen des Wehrmachtsgefängnisses Torgau-Brückenkopf in Marsch gesetzt – in dieser Marschkolonne war auch Börker. Einen Tag später wurden auch die Gefangenen von Fort Zinna mobilisiert. Seiner Frau Brigitte schrieb Börker von unterwegs. In diesem Brief mischte sich die Angst vor einem Leben unter russischer Ägide, die die NS-Propaganda massiv schürte, mit einer Distanzierung nicht vom eigenen Tun, wie etwa bei Fritz Sauer, sondern vom *Richteramt an sich*, das ihm kein Glück gebracht habe. Zugleich bezeugt der Brief einen ungebrochenen Überlebenswillen, gestützt von christgläubigem Vertrauen. Von dem Räumungsmarsch Fort Zinna ist bekannt, dass noch während des Evakuierungsgeschehens Todesurteile vollstreckt oder Versuche der Flucht mit Erschießungen geahndet wurden. Wenig spricht dafür, dass bei dem Marsch der Gefangenen aus dem Wehrmachtsgefängnis Brückenkopf, den Börker begleitete, die Lage wesentlich anders

425 S. Weber, Justiz und Diktatur, S. 173. Es ging bei diesem Prozess um angebliche Sabotage am Zweijahresplan.

426 BA, Pers 101/39972, Großmann an OLG-Präsident Hamm, 9.2.1949.

427 NLA Wolfenbüttel, 61 Nds. FB 1 Nr. 42, Zeugnis Pfarrer Richard Schwan, 27.3.1947, Zeugnis Karl Hannes Frohnmaier, 16.5.1947.

gewesen ist. Dass Börker nicht über das Elend der Räumungsmärsche und fortgesetzte Bestrafungen oder gar Erschießungen berichtete,[428] dürfte einerseits daran liegen, dass er seine Frau nicht beunruhigen wollte, andererseits vor dem Hintergrund zu verstehen sein, dass er bereits selbst geplant hatte, sich abzusetzen und dem Untergangsgeschehen zu entfliehen. Am 30. April 1945 schrieb er:

> Ich trauere der Strafrichterei nicht nach u. hoffe, nichts mehr mit ihr zu tun zu haben. [...] So wandere ich mit Zuversicht und Gottvertrauen durch die schöne Gegend u. hoffe, doch irgendwann wieder zu Euch geführt zu werden. Ich habe Eure Bilder bei mir [...] Auch die Losungen, das NT und das Soldatenliederbuch führe ich stets bei mir. [...] Ich hoffe, die letzten Kriegswirren lebend zu überstehen [...] Dann werden wir freilich von vorn anfangen müssen. Ich glaube nicht, jemals wieder als Richter tätig zu sein, habe auch keine Neigung dazu, dazu hat mir dieser Beruf in den letzten 10 Jahren zu viele Enttäuschungen gebracht. Mein Ideal wäre, als Jurist beim Neuaufbau der Kirche mitzuwirken. Aber das ist nur ein Wunschtraum. Wahrscheinlich werde ich froh sein müssen, wenn ich Euch durch irgend eine Handarbeit oder Büroarbeit (Stenographie, Schreibmaschine) ernähren kann. [...] Nach den Lehren der Vergangenheit u. Gegenwart erblicke ich auch nicht mehr allein in einer geistigen oder wissenschaftl. Beschäftigung das einzig Befriedigende. Die Hauptsache ist, daß wir wieder zusammenkommen und daß unsere Heimat vom Bolschewismus verschont bleibt, dann werden wir schon unser Leben wieder aufbauen.[429]

Wenige Tage später kleidete er sich in Zivil und floh. Nach verschiedenen einfachen Tätigkeiten und dem letztlich abgebrochenen Versuch als Gemeindehelfer im Dienst der Evangelischen Kirche ein neues Leben zu beginnen, erfolgte erst 1947 dann seine Rückkehr in den Justizdienst.[430]

3.2.4 Entnazifizierung

Mit dem 8. Mai 1945 waren für die späteren Richter des BGH der Krieg und die NS-Zeit längst nicht vorbei. Wer aus der Wehrmacht oder der Gefangenschaft zurückkehrte, musste nicht nur wieder in das alltägliche Leben zurückfinden, und zwar unter schwierigsten Bedingungen angesichts des darniederliegenden Landes, der Wohnungs- und Versorgungsnot. Richter wurden, bedingt durch das ausgerufene Justitium, eine zunächst restriktive Wiederanstellungspolitik der Alliierten und das Erfordernis der Entnazifizierung für die Fortsetzung der beruflichen Tätigkeit gezwungen, zumindest zeitweilig den Lebensunterhalt für sich und die Familie anderweitig sicher-

428 S. zu den letzten Tagen des Torgauer Wehrmachtsgefängnisses Eberlein/u. a., Torgau im Hinterland, S. 88 f. und die Zeitzeugenberichte, gesammelt in Haase/Oleschinski, Torgau.

429 Privatnachlass Börker, Berlin, Rudolf Börker an Brigitte Börker, 30.4.1945.

430 Börkers spezifische Verarbeitung seiner Beteiligung an der NS-Justiz, d. h. die Trennung zwischen dem übertragenen Amt und der persönlichen Verantwortung, mag auch bei der Erklärung seines Verhaltens im Rahmen der späteren Aufarbeitung der NS-Verbrechen helfen, für die nach Ulrich Herbert „ein großer Rest des Unverständnisses“ bleibt. S. Herbert, Justiz und NS-Vergangenheit, S. 43–59, hier S. 58.

zustellen. Das hinterließ Spuren, wie die jüngste Entnazifizierungsforschung betont[431] – allerdings sehr unterschiedlicher Art.

„Straf“- und Ersatzarbeit

Nicht selten findet sich in den Biographien jener späteren BGH-Richter, die 1945/46 demobilisiert oder aus der Kriegsgefangenschaft entlassen waren, der Hinweis, dass sie zeitweilig wegen ihres früheren Amtes in der Justiz in *automatic arrest* genommen worden seien.[432] Der spätere Bundesrichter Wolfgang Gähtgens etwa kam für mehrere Monate (Juli bis Dezember 1945) nach Neuengamme, wo er auf seine Entnazifizierung warten musste und sich, weil er keinen Kontakt zu seiner Familie haben durfte, um deren Schicksal schwere Sorgen machte.[433]

Viele mussten nun auch in einfachsten Tätigkeiten mit ungewohnt hohem körperlichen Einsatz, zum Beispiel als Bauhilfsarbeiter,[434] Bergarbeiter[435] oder Holzarbeiter[436] den Unterhalt für ihre Familien verdienen. Hans Werner Reinhardt suchte in den drei Jahren zwischen Entlassung und Wiederanstellung 1948 gar aus der Not eine Tugend zu machen und absolvierte eine Zimmererlehre mit Gesellenprüfung.[437] Wer, wie Heinz Bukow, schwerkriegsbeschädigt ohne funktionierende Arme zurückkam und daher nicht körperlich arbeiten konnte, hatte gar keine Chance, sich selbst zu ernähren, und war auf die Unterstützung anderer angewiesen, was bei ihm 1948 zu einem völligen Nervenzusammenbruch geführt hat.[438]

Entlastungs- und Belastungszeugnisse

Im Laufe der Entnazifizierungsprozedur galt es nicht nur, sich in umfänglichen Fragebögen in einer nie gekannten Weise über alle persönlichen Bezüge zu erklären. Man musste auch wegen der Umkehr der Beweislast Zeugnisse beibringen, die die Vermutung, man sei in den vergangenen zwölf Jahren ein überzeugter Nationalsozialist gewesen, entkräfteten. Dazu bedurfte es der für Richter gewiss demütigenden Anfrage bei Kollegen, Verwandten und Freunden, ob sie denn bereit wären, dies zu bestätigen.

---

431 Leßau, Entnazifizierungsgeschichten.

432 Im Fall von Werner Sarstedt ist die durch Unterstellung einer aktiven Beteiligung am NS-Regime empfundene Zurücksetzung noch in Texten, die Jahrzehnte später geschrieben wurden, zu spüren. Er beschrieb 1981, wie er nach der Kriegsgefangenschaft wegen seines Amtes als Oberlandesgerichtsrat in *automatic arrest* genommen wurde, und kommentierte das bitter mit der Bemerkung: „So begann meine Umerziehung zum Demokraten.“ S. Sarstedt, Vom Richter zum Anwalt, S. 321–332, hier S. 326.

433 Privatnachlass Gähtgens-Maier, Erinnerungen.

434 So z. B. Ferdinand Bode, s. BA, Pers 101/75771, passim.

435 So z. B. Rudolf Börker, s. BA, Pers 101/75778, Personalblatt.

436 So z. B. Heinz Schuster, s. BA, Pers 101/40037, Gutachten Vorprüfungsausschuss für den Landgerichtsbezirk München II, 22.7.1946.

437 BA, Pers 101/76104, Lebenslauf, 5.2.1948.

438 BA, Pers 101/75783, Lebenslauf, 9.10.1949.

Dabei bestand durchaus auch die Gefahr, dass nicht die erwarteten positiven, sondern negative Zeugnisse vorgelegt wurden. Im laufenden Verfahren passierte es manch einem, dass Mitarbeiter oder Kollegen die Chance nutzten, alte oder aktuelle Rechnungen ganz anderer Natur über den Weg der Entnazifizierung zu begleichen. So erlebte Heinz Grell als nur vorläufig eingestellter Amtsgerichtsrat in Idstein 1946, dass ein Justizinspektor seines Gerichts beim Landgerichtspräsidenten den Vorwurf erhob, er fördere bei Einstellungen alte NSDAP-Parteigenossen. Das sollte Grell offenbar auch bei seinem laufenden Spruchkammerverfahren in Schwierigkeiten bringen und davon abhalten, gegen den Justizinspektor bei einem gegen diesen laufenden Verfahren wegen Passvergehen aussagen zu können. Die Rechnung des Justizinspektors ging letztlich nicht auf, aber Grell musste sich gegen einen völlig unberechtigten Vorwurf wehren.[439] Ähnlich war es bei Wilhelm Weber, einem aus Sachsen gebürtigen Richter, den es nach dem Krieg nach Starnberg verschlagen hatte, wo er 1946 als beauftragter Richter am Amtsgericht eingesetzt wurde. Das passte Gemeinderat und Ortsbürgermeister nicht, die einen gebürtigen Bayern auf diesem Posten sehen wollten. Man warf Weber daher vor, in der Wehrmachtsjustiz an Unrechtsurteilen beteiligt gewesen zu sein und die Spruchkammer betrogen zu haben. Auch hier setzten sich Webers Gegner nicht durch, aber angenehm dürfte die Situation für den Betroffenen keineswegs gewesen sein.[440] Auch unter Kollegen konnten persönliche Animositäten im Spruchkammerverfahren eine Rolle spielen. Als es 1947 um die Entnazifizierung des ehemaligen Reichsgerichtsrats Fritz Lindenmaier in Hamburg ging, kritisierten zwei seiner Kollegen, darunter sein späterer Kollege am BGH Carl Kirchner, dass Lindenmaier ohne Not 1937 in die NSDAP eingetreten sei und es zugelassen habe, dass seine Tochter nach NS-Ritus einen SS-Mann geheiratet habe. Lindenmaier habe damit seine Kollegen am Reichsgericht, die sich tapfer gegen einen Parteieintritt gewehrt hätten, in Schwierigkeiten gebracht. Andererseits bescheinigte ihm sein Kollege Heidenhain, der als jüdischer „Mischling 2. Grades“ Probleme zu Hauf im „Dritten Reich“ gehabt hatte, dass er sich ihm gegenüber immer anständig und hilfsbereit benommen habe. Die Spruchkammer musste die Aussagen abwägen und entschied sich, den entlastenden Aussagen über Lindenmaier Glauben zu schenken.[441] Von einer regelrechten „Mitläuferfabrik“, die ohne Mühen einfach Entlastete oder eben „Mitläufer“ am laufenden Band produziert hätte, kann also keine Rede sein, auch wenn der ganze Prozess das bekannt unbefriedigende Ergebnis gezeitigt hat. Für die hier in Rede stehenden Richter war die Entnazifizierung kein einfaches Unterfangen, beim Blick auf ihre Biographien bestätigt sich, was Hanne Leßau in ihrer Arbeit generell festgestellt hat: Die Entnazifizie-

439 BGH, PA Grell, Heinz, Grell an Landgerichtspräsidenten Wiesbaden, 15.8.1946, Spruchkammerentscheid, 7.11.1946.

440 BA, Pers 101/40056, Bürgermeister Gaßner an OLG-Präsident München, 15.1.1946.

441 BA, Pers 101/39999, Spruchkammerentscheid Hamburg, 9.9.1947; STA Hamburg, Best. 221-11, Nr. L 1620, Erklärung Carl Kirchner gegenüber dem I. Staatsanwalt Celle, 26.6.1947, Erklärung Heidenhain, 30.9.1946.

rung war zunächst einmal ein ernst zu nehmender Einschnitt in jeder Biographie mit unabsehbaren, teils weitreichenden Folgen.[442]

Natürlich gab es Möglichkeiten, der Entnazifizierungskammer nicht die ganze Wahrheit über das eigene Verhalten in den Jahren 1933 bis 1945 zu sagen, zu täuschen, zu lügen oder zu betrügen, auch wenn zum Beispiel bei Fragebogenfälschungen erhebliche Strafen drohten, die auch noch Jahre später ausgesprochen werden konnten.[443] Ob dies bei Juristen, die sich mit rechtsförmigen Verfahren ja auskannten, häufiger der Fall war als bei anderen Berufsgruppen, lässt sich kaum ermessen. Immerhin zeigen die Entnazifizierungsakten Praktiken, die vorkamen: So gaben Kollegen sich gegenseitig entlastende Zeugnisse,[444] bisweilen, wie im Fall von Paul-Heinz Baldus, in so großer Zahl, dass der Blick auf seine Mitwirkung im Nationalsozialismus verstellt wurde und die Entnazifizierungskammer gänzlich geblendet ihn plötzlich und völlig unkritisch als Widerstandshelden feierte.[445] Angesichts der personellen Konstellationen in Bamberg, die kurze Zeit später beim Aufbau des Bundesjustizministeriums und des BGH Bedeutung erlangten („Bamberger Kartell“), erscheint ein Beschluss der Strafkammer des Landgerichts Bamberg vom 11. Januar 1947 in der Entnazifizierungssache von Willi Geiger bemerkenswert. Dieser wies die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Ablehnung der Hauptverhandlung des Bamberger Amtsgerichts im Fall Willi Geiger zurück. Geiger waren Falschangaben in seinem Entnazifizierungsbogen vorgeworfen worden, doch die Strafkammer unter dem Vorsitz von Hermann Weinkauff hielt das für unbeachtlich und glaubte ganz einfach den Entschuldigungsgründen Geigers.[446] Angesichts der schweren Anschuldigungen, die immer wieder in den 1950er und 1960er Jahren, zum Teil mit Quellenmaterial belegt, gegen Oskar Haidinger erhoben wurden, ist davon auszugehen, dass er dem Hamburger Entnazifizierungsausschuss zumindest eine unvollständige Darstellung seiner Tätig-

442 Leßau, Entnazifizierungsgeschichten, S. 455.

443 S. beispielhaft Hans-Werner Reinhardt, dem Fragebogenfälschung vorgeworfen wurde. Er konnte die Vorwürfe entkräften, hatte aber in umfänglichen Schriftwechseln seine liebe Mühe mit der Anschuldigung. S. BA, Pers 101/76104, passim.

444 Erich Pritsch gab Fritz Flitner z. B. in seinem Entnazifizierungsverfahren ein entlastendes Zeugnis. S. STA Hamburg, Best. 221-11, Nr. L 1098, Bescheinigung Erich Pritsch, 17.3.1947.

445 BA, Pers 101/39774, Entnazifizierungsbescheid der Berufungskammer Wiesbaden, 19.11.1946, mit dem der Bescheid der Spruchkammer Wiesbaden vom 17.10.1946 aufgehoben wurde. Dieser hatte ihn noch als Mitläufer mit einer Sühneleistung von 1000 RM eingestuft. S. zu Baldus auch Miquel, Ahnden, S. 100, 387; Engelmann, Rechtsverfall, S. 235–244.

446 BA, Pers 101/84298, Beschluss der Strafkammer des Landgerichts Bamberg, 11.1.1947. Geiger hatte einen falschen Rang in der SA angegeben – einen höheren, als er tatsächlich besessen hatte. Das hielt die Kammer, wohl richtigerweise, für unbeachtlich, da es sich augenscheinlich um ein Versehen handle, denn niemand belaste sich mehr, als es den Tatsachen entspreche. Hinsichtlich der Frage, ob Geiger verheimlicht habe, dass er als Redner für den NSRB tätig geworden sei, wie sich nach Angaben in seinen Personalunterlagen ergab, glaubte das Gericht einfach der gegenteiligen Behauptung Geigers. Seinen Kampf gegen die NSDAP in Pirmasens 1933 stufte das Gericht als beachtlichen Widerstandsakt ein.

keit in Litzmannstadt vermittelt hat.[447] Im Fall von Hermann Hengsberger gab es offensichtlich eine Abstimmung über seine Entnazifizierung mit seinen Dienstvorgesetzten am Landgericht Lüneburg und am Oberlandesgericht Celle, weil Hengsberger durch seinen Eintritt in den SS-Motorsturm in Greifswald 1935 schon belastet war. Man überlegte, wann wohl der richtige Zeitpunkt für ihn sei, den Entnazifizierungsfragebogen vorzulegen. Der Oberlandesgerichtspräsident meinte:

> Es lässt sich schwer etwas darüber sagen, ob es sich für Sie empfiehlt, den Antrag auf ihre politische Überprüfung bei der Entnazifizierungskammer sogleich einzureichen oder damit noch etwas zu warten. Voraussichtlich würden Sie wohl keinen Nachteil erleiden, wenn Sie die Einreichung des Antrages noch etwas hinauszögern würden.

Das war für Hengsberger ein guter Rat. 1949, als der Entnazifizierungseifer erlahmt war, wurde er als „entlastet" eingestuft.[448] Auch Richard Oechssler kam die Zeit, die ein Entnazifizierungsverfahren benötigte, und am Ende wohl auch ein politisches Kompensationsgeschäft zugute. Ihm hatte der politische Ausschuss Degerloch vorgeworfen, als Anführer einer Volkssturmeinheit noch am Ende des Krieges in flammenden Reden für ein Durchhalten trotz aussichtsloser Lage eingetreten zu sein. Die Spruchkammer Stuttgart sah die dafür vorliegenden Beweise als unzureichend an und klassifizierte ihn als entlastet. Das Ministerium für politische Befreiung aber kassierte diesen Spruch, weil man dort die Beweislage anders bewertete. Einige Monate später jedoch zog das Ministerium in Absprache mit den amerikanischen Besatzungsbehörden den Einspruch wieder zurück und bestätigte den Spruch der Stuttgarter Entnazifizierungskammer.[449]

Reaktionen auf die Entnazifizierung

Was die mit der Entnazifizierung zwangsläufig verbundenen Sorgen um eine Wiederanstellung und die mit solchen bürokratischen Prozeduren verbundenen teils monatelangen Wartezeiten auf Bescheide in den Betroffenen hervorgerufen haben, wissen wir zumeist nicht. Immer wieder ist in einschlägiger Literatur von Verbitterung und

447 STA Hamburg, Best. 211-11, Nr. L 703; Miquel, Ahnden, S. 62; Engelmann, Rechtsverfall, S. 224–234. S. a. Schlüter, Menschlichkeit, S. 56, Fn. 277.

448 BA, Pers 101/75901, Personalblatt, ebd. Landgerichtspräsident Lüneburg an OLG-Präsident Celle, 11.4.1946, OLG-Präsident Celle an Hengsberger, 3.7.1946, Entnazifizierungsbescheid, 4.2.1949.

449 BA, Pers 101/40028, Spruchkammerurteil Stuttgart, 18.4.1947, Aufhebungsverfügung des Ministeriums für Politische Befreiung Stuttgart, 14.11.1947, Ministerium für Politische Befreiung an Justizministerium Stuttgart, Rücknahme der Aufhebungsverfügung, 31.7.1948.

Hohn, bestenfalls von ausgelösten Verdrängungsleistungen die Rede.[450] Unter den späteren BGH-Richtern gibt es allerdings einige Hinweise darauf, dass die Erfahrung des Nationalsozialismus und die mit dem Kriegsende wie der Entnazifizierung erzwungene Reflexion über die eigene Vergangenheit Spuren hinterlassen haben.

Im Fall von Hans Hanebeck hat sich in Privatbesitz ein Brieftagebuch erhalten, das die innere Einstellung des späteren Bundesrichters in den Monaten April bis Juni 1945 recht gut erkennen lässt und seine Auseinandersetzung mit dem gerade Erlebten widerspiegelt. Zwar hatte Hanebeck im April 1945 schon längst keine Hoffnung mehr auf einen für Deutschland günstigen Kriegsausgang, er erfüllte seine „Pflicht“ jedoch gewissenhaft bis zum letzten Moment. Obwohl er Richter am Oberlandesgericht in Hamm war, brachte er noch in den letzten Stunden des Zweiten Weltkrieges den Geschäftsbetrieb des Amtsgerichts Altona in Ordnung, da eine Dienstleistung in Hamm nicht mehr möglich war und ihm eine Flucht zu seiner in Waldshut untergebrachten Familie wegen erwartbarer Repressalien zu gefährlich erschien. Der Volksgemeinschaftsidee und Adolf Hitler war er nach wie vor verbunden, die NS-Kriegspropaganda hinterfragte er nicht. An Hitlers Geburtstag, dem 20. April 1945, schrieb er seiner Frau: „Tiefe Tragik umgibt seine Gestalt. […] Welchen Ausgang auch immer das Schicksal seinem Leben und Wirken beschieden haben mag, immer wird er zu den Großen unseres Volkes zählen.“ Am 2. Mai 1945 begann er seinen Brief an seine Frau mit: „Adolf Hitler tot!“ Nun setzte ein allmähliches Umdenken ein. Über den wenige Tage zuvor noch verehrten „Führer“ stellte er nun fest, dieser habe sich „ausschließlich mit Werkzeugen seines Autokratismus“ umgeben. Dass es zu dem schlimmen Ende für Deutschland gekommen sei, sah er als Folge der „überzogenen“ Judenpolitik des „Dritten Reiches“ an. Dass man die Juden „ihrer wirtschaftlichen Existenz beraubt, gewalttätigen Verfolgungen ausgesetzt und in die Verbannung abgeführt“ habe, ja auch „ihre Häuser zerstört, ihre Synagogen in Brand gesetzt und ihre Friedhöfe verwüstet“ habe, „das musste nicht nur ihre Rassegenossen überall in der Welt aufschäumen lassen, sondern auch den Abscheu der ganzen gesitteten Menschheit erwecken.“ Am Ende des Briefes fragte er: „Schuld? Schicksal?“ Argumentation und Wortwahl zeigen hier deutlich, dass einerseits sein Denken noch in den überkommenen Wertmustern der NS-Zeit verhaftet war, andererseits eine gewisse Distanzierung demgegenüber aber schon Raum griff. Am Tag der Kapitulation sah er Deutschland den Siegern auf „Gnade oder Ungnade“ ausgeliefert. Nur drei Tage später, am 11. Mai 1945, gelangte er zu einer weiteren neuen Erkenntnis: „Es ist möglich, ja wahrscheinlich, daß mir im Laufe der Zeit manches anders erscheinen wird. Noch fließen ja nicht die Quellen, aus denen das reine Wasser der Erkenntnis geschöpft werden kann“. Wenigstens sei er nun „von wogenden Nebeln“, die seine Sicht beeinträchtigt hätten, „befreit. Ich habe die Vergangenheit hinter mich geworfen und warte ungeduldig darauf, mit

450 S. beispielhaft Benz, Auftrag Demokratie, S. 61 f. Walter Stimpel, dessen Entnazifizierung freilich völlig unproblematisch verlief, bezeichnet sein Biograph als Verdrängungskünstler, s. Stimpel, Walter Stimpel, S. 91.

Hand anlegen zu können, an der Gestaltung der Zukunft." In die Zukunft schaute Hanebeck freilich in diesen Tagen noch mit Bangen, zweifelte er doch daran, dass er nochmals als Richter würde beruflich tätig werden können. Als im Juni 1945 die Aussichten nach wie vor ungewiss waren und sich Angst unter den Berufskollegen breit machte, schrieb er: „Ich kann nicht verhehlen, daß auch ich erschüttert war. Die Sorge vor der Zukunft meiner Familie erhob sich vor meinen Augen zur erschreckenden Drohung." [451] Bei den britischen Besatzungsbehörden versuchte er in diesen Tagen mit einer Selbstreflexion, die dem Brieftagebuch beiliegt, sein Verhalten in der NS-Zeit zu rechtfertigen. Darin findet sich auch ein Hinweis auf den Anstoß für seinen Einstellungswandel. Die alliierten Aufklärungsaktionen über die Konzentrationslager hatten ihn offenbar nicht unberührt gelassen: „Was nach der Aufhebung der Konzentrationslager über die Vorgänge bekannt geworden ist, die sich dort zugetragen haben, hat mich mit Entsetzen erfüllt." Hanebecks Gesinnungswandel überzeugte. Umso erleichterter und dankbar zugleich dürfte er gewesen sein, als sich schon bald die Möglichkeit einer Wiederanstellung und der Neufundierung seiner Existenz ergab.

Zu einer ähnlich steilen Lernkurve in diesen Tagen nach dem Ende des Krieges bekannte sich im August 1945 auch der spätere BGH-Senatspräsident Friedrich Tasche gegenüber dem britischen *Secret Service*:

> Am 6. August habe ich bei meiner Vernehmung die Frage, was ich jetzt vom Nationalsozialismus hielte, dahin beantwortet, er sei zum Teil gut, zum Teil schlecht gewesen. Da mit dieser kurzen Antwort nicht klargestellt ist, welchen Rang ich den guten, welchen Rang den schlechten Teil zuerkenne, halte ich folgenden meiner inneren Überzeugung entsprechenden klarstellenden Zusatz für erforderlich: ‚Vor allem durch den Ausgang des Krieges und die Enthüllungen der letzten Monate ist mir aber soviel Schlechtes bekannt geworden, dass das Schlechte vollständig im Vordergrund steht und das Gute damit gänzlich seine Bedeutung verloren hat.[452]

Ludwig Schäfer beantragte beim Vorprüfungsausschuss für Justizbeamte beim Landgericht Augsburg 1946, als „Mitläufer" eingestuft zu werden und begründete das damit, dass er als Student zwar Mitglied des CV Tuiskonia gewesen sei, dass er aber den Druck, NS-konform zu sein, damit er weiter studieren konnte, als massiv empfunden habe. Die vom Nationalsozialismus ausgehenden Gefahren habe er als 20-jähriger junger Mann einfach nicht erkannt. So sei er in die SA, später in die Partei eingetreten, um sich nicht auffällig zu machen. Er habe einfach nur an sein Fortkommen gedacht,

---

451 Alle Zitate aus Privatnachlass Edith Nothnagel, Karlsruhe-Stutensee, Brieftagebuch, Eintragungen vom 20.4, 2.5, 11.5 und 19.6.1945. Hanebeck hatte das Brieftagebuch vermutlich aus Abschriften seiner Briefe an seine Frau zusammengestellt. Das Ehepaar pflegte einen intensiven Austausch und versuchte angesichts der unsicheren Zustellbedingungen von Briefen am Ende des Krieges durch Abschriften den Überblick über ihre Korrespondenz zu behalten. Bundesrichter Wolfgang Gähtgens schrieb ganz ähnlich am 27.3.1945 an seine Frau: „Ich komme mehr und mehr zu der Überzeugung, dass wir nach dem Krieg ein ganz neues Leben anfangen müssen." Privatnachlass Ulrike Gähtgens-Maier, Gähtgens an seine Frau, 27.3.1945.

452 BA, Pers 101/48948, Tasche an Secret Service, 10.8.1945.

wollte aber eigentlich nichts mit dem Nationalsozialismus zu tun haben. „Ich hätte es allerdings, das muß ich zugeben, nicht dabei bewenden lassen dürfen, sondern ungeachtet aller Folgen ausdrücklich aus allen NS-Formationen austreten müssen“, erkannte er nun. Immerhin, so erklärte er weiter, habe er aus einer allmählich fundierteren Einsicht in die Funktionsweise des NS-Staates, es dann bewusst abgelehnt, Offizier in der Wehrmacht zu werden.[453] Bei Fritz Sauer überwogen nach 1945 die Frustration über die Erfolglosigkeit seines politischen Kampfes gegen die NSDAP vor 1933 und ein skeptischer Blick auf die politische Haltung der Mehrheitsgesellschaft, die den Nationalsozialismus begünstigt hatte:

> Die Schuld eines großen Teiles – vielleicht der Mehrheit des deutschen Volkes, die für die Machtergreifung des Nationalsozialismus mitursächlich war, erblicke ich darin, daß es sich vor 1933, als es noch frei entscheiden konnte, nicht kraftvoll genug gegen die Vergiftung und Verdummung durch den Nationalsozialismus zur Wehr setzte.

Die Folge für ihn und seine Berufsgenossen sei gewesen, sich in gewissem Umfang den neuen Gegebenheiten anzupassen und sich so wenig wie möglich am Unrecht zu beteiligen, womöglich auch Verfolgten zu helfen. Allerdings, so gestand er weiter ein, habe es in den letzten Jahren des „Dritten Reiches“ auch etliche Richter gegeben, die den NS-Verantwortlichen in der Justiz durch ihr Verhalten geholfen hätten, die deutsche Justiz völlig zu zerstören.[454] Auch der durch seine sondergerichtliche Tätigkeit und Parteimitgliedschaft belastete Richter Friedrich Mattern lernte in diesen Tagen: Im Privatbesitz hat sich ein Zeugnis erhalten, das ihm der Kommandant seines Kriegsgefangenenlagers 1947 ausgestellt hat. Dort hatte sich Mattern in einer Art Lageruniversität stark engagiert und diverse Kurse auch selbst abgehalten, die hohe Anerkennung seitens der alliierten Lagerleitung fanden, denn man bescheinigte ihm, dass sein „conduct and outlook have been exemplary and certainly contrary to any pre-war political record he may have“, gewesen sei.

Am Ende musste die jeweilige Justizverwaltung entscheiden, wie der einzelne Bewerber um eine Richterstelle zu beurteilen sei und ob und wie er sich mittlerweile zu den Erfahrungen im Nationalsozialismus stellte. In vielen Fällen ist über die dabei relevanten Überlegungen kaum etwas Konkretes bekannt. In Nordrhein-Westfalen jedenfalls ging man eine Zeit lang Ende der 1940er Jahre so vor, dass für jede Neueinstellung eine umfängliche Begutachtung des einzustellenden Richters anzulegen war, die unter dem Terminus „Vortragsbeleg“ in manchen Personalakten abgelegt wurde. Im Fall von Karl Nastelski wurde das in diesem Zusammenhang erstattete, für die weitere Karriere entscheidende Gutachten auf fast drei Seiten niedergelegt und stellte die formalen Belastungen dar, ergänzte diese aber auch mit Einschätzungen, die der Berichterstatter aus eigener Anschauung oder von anderen Gewährsleuten erhalten hat-

453 BayHSTA München, MJu 26011, Antrag an den Vorprüfungsausschuss für Justiz beim Landgericht Augsburg, 18.7.1946.

454 BA, Pers 101/76141, Ergänzung zu Frage 9 und 10 des Entnazifizierungsfragebogens.

te. Nastelskis formal nicht eben geringes Engagement für den Nationalsozialismus wurde darin gegen seine zurückgezogene und bescheidene Art sowie sein Spezialistentum auf dem als „abseitig“ bezeichneten Gebiet der Patentrechtsstreitigkeiten abgewogen. Am Ende kam das Gutachten zu dem Entschluss, dass seine Wiedereinstellung verantwortet werden könne.[455]

Aktive Aufarbeitung der Vergangenheit

Die Tiefgründigkeit und Intensität der Auseinandersetzung mit der eigenen Vergangenheit im Nationalsozialismus wie sie der spätere Bundesrichter und Generalbundesanwalt Max Güde erreichte, war freilich selten. Allein Erwin Stein, durch den Selbstmord seiner jüdischen Frau selbst Mit-Opfer des NS-Staates, hat durch sein enormes demokratisches Engagement zur Überwindung des Nationalsozialismus Vergleichbares geleistet. Güdes Vorträge, Publikationen und Initiativen zur kritischen Reflexion der Rolle der Justiz im Nationalsozialismus sind zusammenfassend kaum angemessen zu würdigen. Die Haltung, aus der heraus er sich immer wieder der Aufarbeitung der NS-Zeit näherte, wird vielleicht in einer Schrift mit dem Titel *Justiz im Schatten von gestern* aus dem Jahre 1959 am besten deutlich. Darin hieß es:

> Ihr deutschen Richter und Staatsanwälte, wie habt Ihr es gestern mit dem Recht gehalten, als Euch die Macht bedrängte? Habt Ihr der Macht gedient oder dem Rechte? Und wie denkt Ihr heute über jenes Gestern? […] Unsere Vergangenheit ist nicht bewältigt, weil wir ihr nicht mit Wahrhaftigkeit ins Auge gesehen haben.[456]

Erwin Stein wiederum setzte sich als Vorsitzender der Offenbacher CDU-Stadtratsfraktion schon 1946 für eine Gedenkstätte für die örtlichen Opfer des Nationalsozialismus ein, die 1950 eingeweiht wurde. Bei der Einweihungsfeier gedachte er in besonderer Weise der jüdischen Mitbürger: „Ich gestehe offen: Die lebende Generation der Deutschen hat den Juden gegenüber eine Schuld abzutragen, die durch keinerlei Gegenrechnung ausgeglichen werden kann.“ Scharf wandte er sich gegen jede Form eines neuerlichen Antisemitismus. In seiner Zeit als hessischer Kultusminister formulierte er, was das Ziel künftiger demokratischer Erziehung sein müsse. Er definierte damit zugleich, woran es vor wie nach 1933 gefehlt hatte: „Das Ziel aller Erziehung ist der mündige Mensch, der eigenständig im Bewußtsein der Mitverantwortung in der Gemeinschaft steht und im Bewußtsein ewiger Verantwortung vor seinem Gewissen und vor Gott lebt.“[457] Weit in die Zukunft wies das Denken des späteren BGH-Präsidenten Gerd Pfeiffer, der sich als einer der Jungen, die Mitte der 1960er Jahre an den BGH kamen, kritisch mit der Rolle der Justiz im Nationalsozialismus auseinandersetzte und

455 LA NRW, Duisburg, NW Pe Nr. 2960, Vortragsbeleg, 2.4.1949.

456 Güde, Justiz im Schatten, S. 6, 8.

457 Stein, Die neue Erziehung, S. 17. S. a. Menk, Erwin Stein, S. 4; Gegen die Herzensträgheit, in: *Offenbach Post*, 24.4.1950.

dann 1989 zum Vorsitzenden des wissenschaftlichen Beirates wurde, der die vom Bundesjustizministerium initiierte Ausstellung *Justiz im Nationalsozialismus* begleitete. Diese Ausstellung kann mit einigem Recht als eine Wegmarke in der Auseinandersetzung der Justiz mit ihrer Verantwortung im Nationalsozialismus angesehen werden.[458]

Darüber hinaus und thematisch enger zugeschnitten, gab es unter den BGH-Richtern auch früher schon Versuche einer kritischen Reflexion der juristischen Vorgehensweise zu Aufarbeitung des NS-Unrechtes. So sah etwa Günther Willms die viel zu lange währende Verkennung der Offenkundigkeit der NS-Verbrechen als einen Hauptgrund einer verspäteten und unzureichenden Aufarbeitung. Mit dem Ende der NS-Herrschaft seien Verbrechen verfolgbar geworden, die, wie etwa die sogenannten Röhm-Morde oder die Reichspogromnacht, offenkundig und für jedermann verstehbar Straftaten gewesen sind. Das hätte, zumal es sich um Kapitalverbrechen handelte, zu sofortigem planmäßigen und zwischen den Ländern koordiniertem Einschreiten führen müssen, was aber leider unterlassen wurde:

> Ich möchte meinen, daß es in erster Linie auf die Verkennung der Offenkundigkeit als einer alle, in erster Linie aber die höchsten Organe der Strafverfolgung i. S. des Legalitätsprinzips verpflichtenden Kenntnis zurückzuführen ist, wenn die Verfolgung der Verbrechen des ‚Dritten Reiches‘ im allgemeinen nur schleppend und verspätet in Gang kam und wenn man bei einer Überschau den Eindruck nicht los wird, daß es mehr oder minder von Zufällen abhing, ob, wann und gegen wen eingeschritten worden ist.[459]

Neben dem Nachdenken stand allerdings auch das aktive Handeln zur Aufarbeitung des NS-Unrechtes. Etliche spätere BGH-Richter haben unmittelbar mit dem justitiellen Neubeginn durchaus bewusst in der Entnazifizierung oder der Rückerstattungs- und Wiedergutmachungsrechtsprechung gearbeitet oder aber bei der frühen strafrechtlichen Aufarbeitung von NS-Verbrechen mitgeholfen. Der Justizkritiker Richard Schmid hielt solches Engagement für eine große Leistung, die „hohe Achtung“ verdiene angesichts der vorwaltenden Umstände.[460]

Ein Beispiel dafür ist Alexander von Normann, ehemals Anwalt in Königsberg, nach dem Krieg als De-facto-Präsident am Landgericht Hechingen aktiv,[461] wo er gegen Landrat Paul Schraermeyer, der verantwortlich für die Deportation der Hechinger Juden war, verhandelte. Schraermeyer wurde zu zwei Jahren und drei Monaten Gefängnis von dem Gericht unter Mitwirkung von Normanns verurteilt.[462] Er war auch zuständig für die Erstellung der *Rechtsanordnung zur politischen Säuberung* in Württemberg-Hohenzollern, die von der französischen Besatzungsmacht als hervorra-

458 Fischer, Gerd Pfeiffer, in: *JoJZG* (2007), S. 101–103, hier S. 102.
459 Willms, Offenkundigkeit und Legalitätsprinzip, in: *JZ* (1957), S. 465 f.
460 Schmid, Justiz in der Bundesrepublik, S. 21.
461 BA, Pers 101/40024, Personalblatt.
462 Jasch/Kaiser, Der Holocaust, S. 54–60. S. a. Raim, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie, S. 1096–1109 zum weiteren (negativen) Verlauf dieses Verfahrens.

gendes Werk zur Aufarbeitung der NS-Zeit angesehen wurde. In der Forschung gilt sie als „vorzügliche Konzeption für die politische Säuberung unter den Bedingungen der Besatzungsherrschaft", die Südwürttemberg zum einzigen deutschen Land gemacht habe, in dem der „genuin politisch[e] Gehalt der Entnazifizierung in einem adäquaten Verfahren zur Geltung gebracht" worden sei.[463]

Werner Birnbach war als Richter beteiligt an der Aburteilung eines als „Penzberger Mordnacht" bekannt gewordenen Endphasenverbrechens. In dem 50 Kilometer südlich von München gelegenen Penzberg hatte der ehemalige SPD-Bürgermeister Hans Rummer am 28. April 1945 die örtliche NS-Führung abgesetzt, Zwangsarbeiter freigelassen, eine Bergwerkssprengung verhindert und eine neue demokratische Ordnung wiederherzustellen versucht. Sein Vorhaben scheiterte jedoch an dem Schweren Werfer Regiment 22 unter Führung von Berthold Ohm, der das Rathaus umstellte und Rummer sowie sieben seiner Mitstreiter auf Geheiß des Münchner Gauleiters Paul Gießler erschießen ließ. Eine Einheit des „Werwolf Oberbayern" brachte anschließend weitere acht Penzberger Bürger als Vergeltungsmaßnahme um. Das Landgericht München II verhandelte die grausamen Verbrechen im Juni 1948 vor Ort in Penzberg und verurteilte am Ende zwei Personen zum Tode und einige weitere zu langjährigen Zuchthausstrafen.[464]

In ähnlicher Weise hat Bundesrichter Alexander Wirtzfeld schon 1948 bei den Frankfurter Euthanasiemordprozessen erfolgreich mitgewirkt und mit seinen Richterkollegen hohe Strafen über die angeklagten NS-Verbrecher verhängt.[465] Die Frankfurter Prozesse gehören, trotz aller auch hier festzustellenden Defizite, die in so unmittelbarer zeitlicher Nähe zum Ende des „Dritten Reiches" kaum verwunderlich sind, zu den „ernsthaftesten und angemessensten Versuchen der juristischen Aufarbeitung nationalsozialistischer Tötungsverbrechen".[466]

Bundesrichter Wolfhart Werner übernahm 1947 den Vorsitz der Spruchkammer beim Landgericht Bielefeld. In einem Vermerk in seiner Personalakte aus dem Jahr 1948 heißt es, Werner sei der beste Instanzrichter der Spruchkammer. Er zeige eine überlegene Verhandlungsführung und habe auch die Verhandlung gegen den ehemaligen NSDAP-Gauleiter Lohse vorzüglich geleitet. Lohse wurde hier zu zehn Jahren Haft verurteilt. Werner veröffentliche auch viel zum Spruchkammerwesen. Dem „Na-

463 Ruck, Korpsgeist und Staatsbewußtsein, S. 259; Raberg, Normann, Hellmut August Alexander von, S. 290–291, hier S. 291. Zur Rechtsanordnung s. Henke, Politische Säuberung, S. 82 f., 86.

464 Tenfelde, Proletarische Provinz, S. 369–382. Die Beteiligung Birnbachs am Urteil belegt SDAJ-Gruppe „Franz Raab", Zum Gedenken an die Opfer der Penzberger Mordnacht vom 28.4.1945, Penzberg o. J., S. 5. Die Angaben in Birnbachs Personalakte dazu in BA, Pers 101/39940 werden dadurch bestätigt.

465 BA, Pers 101/39894, Wahlvorschlag, 12.11.1954, darin Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Frankfurt, 12.7.1948. Zu den Frankfurter Euthanasiemordprozessen 1947/48 s. Raim, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie, S. 1065 ff. Die Staatsanwaltschaft Frankfurt/M. war demnach die aktivste in der Verfolgung von Euthanasieverbrechen.

466 Meusch, Die Frankfurter „Euthanasie"-Prozesse, S. 253–286, hier S. 258, 283.

tionalsozialismus steht er kompromisslos ablehnend gegenüber. Dies kommt auch in seinen Urteilen immer wieder klar zum Ausdruck“, hieß es in seiner Beurteilung.[467]

Die frühe Wiedergutmachungs- und Rückerstattungsrechtsprechung hat Bundesrichter Hans Wilden maßgeblich mitbeeinflusst. Vor seiner Tätigkeit am BGH war er Richter im 3. Senat des obersten Rückerstattungsgerichts in Nürnberg. Schon 1950 veröffentlichte er zusammen mit Martin Klückmann eine Publikation zum *Wiedergutmachungsgesetz* vom 26. April 1949. Darin hieß es:

> Das Gesetz mußte notwendigerweise Stückwerk bleiben, denn das namenlose Elend des Hitlerreiches, zerstörtes Lebensglück, die Verachtung der Menschenwürde und die Hinmordung ungezählter unschuldiger Opfer entziehen sich jedem Versuch einer Wiedergutmachung.

Das Buch solle durch Kommentierung die Schwächen und Lücken des Gesetzes beheben. Dabei seien die Autoren bestrebt gewesen, „den auf eine möglichst umfassende Wiedergutmachung gerichteten Willen des Gesetzgebers auch da zur Geltung zu bringen, wo nach dem Wortlaut des Gesetzes die Möglichkeit der Wiedergutmachung in Frage stand“[468] – eine Position, die später auch der BGH vertrat. Die neuere Forschung geht davon aus, dass die obersten Rückerstattungsgerichte, denen Wilden angehörte, „Wesentliches“ dazu beigetragen haben, „dass die zunächst unüberbrückbar scheinende Sprachlosigkeit zwischen Deutschen und Juden nach dem Holocaust überwunden […] werden konnte.“[469]

Für die Zusammenarbeit mit den Alliierten zum Aufbau neuer demokratischer Strukturen und zur Bewältigung des NS-Unrechts war sicherlich auch die Tätigkeit wichtig, die Karl-Emil Meyer als ehemals rassisch Verfolgter im britischen Rückerstattungsgericht in Herford unter allseits großer Anerkennung geleistet hat.[470] Bundesrichter Wolfgang Gähtgens galt nicht nur seinen Dienstvorgesetzten in Schleswig als eifriger Richter in Rückerstattungs- und Wiedergutmachungssachen, sondern seine Tochter weiß zu berichten, dass dieses Rechtsgebiet ihrem Vater ein wirkliches Anliegen war, weil er glaubte, dass er als Jurist auf diesem Gebiet das erlittene Unrecht zumindest lindern könnte.[471] Wenig Aufsehen erregte das stille, aber sehr ertragreiche Wirken von Bundesrichter Ernst Mai, der den Vorsitz im IX. Zivilsenat des BGH innehatte und dort mit Feingefühl und Sachverstand die Entschädigungsrechtsprechung ab Ende der 1960er Jahre prägte. Mai hatte immer Distanz zum Nationalsozialismus

467 BA, Pers 101/76254, Vermerk, 29.4.1948. Zur Verhandlung gegen den ehemaligen Gauleiter Lohse s. Danker, Der schleswig-holsteinische NSDAP-Gauleiter, S. 91–120, hier S. 92. Auch Minninger, Bankier Schröder, S. 43–55 kommt S. 55 zu einer insgesamt anerkennenden Würdigung der Bielefelder Spruchgerichtsbarkeit.

468 Wilden/Klückmann, Wiedergutmachungsgesetz, S. 7 f. S. a. BA, Pers 101/76268, Personalblatt.

469 Kurtz, Das Oberste Rückerstattungsgericht, S. 154.

470 Meyers umfänglicher Bericht über seine durchaus auch selbst positiv empfundene Arbeit in Herford in LA NRW Duisburg, Pe Nr. 2891, Bericht vom 21.1.1952.

471 S. BA, Pers 101/75858, Vorsitzender Zivilsenat OLG Schleswig an OLG-Präsident, 31.7.1952. S. auch Zeitzeugeninterview mit Ulrike Gähtgens-Maier, 11.12.2023.

gehalten, war nie in die NSDAP eingetreten und hatte dennoch in Kriegsgefangenschaft in einem amerikanischen Umerziehungslager eine geistige Neuorientierung erfahren. Diese nicht unproblematische Form der demokratischen Ausrichtung hat nach neueren Studien in vielen Fällen und so wohl auch bei Mai ein tieferes, kritisches Verständnis des Nationalsozialismus und seiner Auswirkungen hervorgerufen.[472] Bemerkenswert ist schließlich auch, dass Senatspräsident Dagobert Moericke sich als niedersächsischer Staatssekretär noch 1950 für die fortdauernde Ermächtigung deutscher Justizbehörden zur Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 eingesetzt hat, weil es sonst nur schwer möglich wäre, das NS-Unrecht angemessen zu bestrafen.[473] Und dass es ein Richter des BGH, Rudolf Schmitt, gewesen ist, der 1969 das Bundesjustizministerium vor den möglichen negativen Folgen eines peinlichen Fehlers im neuen Ergänzungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz gewarnt hat, ist sicher als eine weitere bemerkenswerte Entwicklung zu kennzeichnen, zeigt dies doch immerhin, dass sich eine gewisse Sensibilität für vergangenheitspolitische Fragen auch unter Karlsruher Richtern zu dieser Zeit schon deutlich erhöht hatte. Denn dieses scheinbar harmlose Gesetz wird allgemein dafür verantwortlich gemacht, dass sich die Rechtsprechung zur Beihilfe bei NS-Mordtaten in der Folgezeit negativ entwickelt hat und viele Gehilfen wegen Verjährung ihres Tuns nicht mehr zur Rechenschaft gezogen wurden. Dabei spielt auch die Rechtsprechung des Berliner Strafsenates des BGH eine wichtige Rolle, der sich auf das Gesetz berief und sich, wie einige Juristen meinen, trotz juristischer Alternativen eng an das Gesetz gebunden fühlte, folglich dazu beigetragen habe, dass Mordgehilfen nicht mehr belangt worden sind.[474]

Nimmt man alles zusammen, so lässt sich feststellen, dass die Zusammensetzung der Karlsruher BGH-Richterschaft außerordentlich vielgestaltig war – die politischen Belastungen aus der NS-Zeit waren wesentlich differenzierter und mannigfaltiger, als der einfache Blick auf Parteimitgliedschaften es erkennen lässt. Und zugleich gab es einen nicht zu unterschätzenden Anteil von Richtern, die auf unterschiedliche Weise und mit unterschiedlicher Intensität auch gegen die Vorgaben des Regimes gearbeitet hatten. Es gab nicht wenige, die verfolgt oder benachteiligt worden waren aus rassischen oder politischen Gründen. Es gab solche, die bewusst mitgemacht haben, poli-

472 BA, Pers 101/75971, Präsident BGH an BMJ, 21.1.1983; BA, Pers 101/75973, Lebenslauf, 16.4.1946. Zu dem von ihm besuchten amerikanischen Umerziehungslager und dem „Special Project“ s. Smith, Angloamerikanische Umerziehungsprogramme, S. 974–989.

473 Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 59.

474 S. dazu Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 412, die Schmitt als belasteten Richter einstufen, weil er 1933 Parteimitglied geworden ist, dann aber seine besondere Bedeutung als ersten Hinweisgeber S. 418 feststellen müssen. Hier zeigt sich erneut, dass die reine NSDAP-Parteimitgliedschaft das Verhalten der Richter nach 1945 nicht zwangsläufig präfiguriert hat. Im Übrigen war der angegriffene Berliner Senat auch keineswegs so uniform politisch belastet, wie ihn Görtemaker/Safferling, S. 412 darstellen. Bundesrichter Adolf Schmidt, über den die Autoren keine Informationen finden konnten, war nicht einmal Parteimitglied. S. BA, Pers 101/76151, Personalblatt. Zu diesem Fall auch Band 2 dieser Studie.

tisch Verirrte und solche, die unter ihrem Mitmachen, das sie als notwendig ansahen, um ihre Familie zu schützen, gelitten haben. Vor allem aber gab es weder strahlende Helden des Widerstands noch massenhaft überzeugte Verfechter des Nationalsozialismus. Die gelegentlich insinuierte Vorstellung vom BGH als einem von nahezu ausschließlich politisch belasteten Richtern getragenen Gericht ist folglich irrig.

Wer als Richter an den BGH kam, ist ganz entscheidend durch den Richterwahlausschuss – und nicht durch den BGH-Präsidenten oder das Bundesjustizministerium – bestimmt worden. Dieses Gremium ist sich seiner ihm durch den Parlamentarischen Rat zugedachten Aufgabe durchaus bewusst gewesen und hat immer wieder auch dafür gesorgt, dass politisch besonders belastete Richter ferngehalten worden sind. Doch parteipolitische Interessenlagen, die Absichten der einzelnen Bundesländer, persönliche Animositäten, Verfahrensschwächen und nicht zuletzt einfache Fehler bei der Auswahl haben zugleich auch wieder Personen in das Amt eines BGH-Richters gelangen lassen, die man bei genauerem Hinsehen besser nicht berufen hätte.

Was die so nach Karlsruhe Berufenen an persönlichen Hintergründen, Belastungen und Erfahrungen mitbrachten, war außerordentlich vielgestaltig und lässt sich keinesfalls auf die schlichte Formel einer überwiegend nazifizierten, rückwärtsgewandten Richterschaft bringen, die nunmehr den höchsten Gerichtshof der ordentlichen Justiz gebildet hätte. Viele waren still geblieben, hatten sich angepasst, manche um der Karriere willen eifrig mitgetan. Die Erfahrung von Diktatur und Krieg stand vielen geradezu ins Gesicht geschrieben, Kriegsverwundungen unter den Richtern waren keine Seltenheit, manche traumatische Erinnerungen blieben ein Leben lang und dürften Einfluss auch auf das richterliche Verhalten gehabt haben. Dass diese Richterschaft sich gleichsam unisono einer Auseinandersetzung mit der NS-Vergangenheit verschlossen hätte, wird man bei genauem Hinsehen ebenso nicht behaupten können. Es sind lediglich Einzelfälle, in denen bewusst die Verwicklung in die NS-Unrechtsjustiz verschwiegen wurde. Allerdings dauerte es unter den Richtern wie in der deutschen Gesellschaft insgesamt lange, bis man sich bewusst wurde und eingestehen konnte, dass eine sondergerichtliche oder wehrmachtsgerichtliche Tätigkeit eben doch nicht als reguläre Justiz zu werten, sondern als Teil des NS-Unrechtssystems zu begreifen war. Gleichwohl haben nicht wenige Karlsruher Richter, bevor sie ihr hohes Amt am BGH angetreten haben, das Ihre zur Aufarbeitung beigetragen, indem sie bei den Spruch- und Rückerstattungsgerichten Wesentliches geleistet oder auch in der frühen deutschen Strafjustiz auf der Grundlage des Kontrollratsgesetz Nr. 10 einige maßgebliche Erfolge bei der Aufarbeitung des Unrechtsstaates erzielt haben.

Was aber qualifizierte nun gerade diese 178 Richterinnen und Richter dazu, Bundesrichter am BGH zu werden? Was sagen ihre dienstlichen Beurteilungen über ihre fachlichen wie außerfachlichen Qualifikationen aus, die doch überhaupt die Grundlage für ihre Berücksichtigung im Kreise der Bewerberinnen und Bewerber um ein Amt am BGH waren?

4 Der BGH in der jungen bundesdeutschen Demokratie

4.1 Richter für *welche* Demokratie?

Umstrittene Adenauer-Zeit

Der in dieser Studie gewählte Untersuchungszeitraum 1950 bis 1965 deckt sich nahezu vollständig mit der Kanzlerschaft des ersten Bundeskanzlers der Bundesrepublik Deutschland Konrad Adenauer (1949 bis 1963). Seine Regierung setzte – dies ist in der historischen Forschung weitgehend unbestritten – erste und lange fortwirkende Maßstäbe für die Verfassungswirklichkeit, in der das Grundgesetz gelebt wurde; das politische System der Bundesrepublik fand in den 1950er Jahren unter seiner Kanzlerschaft seine Form.[1] Sehr wohl umstritten ist jedoch seit langem, wie diese Form zu definieren und zu interpretieren ist. Zwar lässt sich einerseits eine rasante, Hans-Peter Schwarz meint, „aufregende Modernisierung" auf vielen Gebieten erkennen, vor allem auch die progressive Übernahme westlicher Ideen aus den USA, die man als „Westernisierung" Deutschlands begreifen kann.[2] Doch andererseits hat nicht nur die DDR-Geschichtswissenschaft die These von der Adenauer-Zeit als Restaurationsepoche vertreten, ist in wirtschafts-, sozial-, kultur-, alltags- und mentalitätsgeschichtlicher Hinsicht auch eine Vielzahl von fortwirkenden überkommenen Wertvorstellungen und Haltungen diagnostiziert worden, die die Adenauer-Ära als geradezu „bleierne Zeit" erscheinen lassen.[3]

Die Ursache für solche Entwicklungen wird im Kern auf die spezifische Form der von Adenauer praktizierten „Kanzlerdemokratie" zurückgeführt, die „wie die Übertragung autoritärer Prinzipien auf die demokratische Staatsform" gewirkt habe, vor allem aber „den Prinzipien der Demokratie zu wenig Raum" gegeben und „die demokratische politische Kultur in ihrer freien Entfaltung" behindert habe.[4] In diesem Kontext erscheint die Bemerkung, die Adenauer vor seiner ersten Wahl zum Kanzler im Kreis der CDU-Bundestagsfraktion gemacht haben soll, er sei an sich „diktatorisch, nur mit einem starken demokratischen Einschlag", nur bedingt lustig.[5] Ganz gleich, ob man, wie Kurt Sontheimer, nun diese Kanzlerdemokratie als den in der besonderen historischen Situation der Nachkriegszeit geeigneten und höchst erfolgreichen Weg der jungen Bundesrepublik „in die politische Demokratie" sieht, oder mehr die demokratischen Defizite der 1950er und frühen 1960er Jahre betont, gilt es wahrzunehmen, dass

1 Sontheimer, Die Adenauer-Ära, S. 129–133.
2 S. etwa Doering-Manteuffel, Wie westlich sind die Deutschen?.
3 S. etwa Geppert, Die Ära Adenauer, S. 15; Schildt, Die Sozialgeschichte der Bundesrepublik, S. 77.
4 Sontheimer, Die Adenauer-Ära, S. 171.
5 Zit. n. Geppert, Die Ära Adenauer, S. 22 f.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-005

die Richterinnen und Richter des Bundesgerichtshofes in diese sich noch in Entwicklung und Entfaltung befindliche junge Demokratie hinein den neuen demokratischen Rechtsstaat umsetzen mussten und dabei selbst Teil dieses evolutionären Geschehens waren, dessen Zielpunkt für viele in der Zeit noch recht nebulös war. Zwar lässt sich keine genaue Zahl angeben, doch fällt sowohl in den Personalakten wie auch in publizistischen Äußerungen der BGH-Richter auf, dass nicht wenige von ihnen sich je länger, je mehr mit der „Kanzlerdemokratie" Adenauers angefreundet, wenn nicht sogar sie unterstützt haben, wie dies etwa beim ersten Präsidenten des BGH Hermann Weinkauff oder bei Willi Geiger der Fall war.[6]

Nachkriegsdemokratie in Westeuropa

Was diese Ausformung des politischen Systems für die Entwicklung des Rechtsstaates und das „Heimischwerden" auch der BGH-Richterinnen und -Richter in der Demokratie des Grundgesetzes bedeutet, lässt sich vielleicht am besten verstehen, wenn man auf die Entfaltung der westeuropäischen Demokratien nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs insgesamt blickt.

Martin Conway hat in seiner Studie über *Western Europe's Democratic Age 1945–1968* die Frage nach der Spezifik dieser demokratischen Entwicklung bearbeitet und festgestellt, dass es nirgendwo in Europa direkte Wege aus der Kriegserfahrung in die plurale Demokratie der Moderne gegeben hat. Vielmehr entstanden zunächst „formale Demokratien", die auf Parlamentswahlen fußten und gesellschaftlichen Interessengruppen den notwendigen Raum zur Entfaltung einräumten. Dies lässt sich zwanglos aus der allgemein vorherrschenden Notlage der Nachkriegszeit erklären, die den von vielen Menschen gewünschten wirklichen Wandel der politischen Systeme zu einer neuen, friedlicheren Ordnung in Europa nicht ausbremste, aber dazu führte, dass man dabei auf Ordnung und Stabilität zur Sicherung der Existenz nicht verzichten wollte. Neuen Wohlstand und Frieden zu schaffen, war die Zielstellung überall in Europa: „Europeans, it seemed, wanted to enter into a new world, but without destroying the old, or engaging in the fratricidal civil wars of the recent past."[7] Um dieses Ziel, das an Bedeutung gewann, je mehr das expansive Ausgreifen der UdSSR für alle sichtbar wurde, zu erreichen, war die demokratische Kontrolle über Staat und Bürokratie zentral. Daher richteten sich die Bemühungen vornehmlich auf die „top-down democratic reconstruction" einer funktionierenden Verwaltung („they melded together state authority and parliamentary representation in the form of a more structured democracy") und die Bekämpfung kommunistischer Agitation im eigenen Land.[8] Zugleich wurde Interessen- und Lobbygruppen, wie etwa Gewerkschaften und Arbeitgeberver-

6 Creuzberger/Geppert, Die Ämter, S. 185–187.
7 Conway, Western Europe's Democratic Age, S. 8, 28, Zitat S. 35.
8 Conway, Western Europe's Democratic Age, S. 63.

bänden, Einfluss eingeräumt, so dass Staat und Gesellschaft enger zusammen rückten, und auf Elemente direkter Demokratie weitgehend verzichtet. Die von den jeweiligen Spitzen gesteuerte „Parteien-Demokratie“ gewann überall in Europa Oberhand, die gewählten Parlamente wurden ebenso zu den zentralen Austragungsorten von politischen Konflikten, wie sie zu Symbolen der Freiheit avancierten. Das effektive „Management“ des Staates und der Bedeutungsverlust (rechter wie linker) Ideologien wurden zum Signum der Zeit.[9]

Diese spezifische Form der Demokratie war „distinctively modern and non-partisan“, sie hatte aber auch Schattenseiten. Das intensive Streben nach effizientem demokratisch orientiertem Verwaltungsneuaufbau ließ die Auseinandersetzung mit der Vergangenheit oftmals in den Hintergrund treten. Zwar war die Gleichheit aller durch die Verfassungen garantiert, aber es entwickelte sich eine gewisse Intoleranz etwa gegenüber sexuellen Minderheiten oder Immigranten, wobei auch überkommene rassistische Vorurteile nach wie vor gesellschaftlich graduell wirksam blieben – von Diversität und Partizipationsrechten von Minderheiten im modernen Sinne wollte die Mehrheitsgesellschaft nichts wissen. Diese Mehrheitsgesellschaft pflegte soziale Verhaltensweisen, ein *middle-class behaviour*, das jeder, der dazugehören wollte, mehr oder weniger akzeptieren musste – in Deutschland etwa gekennzeichnet durch ein hohes Arbeitsethos und entsagungsbereite Disziplin. Grundsätzlich abweichende Meinungen hatten es schwer, Gehör zu finden; der Konformitätsdruck war hoch. Und trotz des fast überall formulierten und verfassungsrechtlich abgesicherten Gleichberechtigungsanspruchs von Männern und Frauen, ja entgegen auch der im Krieg gewachsenen Bedeutung der Frauenarbeit, blieben die europäischen Demokratien in hohem Maße *gendered*, der Frauenanteil in Führungspositionen „absurdly marginal.“[10] Konnten die europäischen Nachkriegsdemokratien auch politische Stabilität und Wohlstand sichern, vermochten sie andererseits den Herausforderungen einer egalitären und sozialen Demokratie weniger gerecht zu werden und stärkten die traditionellen Eliten. Conway resümiert:

> Western Europe’s transition to democracy in the 1940s was not a failed revolution. It was from outset a managed process, implemented largely from within the established structures of power, which was concerned not so much to enact rule by the people as to construct a democracy that worked, and endured.[11]

Dies war gleichsam der demokratische „Referenzrahmen“, in den hinein sich auch die Richter des BGH mit ihrer Verantwortung für eine demokratisch orientierte, auf dem Grundgesetz fußende Rechtsprechung entwickeln sollten. Dass dieser erste „Referenzrahmen“ sich mit der Zeit dynamisch weiterentwickeln würde, dass eine echte demokratische „Kultur“ sich nicht über Nacht einstellen würde, war den Gestaltern der

9 Conway, Western Europe’s Democratic Age, S. 68, 71.
10 Conway, Western Europe’s Democratic Age, S. 77, 81, 86 f., 88 f.
11 Conway, Western Europe’s Democratic Age, S. 97.

Nachkriegszeit nach Conway nicht nur in Deutschland von Anfang an klar.[12] Und so kann es kaum verwundern, dass sich in der Geschichte des frühen Bundesgerichtshofes in verschiedenen Themenfeldern sowohl viel Ein- und Anpassung an die neuen Gegebenheiten, aber auch nicht wenig fortwirkende (aber auch retardierte) Dynamik finden lässt.

Hinzu kommt ein weiteres: Thorsten Holzhauser hat den Nachkriegsdiskurs über politische Belastungen und demokratische Transformation im deutsch-österreichisch-französischen Vergleich untersucht und dabei ein komplexes, oft widersprüchliches Zusammenspiel von „Demokratie, Nation und Belastung“ festgestellt. Demokratisierung sollte in allen Ländern durch Sanktionierung von Belasteten erreicht werden, doch hat die angestrebte Demokratisierung mit ihrem Gleichbehandlungsanspruch die Reintegration ehemaliger Belasteter ebenso befördert wie die Reintegration der NS-Belasteten die Demokratisierung belastet hat: „Dass die demokratischen Nachkriegseliten ehemalige Nationalsozialistinnen und Nationalsozialisten […] lieber integriert wussten als exkludiert, passte in dieses von Struktur und Kontrolle geprägte Modell der Postwar Democracy“.[13]

Diese Zusammenhänge stehen im Hintergrund des abschließenden Kapitels, in dem zunächst der Blick auf die Qualifikationen der BGH-Richter gelenkt und der Frage nachgegangen werden soll, was sie eigentlich nach Meinung ihrer Dienstvorgesetzten für diese Aufgabe befähigte und inwiefern dabei Kompetenzen für die Entwicklung der bundesdeutschen Demokratie eine Rolle spielten. In Fortführung dessen ist zu fragen, welche Wirkfaktoren schließlich einer allmählichen Demokratisierung auch der höchsten Richterschaft Westdeutschland dienlich waren.

4.2 Die Qualifikationen eines Bundesrichters

In einem Punkt sind fast alle Beurteilungen deckungsgleich, die die ersten 178 Karlsruher Richterinnen und Richter erhalten haben – und sie haben in aller Regel sehr viele Beurteilungen erhalten, bis sie nach Karlsruhe gekommen sind: Wer am BGH Richter wurde, der hatte vielfach bewiesen, dass sie/er überragende fachliche Qualifikationen besaß und zugleich, fast möchte man meinen geradezu untrennbar damit verbunden, eine an Selbstverleugnung grenzende Arbeitsmoral.

Fachliche Exzellenz und Arbeitsethos

Was die Dienstvorgesetzten beispielsweise über Bundesrichter Richard Alff aussagten, war typisch: Alff, der seine beiden juristischen Examina mit sehr guten Noten (Note

12 Conway, Western Europe’s Democratic Age, S. 199.
13 Holzhauser, Demokratie, S. 138–140.

„lobenswert“ und „ausgezeichnet“) abgeschlossen hatte, wurde als „hervorragend befähigt“ oder gar „weit überragend“ in seinen fachlichen Qualifikationen eingestuft.[14] Selbst in einem fortgeschrittenen Stadium der Berufsausübung, in dem eine Berücksichtigung für eine Bundesrichterstelle überhaupt erst in Frage kam, wurden die beiden Examina noch hoch gewertet.[15] Wer die bis heute praktizierte zurückhaltende Notenvergabe in der Rechtwissenschaft kennt und die bisweilen noch vorsichtigeren Beurteilungsmaßstäbe in der juristischen Praxis berücksichtigt, wird solche in der Masse sehr selten vorkommenden positiven Bewertungen wie einen Lobgesang auf die gemeinte Person werten müssen, auch wenn die Bewertungsmaßstäbe der Justizbehörden in den Ländern variiert haben dürften und die Notengebung im Kaiserreich, der Weimarer Republik, im Nationalsozialismus und der Nachkriegszeit länderspezifisch wechselnde und nicht immer ganz vergleichbare Bezeichnungen aufwies. Bei den BGH-Richterinnen und Richtern waren sie gleichsam Standard: Von 174 BGH-Richterinnen und -Richtern sind die Examensnoten bekannt. Demnach hatten fast 72 Prozent dieser bis 1965 berufenen Bundesrichter zwei juristische Prädikatsexamen (Note „voll befriedigend“ und besser) aufzuweisen. Nimmt man noch jene mit hinzu, die zumindest ein Examen (meist das zweite Staatsexamen) mit einer herausragenden Note bestanden hatten, dann kommt man sogar auf fast 96 Prozent. Sehr gute dienstliche Beurteilungen hatten praktisch alle. Daher fallen die wenigen Abweichungen von dieser Regel umso mehr auf. Hans Loewenheim beispielsweise hatte seine Erste Juristische Staatsprüfung „nur“ mit „voll befriedigend/ausreichend“, die zweite mit „voll befriedigend“ abgelegt und galt seinen Dienstvorgesetzen „nur“ als guter oder sehr guter Richter.[16] Für den BGH war das erst einmal nicht gut genug und führte zu einer verzögerten Berufung, auch wenn Loewenheim wegen seiner Verfolgungssituation im „Dritten Reich“ eine bevorzugte Beförderung verdient gehabt hätte.[17] Zur fachlichen Expertise gehörte im Übrigen auch eine souveräne Verhandlungsführung, die bei Nichtvorhandensein negativ zu Buche schlug. Denn wer dazu nicht in der Lage war, weil ihm beispielsweise die Praxis fehlte, der machte dem BGH keine Ehre.[18]

14 BGH, PA Richard Alff, Beurteilung des Oberlandesgerichtspräsidenten Köln, 16.3.1949, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Köln, 30.5.1950.

15 Darauf wies auch Werner Sarstedt mit einigem Zweifel an der Sinnhaftigkeit des Vorgehens hin: Sarstedt, Besonderheiten des richterlichen Amtes, S. 289–304, hier S. 297–299.

16 BA, Pers 101/40000, Personalblatt; BA, Pers 101/39835, Beurteilung des Oberstaatsanwalts Königsberg 1930.

17 BA, Pers 101/39835, BMJ an Regierungspräsident Wiesbaden, 7.3.1959. In diesem Schreiben wird Loewenheims verspätete Berufung an den BGH mit seinen nicht ganz so herausstechenden Leistungen begründet. Es finden sich in den Personalakten keine Hinweise darauf, dass seine halbjüdische Herkunft eine Rolle bei seiner Berufung an den BGH gespielt haben könnte. Seine Dienstzeugnisse vor wie nach der Berufung äußern sich über seine Leistungen wie über sein Verfolgungsschicksal anerkennend.

18 S. beispielhaft hierfür den bereits geschilderten Fall Kanter. Nach Unabhängige Richter, in: *FR*, 9.10.1959 scheiterte Kanter auch, weil er als Verwaltungsjurist und gewöhnt an militärische Hierarchien, die Rolle eines unabhängigen BGH-Richters nicht ausfüllen konnte.

Das fachliche Können war aber alles nichts, wenn es sich nicht paarte mit einer raschen Arbeitsweise und unermüdlichem Arbeitsfleiß, der gewiss auch eine entsprechende körperliche Konstitution voraussetzte. Der langjährige Vorsitzende des Berliner Strafsenats Werner Sarstedt brachte es auf den Punkt: Am BGH könne man keine Haarspalter, keine „Bedenkenschulze" gebrauchen. Man müsse schnell und korrekt arbeiten, dürfe Probleme nicht geradezu suchen: „Wer dieses Tempo nicht mithalten kann, wer sich an ‚Problemen' festbeißt, wer sich ein ‚Bedenkenfach' anlegt, wer nicht flott in druckreifem Deutsch diktieren kann, der hält es bei uns nicht lange aus. Der bricht mit den Nerven zusammen und wird krank."[19]

Die notwendige flotte und zugleich präzise Arbeitsweise wurde den allermeisten BGH-Richtern attestiert und in immer neuen Formulierungen als Ideal gepriesen und am Ende auch gelebt. Von Bundesrichter Fritz Artl hieß es, er zeige „stärkste Konzentration und ungemein grossen Fleiss [sic]",[20] Paul-Heinz Baldus wurde „grosse Tatkraft", und dass er „rücksichtslos gegen sich selbst" sei, attestiert. „Energie und Pünktlichkeit" prägten seinen Arbeitsstil.[21] Von dem schon 69-jährigen ehemaligen Reichsgerichtsrat Georg Benkard wusste kein Geringerer als BGH-Präsident Hermann Weinkauff zu sagen, er erinnere sich noch aus Reichgerichtstagen, dass er eine „ungeheuer große Arbeitslast" bewältige.[22] Für Bundesrichter Georg Rietschel sprach neben anderem vorrangig, dass er über Jahre hinweg nicht nur die Aufgaben seiner eigenen Stelle, sondern auch noch die einer weiteren nicht besetzten Stelle ohne jeden Rückstand erledigt hatte.[23] Das große Arbeitsethos, das die BGH-Richter auszeichnete, führte selbst bei Schwerkranken zu Gewissensbissen, wenn sie nicht in der Lage waren, ihre Arbeit zu bewältigen. Bundesrichter Richard Busch, der sich durch eine verschleppte Erkältung eine Herzmuskelentzündung zugezogen hatte, entschuldigte sich bei Präsident Weinkauff dafür, dass er nun nicht arbeiten könne: „Ich gebe mir jedenfalls alle erdenkliche Mühe, sobald wie möglich wieder gesund und dienstfähig zu werden."[24] Und Bundesrichter Adolf Schmidt plagte sein Gewissen: „Zum Schluß möchte ich nochmals hervorheben, wie sehr ich es bedauere, Ihnen, hochverehrter Herr Chefpräsident, sowie allen Kollegen durch meine Dienstunfähigkeit Mühe und Mehrarbeit verursachen zu müssen."[25] Wie sehr Arbeitsfleiß und Arbeitskraft zum Topos eines guten BGH-Richters in den 1950er und 1960er Jahren wurden, veranschaulicht schließlich noch die Todesanzeige von Friedrich-Wilhelm Geier, die besonders hervorhob, welch große Arbeitskraft Geier zeitlebens gehabt habe.[26] Umgekehrt wurde jeder, der seine Aufgaben nicht mehr erfüllen konnte, von den ohnehin mehr als

19 Sarstedt, Werner, Bundesrichter in der heutigen Gesellschaft, S. 229–248, hier S. 235.
20 BA, Pers 101/75746, Beurteilung des Leiters der Abt. III im Justizministerium NRW, 12.8.1949.
21 BA, Pers 101/39934, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Wiesbaden, 24.2.1951.
22 BA, Pers 101/39937, Beurteilung des BGH-Präsidenten, 17.11.1950.
23 BA, Pers 101/76109, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Tübingen, 12.8.1950.
24 BA, Pers 101/39941, Richard Busch an Hermann Weinkauff, 2.1.1951.
25 BA, Pers 101/76151, Adolf Schmidt an Hermann Weinkauff, 21.3.1957.
26 BA, Pers 101/75861, Todesanzeige Friedrich-Wilhelm Geier.

wünschenswert beschäftigten Kollegen wie dem Präsidenten als Last empfunden.[27] Und es konnte durchaus auch passieren, dass Streit im BGH darüber ausbrach, wer denn nun die höchste Arbeitsbelastung zu schultern habe.[28]

Schon bei diesen alles andere so überragenden Kompetenzen, die die BGH-Richter auszeichneten, drängt sich die Frage auf, ob diese offensichtlich als so wichtig und grundlegend angesehenen Kriterien für die Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber nicht Eigenschaften wie politisches Bewusstsein, Kreativität oder auch Souveränität zu sehr in den Hintergrund gedrängt haben, die gerade für die Entwicklung eines neuen obersten Gerichtshofes und des Richterrechts von entscheidender Bedeutung gewesen wären. Da aber die ständige Überbeanspruchung des BGH vom ersten Tage an gebieterisch eine hohe Arbeitskraft der Richterinnen und Richter verlangte, um den Ansprüchen der Rechtssuchenden zu genügen, blieb andererseits auch wohl kaum etwas anderes übrig, als auf den Fleiß der obersten Richter ein besonderes Augenmerk zu legen.

Charakter, Äußeres und andere Qualifikationen

In der Beschreibung der fachlichen Qualifikation und des Arbeitsfleißes findet sich eine Semantik bildungsbürgerlicher Qualitätsansprüche wie sie im Grunde schon aus der Schule überkommen sind. Diese Semantik zeigt sich aber auch in einigen anderen Kompetenzen, die den BGH-Richtern von ihren Beurteilern oft zugeschrieben wurden. Zwar in einigem Abstand zur fachlichen Qualifikation und zum Arbeitsfleiß, aber dennoch häufig genannt, waren auch charakterliche Dispositionen, die Fähigkeit eine eigene Richterpersönlichkeit auszubilden, und auch rein Äußerliches. Wenn der Charakter der Bewerber angesprochen wurde, so war oftmals von „bescheidenem“ Auftreten, einem „sympathischen“ oder gar „liebenswürdigen“ Wesen die Rede, das sich schließlich in Kollegialität manifestiere. Von Georg Graf sprach beispielsweise sein Münchner Dienstvorgesetzter als einem „offene[n], gerade[n], ehrliche[n] Charakter von bescheidenen, liebenswürdigen Umgangsformen.“[29] Bundesrichter Gerd Meyer beschrieb sein Landgerichtspräsident nicht nur als „immer willig und von einem unermüdlichen und beständigen Fleiß. Er klagt nie über Arbeitsüberlastung […]“, sondern er galt auch als bescheiden und zurückhaltend: „Seine Tätigkeit ist unauffällig und ohne jedes Pathos.“[30] Der Landgerichtspräsident in Köln brachte die von einem

27 S. beispielhaft BA, Pers 101/39852, Präsident V. Zivilsenat an BGH-Präsident, 2.6.1954.

28 BA, Pers 101/48885, diverser Briefwechsel Pagendarm an BMJ, 4.1956 passim, aus dem im Übrigen hervorgeht, dass auch die Beamten des mittleren und gehobenen Dienstes am Wochenende arbeiteten, um die Aufgaben zu erledigen. Dass Pagendarm selbst einen „unübertrefflichen“ Arbeitsfleiß besaß, den er „zum Nachteile seiner Gesundheit ausnutzt“, wie seine Personal- und Befähigungsnachweisung vom 10.7.1948 vermerkte, BA, Pers 101/48886, verwundert kaum.

29 BA, Pers 101/75879, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten München II, 18.8.1938.

30 BA, Pers 101/76010, Beurteilung des Senatspräsidenten OLG Hamm, 18.8.1938.

guten Richter darüber hinaus erwarteten charakterlichen Prägungen 1936 im Falle des späteren Bundesrichters Wilhelm Meiß auf folgenden Punkt: „Wahrheits- und Gerechtigkeitssinn, Pflichttreue und Zuverlässigkeit, Entschlussfreudigkeit und Verantwortungsbewusstsein, Festigkeit und Arbeitswilligkeit unter Zurückstellung der eigenen Person sind bei ihm vereinigt.“[31] Dass solche zeitgenössisch als typisch männliche Eigenschaften einzuordnenden Qualitäten die sonst geschätzte „Bescheidenheit“ und „Liebenswürdigkeit“ in Frage stellen *können*, wurde nirgendwo weiter ausgeführt, trat aber gelegentlich in einer gewissen Widersprüchlichkeit von Beurteilungen einer Person hervor. Denn dass ein zu „weiches“ Wesen auch nicht gut zu der erforderlichen Richterpersönlichkeit passe, galt als ausgemacht, wenn die Gewichtungen oft auch schwer zu fassen waren, wie der Fall Erich Hußlas zeigt. Über ihn sagte der Landgerichtspräsident Schweinfurt 1943, seine „Sitzungsleitung ist von Ruhe und vornehmer Zurückhaltung getragen“, er zeige ein sicheres Auftreten, habe „eine sehr stattliche, schlanke Erscheinung“ und ein „sympathisches, fast zu bescheidenes Auftreten und Wesen mit einnehmenden Umgangsformen, liebenswürdig, dienstbereit und kameradschaftlich“. Der Oberlandespräsident Bamberg sah die Sachlage etwas kritischer: Hußla habe „in seinem Auftreten und in seinem ganzen Wesen einen etwas weichen Zug.“ Er sollte „größere Bestimmtheit und Festigkeit“ lernen. Nach 1945 wandte sich dieses Profil wieder eher ins Positive, denn 1949 formulierte der neue Oberlandesgerichtspräsident in Würzburg, Hußla sei:

> eine saubere, charakterlich hochanständige, von hohem sittlichem Verantwortungsbewusstsein erfüllte Persönlichkeit, die sich unbeugsam dem Recht verpflichtet fühlt. Seine Wesensart ist keineswegs weich, aber zurückhaltend und bescheiden. Er ist wohlerzogen, im Verkehr taktvoll und gewinnend.[32]

Auch eine ansehnliche, gepflegte äußere Erscheinung mit guten Umgangsformen sah man als relevant dafür an, sich im Gericht angemessen durchsetzen zu können. Von Bundesrichter Fritz Artl hieß es, er habe ein „gutes und statiöses Aussehen“,[33] bei Friedrich Börtzler stellte sein Dienstvorgesetzter fest: „Amtsgerichtsrat Börtzler ist eine eindrucksvolle Persönlichkeit von stattlicher äusserer [sic] Erscheinung und besten Umgangsformen“.[34] Gerade auch bei jüngeren Richtern wurde auf Äußerliches geachtet, wie der Fall von Albert Mösl zeigt:

> Ein stattlicher Mann von angenehmem, immer gepflegten Äußeren verfügt Dr. Mösl über ausgesprochen gewandte, höfliche und sichere Formen des Umgangs, die ihm im dienstlichen Verkehr

31 BA, Pers 101/48873, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Köln, 30.11.1936.

32 BA, Pers 101/39819, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Schweinfurt, 3.1.1943, Beurteilung des OLG-Präsidenten Bamberg, 20.1.1943, Beurteilung des OLG-Präsidenten Würzburg, 13.1.1949.

33 BA, Pers 101/75746, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Essen, 18.11.1948.

34 BA, Pers 101/48780, Beurteilung des Oberlandesgerichtspräsidenten München, 23.6.1952.

> von großem Nutzen sind. Er ist lebhaft und temperamentvoll, aber doch beherrscht und stets seiner sicher. Ein gesundes Selbstbewußtsein ist ihm eigen, er tritt nie unangemessen hervor.[35]

Demgegenüber fiel Wilhelm Dotterweich schon merklich ab: Er habe eine „überhastete Redeweise", meinte der Oberlandesgerichtspräsident in Nürnberg und fügte hinzu: „Er ist jedoch keine repräsentable, bestechende Erscheinung".[36] Da er aber fachlich hervorragend und ein unermüdlicher Arbeiter war, konnte er dennoch für höhere Aufgaben empfohlen werden.

Interessanterweise war die äußere Erscheinung bei den BGH-Richterinnen mit einer einzigen Ausnahme kein Thema in deren dienstlichen Beurteilungen. Zu Gerda Krüger-Nieland, die bis zu ihrer Berufung an den BGH als Rechtsanwältin gearbeitet hatte, liegen keine Dienstbeurteilungen vor. Bei Elisabeth Krumme stellte schon 1928 der Oberlandesgerichtspräsident in Düsseldorf nur fest, sie sei „eine ungewöhnliche, vor keiner Schwierigkeit und keinem Zeitaufwand zurückschreckende Arbeitskraft. Sie hat sich hier bisher bestens bewährt und übersteigt in ihren Leistungen den Durchschnitt ganz erheblich."[37] Bei diesem Tenor blieb es. Im Fall von Else Koffka allerdings gab es in der NS-Zeit vonseiten des BNSDJ den niederträchtigen Versuch, sie durch ihr Äußeres zu diskreditieren und loszuwerden. Es gereicht dem Landgerichtspräsidenten von Berlin noch heute zur Ehre, dies zurückgewiesen zu haben. Er stellte nämlich fest, Else Koffka sei eine

> energische Persönlichkeit, der die charakterlichen Eigenschaften für das Richteramt m. E. zuzusprechen sind. Der B. N. S. D. J. hat bemängelt, dass sie in ihrem Äusseren [sic] salopp und hochgradig nervös sei. Ich glaube, dass dieses Urteil zu weit geht. Die Gerichtsassessorin ist zwar recht lebhaft und spricht etwas rasch, jedoch habe ich Nervosität bei ihr in langjähriger Beobachtung nicht wahrgenommen. Auf ihr Äusseres [sic] verwendet sie keine übertriebene Sorgfalt. Als salopp möchte ich sie deshalb jedoch nicht bezeichnen. Vielmehr erscheint mir Einfachheit und Schlichtheit gerade bei weiblichen Richtern besonders am Platze.[38]

Gerade bei Richtern, die für gehobene Positionen wie die am BGH vorgesehen waren, traten noch einige zwar meist nachrangig genannte, aber doch wichtige Qualifikationen hinzu, die sich zusammengefasst in einer Beurteilung finden, die der zweite Präsident des BGH, Bruno Heusinger, damals noch Oberlandesgerichtspräsident von Braunschweig, über Bundesrichter Hans-Robert Mezger abgegeben hat:

> Er verfügt über alles das, was man von einem Oberrichter verlangen muß, insbesondere gründliches Fachwissen, juristischen Scharfsinn, eine wissenschaftliche Geistesanlage, die Fähigkeit rechtlich verwickelte Tatbestände juristisch leicht zu erfassen, die Gabe übersichtlicher und

35 BayHSTA München, MJu 25705, Beurteilung des Präsidenten Oberstes Landesgericht, 20.12.1962.
36 BA, Pers 101/48782, Beurteilung des OLG-Präsidenten Nürnberg, 1950.
37 BA, Pers 101/39825, Beurteilung des OLG-Präsidenten Düsseldorf, 2.2.1928.
38 BA, Pers 101/48846, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Berlin, 1934.

durchsichtiger Darstellung in schriftlichen Ausarbeitungen, Entschlußkraft und eine schnelle Arbeitsweise.[39]

Wissenschaftsorientierung und auch eine zur Universität gehaltene Verbindung, beispielsweise durch einen Lehrauftrag oder eine Professur, galt am BGH von Anfang an als willkommenes Qualitätsmerkmal, das bei der Abwägung von Leistungen einen Unterschied machen konnte. Zwar war es angesichts der Arbeitslast nicht immer leicht, die Richter für solche Lehraufgaben auch noch freizustellen, aber im Kontakt mit der Wissenschaft wurde doch eine geeignete Grundlage für die von BGH-Richtern eben gelegentlich auch zu fordernde Rechtsfortbildung durch Richterrecht gesehen.[40]

Und schließlich war es auch von nicht zu unterschätzendem Vorteil, wenn einem Kandidaten für einen Richterposten am BGH attestiert wurde, dass er in der Lage war, sprachlich einwandfreie, gefällige Urteilstexte zu verfassen, selbst wenn die dabei zu behandelnden Materien komplex oder gar verwickelt waren. So wurde beispielsweise Fritz Artl gerühmt, Stil und Form seiner Urteile seien von „beachtenswert hohem Niveau".[41] Die sprachliche Gestaltung der Urteile von Hans Bock hielt der Oberlandesgerichtspräsident von Hamburg für geradezu „vorzüglich".[42] Was allerdings als stilistisch brillantes Urteil zu gelten hatte und was nicht – darüber gab es unter den so Gelobten bisweilen auch heftigen Streit. So beschwerte sich Bundesrichter Wolfhart Werner bei Senatspräsident Max Hörchner darüber, dass dieser in seinen Urteilsentwurf, den er als Beisitzer gefertigt hatte, einfach und ohne ihn zu fragen, stilistisch eingegriffen hätte. So entstand ein geradezu kleinlicher Streit über einzelne Formulierungen.[43]

Voraussetzung, um all diesen Anforderungen zu genügen, war eine robuste Gesundheit, die bereits der Richterwahlausschuss bei seinen Entscheidungen durch die Anforderung von amtsärztlichen Attesten berücksichtigte. Daher finden sich gelegentlich auch schon bei den Wahlvorschlägen Aussagen wie die bei Rudolf Dorschel: „Er ist in gesundheitlicher Hinsicht den erhöhten Anforderungen gewachsen, die an die geschäftsmässig [sic] stark belasteten Richter des Bundesgerichtshofs zu stellen sind."[44] Es gab aber auch immer wieder Fälle, in denen die Beurteilung des Gesundheitszustandes der Kandidaten zu optimistisch war und die starke Arbeitsbelastung

39 BA, Pers 101/48876, Beurteilung des OLG-Präsidenten Braunschweig, 21.2.1949 mit Zusatz vom 23.10.1950.

40 Im Falle von Bundesrichter Wilhelm Meiß, der aufgefordert wurde, einen Lehrauftrag an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz anzunehmen, musste BGH-Präsident Hermann Weinkauff die Zustimmung wegen Arbeitsüberlastung versagen, betonte aber, wie sehr der BGH grundsätzlich an einer Zusammenarbeit seiner Richter mit der Wissenschaft interessiert sei. S. BA, Pers 101/48876, BGH-Präsident an Dekan der rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Mainz, 16.6.1951.

41 BA, Pers 101/75746, Beurteilung des Leiters der Abt. III im Justizministerium NRW, 12.8.1949.

42 BA, Pers 101/48775, Beurteilung des Oberlandesgerichtspräsidenten Hamburg, 15.6.1944.

43 BA, Pers 101/76248, Werner an Senatspräsident Hörchner, 21.1.1957.

44 BA, Pers 101/39790, Wahlvorschlag zur Ernennung zum BGH-Richter, 6.12.1955.

am BGH dann ernste gesundheitliche Konsequenzen nach sich zog. Bundesrichter Karl Ortlieb war vorerkrankt, als er mit 47 Jahren zum BGH kam, und verstarb schon nach einem Jahr Tätigkeit dort.[45] Öffentliches Aufsehen erregte der Selbstmord von Karl-Heinz Schneider, der 1963 zum BGH gekommen war, sich augenscheinlich sehr bemühte, den Anforderungen zu genügen, aber sich im pfälzischen Edenkoben 1971 das Leben nahm.[46]

Worüber die Dienstbeurteilung sich ausschwieg …

Vor dem Hintergrund so gestalteter Beurteilungen erscheint es bemerkenswert, worüber in den Dienstbeurteilungen gerade *nicht* gesprochen wurde. Die Beurteilungen waren ja eine ganz wesentliche Grundlage für die Auswahl im Richterwahlausschuss und gaben für Kenner der Beurteilungspraxis wichtige Aufschlüsse über die fachliche Geeignetheit der betreffenden Personen.[47] So erfuhren die Leser dieser Beurteilungen beispielsweise nichts über das politische oder berufliche Verhalten der Kandidaten in der Endphase der Weimarer Republik oder im Nationalsozialismus. Lediglich die den Wahlvorschlägen beigegebenen Aussagen über die Mitgliedschaft in NS-Organisationen oder das darin vermerkte Ergebnis der Entnazifizierung konnten als Anhaltspunkt dafür dienen, wie der Kandidat im Hinblick auf seine Geeignetheit als Richter im neuen demokratischen Rechtsstaat vielleicht einzuschätzen wäre. Auch wenn das Anfang der 1950er Jahre sicher nur in Ansätzen zu prognostizieren gewesen wäre, weil sich die deutsche Demokratie ja erst entwickelte und mit ihr ihre Richter, so wäre doch eine Auslotung der Potenziale der Kandidatinnen und Kandidaten, ein Blick der Beurteilungen über den fachlichen Tellerrand hinaus von Wert gewesen.

Eine Ausnahme stellen hier nur die Beurteilungen von Jochen-Hilmar von der Mühlen dar, in denen, weil seine Haltung eben eine Seltenheit war, voll Bewunderung über seine Widerständigkeit im Nationalsozialismus berichtet wird und deren Folgen für seine Dienstauffassung in der Demokratie angesprochen werden: Der Oberlandesgerichtspräsident von Hamm hielt über ihn 1961 fest, er sei ein Mann, der „in unbeugsamer Haltung seine innerlich gefestigte Überzeugung einer Macht entgegenstellt, falls ihm tiefeingreifende Nachteile für Leben und Freiheit drohen, wie er in der Zeit des nationalsozialistischen Regimes bewiesen hat.“[48] Nachdenklicher noch der Vorsitzende der II. Strafkammer des Landgerichts Münster:

---

45 BA, Pers 101/40029.

46 BA, Pers 101/48929. S. a. Selbstmord, in: *BNN*, 30.11.1971.

47 Nach Schmid, Justiz in der Bundesrepublik, S. 19 f. ist es ein geradezu zwangsläufiger Prozess, dass sich bei dienstlichen Beurteilungen der Richter die Beherrschung der „juristischen Technik“ stets in den Vordergrund schiebt. Alternativen zum traditionellen Beurteilungswesen weiß auch Schmid als prominenter Justizkritiker nicht anzugeben, sondern verweist auf die alles entscheidende Qualität der Beurteilenden selbst.

48 BGH, PA Jochen-Hilmar von der Mühlen, Beurteilung des OLG-Präsidenten Hamm, 12.1.1961.

> Herr v. d. Mühlen hat eine sehr strenge Auffassung von den Aufgaben und Pflichten sowie von der Würde des Richterberufs, die ganz zu erfüllen er sich aus innerster Neigung zu diesem Berufe sowie aus einem stark ausgeprägten Pflichtgefühl gebunden fühlt. […] Sein richtiges Gefühl für die Angemessenheit einer Strafe, Fähigkeit zu Menschenbeurteilung, Achtung vor der menschlichen Würde des Angeklagten ebenso wie eine strenge Auffassung über die schutzbedürftigen Interessen der Allgemeinheit und stetes Ringen um Gerechtigkeit erhoben seine Leistungen weit über den Durchschnitt.[49]

Mehr findet sich freilich in dieser Hinsicht nicht. In einigen wenigen, wirklich seltenen Fällen schloss die Dienstbeurteilung aus der Nachkriegszeit mit dem decouvrierenden Satz: Der Kandidat sei demokratisch „zuverlässig" und „stehe auf dem Boden der Demokratie"[50] oder: „Es fehlt auch an jedem Anhaltspunkt, dass er sein Amt nicht im Geiste der Demokratie und des sozialen Verständnisses ausüben wird."[51] Solche Formulierungen klingen ganz ähnlich wie die obligatorischen Abschlusssätze in den politischen Beurteilungen der NS-Zeit, die dem zu Beurteilenden politische Zuverlässigkeit attestierten, ihn rühmten, auf dem Boden der NS-Weltanschauung zu stehen, oder aber etwas distanzierter feststellten, es gebe keine Anhaltspunkte anzunehmen, dass die betreffende Person sich nicht rückhaltlos für den NS-Staat einzusetzen bereit sei. Die urteilenden Gerichtspräsidenten haben in diesen Fällen also ganz offensichtlich Formulierungsvorlagen aus der Zeit vor 1945 einfach weiterverwendet und nur den „Nationalsozialismus" durch die „Demokratie" ausgetauscht. Über solche Missgriffe hat sich das Mitglied des Richterwahlausschusses Richard Schmid schon 1975 lustig gemacht und im Übrigen kritisiert, dass die dienstlichen Beurteilungen insgesamt zu wenig bei der Einschätzung der Kandidatinnen und Kandidaten geholfen hätten, weil sie nur von „Musterwesen einer höheren Gattung" handelten.[52]

Auch über die Frage, ob und wie sich der Kandidat in die neue Demokratie eingefunden hatte, wie er über den Wandel zwischen 1945 und 1949 dachte, ob er beispielsweise politisch tätig geworden war, Anhaltspunkte dafür bot, zum Aufbau einer Zivilgesellschaft in Ehrenämtern tätig zu werden oder gesellschaftliches Engagement gleich welcher Art zu zeigen, schwiegen sich die Beurteilungen und die Angaben in den Wahlvorschlägen aus. Dabei gibt es nach dem italienischen Richter Salvatore Senese einen untrennbaren Zusammenhang zwischen echter richterlicher Unabhängigkeit, Demokratie und gesellschaftlicher Veränderung.[53] Zwar konnten solche Gesichtspunkte angesichts der fachlichen Herausforderungen des Karlsruher Amtes nicht im Vordergrund stehen, wichtig wären solche Informationen jedoch aus zweierlei Gründen bei der Entscheidungsfindung gewesen. Zum einen ist in der Richtersoziologie be-

49 BGH, PA Jochen-Hilmar von der Mühlen, Beurteilung des Vorsitzenden der II. Strafkammer des Landgerichts Münster, 10.1.1952.

50 BA, Pers 101/75791, Beurteilung von Ernst Ebel durch Landgerichtspräsident Wiesbaden, 20.1.1949.

51 BA, Pers 101/40001, Beurteilung von Hans Loewenheim durch OLG-Präsident Frankfurt, 17.1.1949.

52 Schmid, Das Unbehagen, S. 126.

53 Senese, Unabhängigkeit der Justiz, in: *KJ* (1984), S. 77–84.

kannt, wie wichtig es für die Urteilspraxis der Richterinnen und Richter ist, dass ihnen Zeit und Kraft bleibt, um sich auf anderen als den juristischen Fachgebieten zu betätigen und zu bilden, um ihren fachlichen Horizont zu erweitern und möglichst selbst auch andere Lebensrealitäten zu verstehen.[54] Zum anderen sollte der Richterwahlausschuss ja gerade helfen, eine neue Richterelite mit anderen als den traditionellen Werten der überkommenen Richterschaft zu formen, wobei solche Informationen relevant gewesen wären.

Und es hätte dabei auch durchaus einiges Berichtenswertes und Relevantes gegeben, denn bei einigen jüngeren Richtern, die in den 1950er Jahren gewählt wurden, waren bemerkenswerte Verschiebungen gegenüber dem traditionellen Richterbild festzustellen. Auch der schon genannte Justizkritiker Richard Schmid glaubte, am Ende unseres Untersuchungszeitraumes 1967 feststellen zu können, es habe sich allmählich seit den 1950er Jahren etwas geändert in der deutschen Richterschaft: „Es haben sich doch Zeichen einer endlichen Abkehr von den alten autoritären, standesmäßigen und demokratiewidrigen Tendenzen und eine Hinwendung zu den Werten des Grundgesetzes gezeigt.“[55] Welche Veränderung lässt sich demnach bei den Richterinnen und Richtern des BGH beobachten?

4.3 Auf dem Weg zum Richter in der demokratischen Gesellschaft

Die Geburtsjahrgänge von 1900 bis 1910, also die 1950 40 bis 50 Jahre alten Richter wie dann auch die Richter der Jahrgänge zwischen 1910 und 1920, die in den 1960er Jahren vermehrt an den BGH gelangten, waren es ja, die mit ihrer reichen Berufserfahrung, aber in einem noch hoch leistungsfähigen Alter den Aufbau einer neuen demokratischen, an den Werten des Grundgesetzes orientierten Justiz leisten sollten. Sie kamen, wie beschrieben, mit dem ganzen Ballast ihrer Erfahrungen aus der untergegangenen ersten deutschen Demokratie von Weimar, mit der vielfältigen Bedrängnis durch die NS-Diktatur und den totalen Krieg sowie dem Erlebnis einer existenzbedrohenden Ausgangslage in der unmittelbaren Nachkriegszeit in ihr hohes Richteramt. Etliche, ein Anteil von ca. 15 Prozent der hier untersuchten 178 Richterinnen und Richter, entschieden sich ganz offensichtlich dafür, diese neue Demokratie auf vielfältige Weise auch außerhalb ihrer beruflichen Aufgaben, aber oft doch auch mit dem öffentlichen Gewicht, das ihr Amt als BGH-Richter hatte, zu unterstützen und damit auch als demokratisches Vorbild zu wirken.

54 S. dazu auch Zweigert, Zur inneren Unabhängigkeit, S. 722.
55 Schmid, Justiz in der Bundesrepublik, S. 20.

Politisches und kirchliches Engagement

Sie konnten sich dabei auf die Haltung ihres Präsidenten Hermann Weinkauff berufen, der selbst als konservativer Denker in nicht unerheblichem Ausmaß bemüht war, öffentlich zu wirken. So war er 1947 bis 1950 Synodale der Landessynode Bayerns und setzte sich für ein politisches und soziales Wächteramt der Kirche ein, 1946 trat er in die CSU ein, war Mitglied im Kuratorium der Abendländischen Akademie, Mitautor einer Denkschrift für die EKD zur Frage eines deutschen Wehrbeitrages, Mitbegründer der Deutschen Gesellschaft für Auswärtige Politik und engagierte sich noch als Ruheständler gegen die Ostpolitik der Regierung Brandt/Scheel, die er als verfassungswidrig einstufte.[56] Bundesrichter Karl Haager knüpfte an seine parteipolitische Betätigung in der Weimarer Republik an und wurde in den 1950er und 1960er Jahren ein sehr aktives Mitglied des rechtpolitischen Ausschusses beim Parteivorstand der SPD. Mit Adolf Arndt stand er in einem engen, persönlichen Kontakt.[57] Gleiches gilt für Günther Willms, der dem Bundesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen in der CDU angehörte. Hier vertrat er fortschrittliche gesellschaftspolitische Positionen, etwa wenn er sich für die Aufhebung der Strafbarkeit des Ehebruchs einsetzte oder für die Veränderung des § 175 des Strafgesetzbuches.[58]

Immer schon hatten einzelne hohe Richter in Deutschland auch öffentliche Ämter oder Funktionen außerhalb ihrer Profession übernommen. Besonders beliebt war bei religiös eingestellten Juristen eine Nebentätigkeit in der evangelischen oder katholischen Kirche. So hatte sich beispielsweise schon Erich Pritsch (*1887) im Kirchenvorstand der katholischen Kirche in Berlin-Zehlendorf in den 1930er Jahren engagiert,[59] Fritz Flitner (*1899) arbeitete nach 1945 ja sogar zeitweilig hauptamtlich für die Evangelische Landeskirche in Stuttgart.[60] Diesem Beispiel folgten nun auch die Jüngeren Heinrich Keßler (*1906) als Vorsitzender des Disziplinar- und Kirchenordnungsausschusses der Evangelischen Landeskirche der Pfalz[61] oder Gerhard Hürxthal (*1912) als Vorsitzender des Verwaltungsgerichts der Evangelischen Landeskirche Badens.[62] Andere gingen weiter und waren nicht nur berufsnah in der kirchlichen Jurisdiktion tätig, sondern im engeren Sinne kirchen*politisch*, so etwa Kurt Wüstenberg (*1906), der Mitglied der Familienrechtskommission der EKD wurde[63] oder August Raske

56 Herbe, Weinkauff, S. 79, 97–101. S. a. Weinkauff, Warschauer Vertrag, in: *RM*, 11.12.1970.

57 S. AdsD, SPD-Bundestagsfraktion, 3. WP, Nr. 219 und Nr. 220, Briefwechsel Adolf Arndt mit Karl Haager, 1958–1960. Auch Georg Scheffler und seine Frau Erna standen der Sozialdemokratie nahe und engagierten sich politisch. S. Hansen, Erna Scheffler, S. 72.

58 ACDP, 07-001-4122, Niederschrift über die Sitzung der Fachkommission „Sittlichkeitsdelikte“ am 30.11.1968.

59 BA, Pers 101/48902, Anlage zum Fragebogen, o. Dat.

60 BA, Pers 101/39805, Wahlvorschlag zum Bundesrichter, 25.5.1956.

61 BA, Pers 101/75930, Personalblatt.

62 BGH, PA Gerhard Hürxthal, Personalblatt. Hürxthal übernahm dieses Amt 1970.

63 BGH, PA Kurt Wüstenberg, Personalblatt.

(*1901), der sich als studierter Theologe in seiner katholischen Gemeinde in Baden-Baden Ebersteinburg nicht nur betätigte, sondern sich gegen einen offenbar recht engstirnigen Pfarrer und für mehr Demokratie in der Kirchengemeinde einsetzte und dabei auch eine Strafanzeige des bischöflichen Ordinariats in Kauf nahm.[64] Helmut Simon (*1922) hatte dann so viele Funktionen in der Evangelischen Kirche des Rheinlandes und später in hohen Ämtern der EKD inne, dass man ihn gleichsam als eine weithin bekannte, wichtige öffentliche Stimme des evangelischen Deutschlands bezeichnen könnte.[65]

Neben dem kirchlichen Engagement kam es auch immer wieder einmal schon in der älteren Generation vor, dass ein besonderes Interesse an der Kunst entwickelt wurde. Dies hatte beispielsweise der ehemalige Reichsanwalt Dagobert Moericke (*1885), ein Enkel des berühmten Dichters Eduard Moericke, der 2. Vorsitzender im Badischen Kunstverein in Karlsruhe wurde – allerdings erst *nach* seiner Pensionierung.[66] Von dieser ehrenamtlichen Liebhaberei unterschied sich das Kunstinteresse der jüngeren Gerda Krüger-Nieland (*1910) schon deshalb fundamental, weil sie mit einem Theater- und Fernsehregisseur verheiratet war und selbst eigentlich das Studium der Kunstgeschichte und Theaterwissenschaft angestrebt hatte. Ihr Vater, ein Reichsgerichtsrat, hatte sie zwar davon abgebracht, doch behielt sie Zeit ihres Lebens einen engen Kontakt zur Kunstszene.[67] Albert Mösl (*1917) beeindruckte den Vizepräsidenten des Landgerichts München I so sehr mit seiner Kunst- und Musikkenntnis, dass er dies ausnahmsweise sogar in seiner Beurteilung vermerkte. Seine außerordentliche musikalische Begabung hatte ihn auch fast schon auf den Berufsweg eines Dirigenten gebracht, doch brach er diesen Weg ab und begnügte sich mit Chorleitungen.[68]

Bemerkenswert ist mit Blick auf die jüngeren Bundesrichter vor allem, dass etliche sich nun öffentlich doch erheblich engagierten und zum Teil auch einen gewissen Bekanntheitsgrad erreicht haben. Zu denken wäre hier etwa an Max Güde (*1902), Anton Henneka (*1900), Erwin Stein (*1903), Willi Geiger (*1909) oder auch Helmut Simon (*1922). Max Güde und Erwin Stein, beide CDU-Mitglieder, waren politisch tätig – Güde

64 BA, Pers 101/48905, August Raske an BGH-Präsident Weinkauff, 25.4.1959. Die Sache, in: *StZ*, 16.4.1959 und Zwischenruf, in: *FAZ*, 17.4.1959 aufgegriffen. Die Staatsanwaltschaft stellte schließlich das Verfahren gegen Raske ein, da ihm kein strafrechtlich relevantes Verhalten nachgewiesen werden konnte.

65 S. beispielhaft nur: Dr. Simon zum Bundesrichter, in: *BNN*, 6.8.1965.

66 BA, Pers 101/40014, Verlautbarung der BGH-Pressestelle, 9.1.1956; Senatspräsident Moericke gestorben, in: *BNN*, 16.1.1961.

67 Senatspräsidentin Dr. Gerda Krüger-Nieland, in: *BNN*, 24.2.1965; Justitia, in: *StNN*, 27.3.1965.

68 BA, Pers 101/76049, Beurteilung des Vizepräsidenten Landgericht München I, 2.12.1959; BayHSTA München, MJu 25705, Lebenslauf, 11.12.1939.

später als Mitglied des Bundestages,[69] Stein schon gleich nach dem Krieg als Hessischer Minister in variierenden Funktionen.[70] Beide waren aber auch öffentlich dafür bekannt, dass sie die sonst gerne vermiedene Auseinandersetzung mit der NS-Zeit und auch dem eigenen beruflichen Versagen in dieser Zeit nicht gescheut haben und mit Energie und öffentlichem Einsatz versuchten, Lehren daraus für die Weiterentwicklung der bundesdeutschen Demokratie zu ziehen.[71] Ganz ähnlich auch Anton Henneka, der schon bei seiner ersten Nachkriegsbewerbung um Wiederverwendung im Justizdienst feststellte:

> Ich weiss [sic] auch, daß es die Aufgabe unserer Zeit ist, die Krise des Rechts und der Rechtspflege durch Festigung des Rechtsbewußtseins possitiv [sic] zu überwinden, wobei eine rein negative Grundhaltung gegenüber dem Vergangenen nicht ausreichen dürfte. Deshalb wird ein Oberstaatsanwalt in der heutigen Zeit neben seinem sonstigen Aufgabengebiet durch die Erziehung der Beamten der Polizei auch eine pädagogische Aufgabe erfüllen müssen. Auch dieser Aufgabe würde ich mich gerne mit Hingabe widmen.[72]

Selbstbewusst vertrat er öffentlich seine Reformansichten.[73] Im Falle von Willi Geiger verdeckt die Diskussion um seine NS-Belastung wie sein streng wertkonservatives Weltbild schnell, dass er sich, und zwar ganz gleich wie man seine Mitschuld an der NS-Unrechtsjustiz wertet, durch seine vielfältige öffentliche Wirksamkeit bis hin zum Präsidium des Bamberger Katholikentags um die Entwicklung der bundesdeutschen Demokratie verdient gemacht hat. Wer seine Beiträge und damals wie heute umstrittenen politischen Thesen unvoreingenommen liest, der wird nicht umhin können festzustellen, dass er darin nie den Boden der rechtsstaatlichen Demokratie verlassen und auch hinsichtlich der Aufarbeitung der NS-Justiz Fehlentwicklungen klar benannt hat, wenngleich seine Analyse der Ursachen dem heutigen Wissensstand sicher nicht entspricht.[74] Mit Helmut Simon schließlich hatte der BGH einen Richter, dessen gesellschaftliches Verantwortungsbewusstsein weit über sein kirchliches Engagement hinausreichte und sich politisch im sozialdemokratischen Lager verorten lässt. Auch von

---

69 S. hierzu zusammenfassend die bereits über Güde veröffentlichte Literatur: Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 154–162, 455; Miquel, Ahnden, S. 54 f.; Tausch, Max Güde; W. Güde, Max Güde.

70 S. hierzu zusammenfassend die neueste Biographie über Stein von Nagel, Ein Mensch und zwei Leben.

71 S. für Güde beispielhaft: Güde/u. a., Zur Verfassung unserer Demokratie; Güde, Probleme des politischen Strafrechts; Güde, Erziehung zum Recht; Güde, Justiz im Schatten. S. beispielhaft für Stein: Stein, 30 Jahre hessische Verfassung; Stein, Die neue Erziehung; Stein, Europäische Erziehung; Stein, Gesellschaftslehre; Stein, Bildung im Dienste, S. 9–28.

72 BA, Pers 101/84320, Henneka an Chef der Justizverwaltung in der französischen Zone, 14.11.1945.

73 S. beispielhaft: Henneka, Das Wesen des Naturrechts, S. 3–14.

74 S. beispielhaft: Geiger, Gewissen; Geiger, Kraft und Grenze, S. 9–28; Geiger, Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters, wiederabgedruckt in Schumacher, Der Richter, S. 100–120; Geiger, Wissenschaftsfreiheit als Problem; Geiger, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 9–43; Geiger, Das Grundrecht der Pressefreiheit, S. 11–40.

ihm sind so viele Vorträge und Aufsätze überliefert, die sein Plädoyer für die Entwicklung einer modernen, pluralistischen Demokratie in Deutschland aufzeigen, dass man ihn als einen Mitgestalter der heutigen freiheitlichen Gesellschaftsordnung bezeichnen könnte.[75] Es war daher für den BGH sicherlich ein großer Verlust, dass Güde den BGH nach kurzer Zeit verlassen hat, um Generalbundesanwalt zu werden, und die übrigen Genannten dann sehr bald Richter am Bundesverfassungsgericht geworden sind, wo sie das Verfassungsverständnis weiter nachhaltig geprägt haben. Allein Willi Geiger hat über Jahre hinweg (und je länger, je mehr zum Verdruss des BGH-Präsidenten) darauf bestanden, neben dem Amt des Bundesverfassungsrichters auch das eines Senatspräsidenten am BGH zu behalten.

Öffentliches und zivilgesellschaftliches Engagement

Neben diesen sehr prominenten stehen weniger bekannte und etwas anders geartete Fälle von öffentlich wirksamen BGH-Richtern, die Ausdruck eines Bemühens um Stabilisierung der neuen bundesdeutschen Rechtsordnung auf vielfältigen Gebieten waren. So hat etwa der 1953 zum Bundesrichter berufene Helmut Beyer (*1907) die seiner Ansicht nach immer mehr parteipolitisch geprägte Besetzung von Spitzenpositionen in Justiz und Verwaltung in Niedersachsen unter Ministerpräsident Hinrich Kopf unmittelbar nach seiner Ernennung als Richter am BGH öffentlich kritisiert und damit einen niedersächsischen Politskandal losgetreten. Die Angegriffenen haben sein Auftreten als Frustration über seine in Niedersachsen nicht erfolgte Beförderung gedeutet. Er selbst hat sein in der Tat für seine eigene Karriere recht riskantes Verhalten als einen Beitrag zur Stabilisierung der Demokratie verstanden, weil die seiner Meinung nach eklatant parteipolitisch motivierten Stellenbesetzungen das Potential gehabt hätten, das Vertrauen in die Demokratie und eine kompetente Verwaltung zu unterhöhlen. Für besonders verwerflich hielt er Kopfs Berufungspolitik auch deshalb, weil sie zur Rückkehr einiger aus der NS-Zeit politisch schwer belasteter Beamter geführt habe.[76] Sogar ein parlamentarischer Untersuchungsausschuss wurde in der Affäre Beyer durch den niedersächsischen Landtag eingesetzt, der – wie wohl in den meisten Fällen – zu keinem eindeutigen Urteil kam. Für die CDU-Opposition im niedersächsischen Landtag hatten die Untersuchungen jedenfalls ergeben, dass man Beyer für die Aufdeckung der skandalösen Verhältnisse Dank schulde.[77] Auch BGH-Präsident Wein-

75 S. beispielhaft: Simon, Evangelische Verantwortung, S. 123–134; Güde/u. a., Zur Verfassung unserer Demokratie; Simon, Katholisierung des Rechtes; Simon, Freiheitliche Verfassung.

76 S. Krise in der Staatskanzlei, in: *DIE WELT*, 22.1.1953; Schreiben ohne Antwort, in: *Rheinische Post*, 23.1.1953; Kopf will Beyers Brief, in: *Die neueste Zeitung*, 23.1.1953; Bundesrichter Beyer, in: *Münchner Merkur*, 31.1.1953. Der Brief selbst ist in Beyers Personalakte, BA, Pers 101/75767, Beyer an Ministerpräsident Kopf, 19.1.1953 enthalten.

77 Skandal, in: *Hamburger Echo*, 12.12.1953; Personalpolitik, in: *Bremer Nachrichten*, 9.12.1954.

kauff, mit einer Überprüfung möglicher dienstrechtlicher Verfehlungen vom BMJ beauftragt, konnte in Beyers Verhalten keinen Grund für disziplinarische Maßnahmen finden.[78]

Der zwischen 1951 und 1956 am BGH tätige Bundesrichter Wilhelm Kregel (*1909) wurde in Karlsruhe zum Mitbegründer der Akademischen Turn- und Sportverbindung, 1964 übernahm er das Amt des Präsidenten des Deutschen Turnerbundes, 1970 bis 1974 war er Präsident des Deutschen Sportbundes. Schon diese hohen gesellschaftlichen Funktionen deuten an, dass Kregel nicht nur einfach sportbegeistert war, sondern auch dem Sport eine wichtige Funktion in der Demokratie zuschrieb. In einer späteren Publikation über Sportpolitik hielt er fest, „Sport und Spiel sind wichtige Beiträge zu einem menschlicheren Leben in einer freien Gesellschaft […] Sport muß heute Bürgerrecht sein." Durch Sportförderung sei eine „weitere Entfaltung unseres demokratischen Lebens" möglich, weil Sport auch eine politische Kraft sei. „Und der Staat braucht die demokratische Mitverantwortung des Sports, um das Leben in unserer Gesellschaft humaner zu gestalten."[79]

Auch die Berufung eines blinden Richters an den BGH 1963 war Zeichen eines gewissen Einstellungswandels am BGH zu Beginn der 1960er Jahre und einer gesellschaftlichen Öffnung, nicht nur, weil das – modern gesprochen – die „Diversität" des richterlichen Personals am obersten ordentlichen Gerichtshof erhöhte, sondern weil Hans-Eugen Schulze (*1922) sich politisch und gesellschaftlich für Blinde in Deutschland und andernorts einsetzte. So hatte er Verbindungen zu Blindenorganisationen in Israel und vermochte auch über den „Eisernen Vorhang" hinweg Kontakte zur Blindenhilfe in der DDR aufzubauen.[80] Die außerordentlich erstaunliche, ja bewundernswürdige Tatsache, dass es einem Blinden gelungen war, den an sich auf funktionierendes Augenlicht ausgerichteten Beruf eines Juristen zu ergreifen und dabei so erfolgreich zu sein, dass eine Berufung an den obersten Gerichtshof der ordentlichen Justiz möglich wurde, hat zudem öffentliches Interesse erregt und Schulze durch intensive Presseberichterstattung zu einer „öffentlichen Figur" gemacht, die den BGH ein Stück weit menschlicher und durch Schulzes Erklärungen über seine Arbeitsweise auch verständlicher erscheinen ließ.[81]

Auf eine wiederum ganz andere Art hat sich Bundesrichter Dietrich Lang-Hinrichsen (*1902) einen auch nach Meinung seiner Fachkollegen überdurchschnittlich erweiterten Horizont verschafft. Aufgrund der Verfolgung durch den NS-Staat nach Brasilien vertrieben, hat er dort nicht nur die dortige portugiesisch geprägte Kultur

78 BA, Pers 101/75767, Weinkauff an BJM, 26.4.1954 und 23.12.1954. Auch in der mittlerweile vorliegenden Forschungsliteratur wird die Unklarheit der wirklichen Verhältnisse in Niedersachsen festgestellt. S. Beyer/Müller, Der Niedersächsische Landtag, S. 36; Nentwig, Hinrich Wilhelm Kopf, S. 472–475.

79 Kregel, Sportpolitik, S. 57–66, hier S. 59–62.

80 BA, Pers 101/76181, Personalblatt. Hier werden in der Rubrik „Dienstreisen" seine auswärtigen Verpflichtungen im Dienste der Blindenhilfe verzeichnet. S. a. ebd. Schulze an BGH-Präsident, 25.1.1963.

81 Ein Wunder, in: *Quick*, 5.1963.

aufgenommen, sondern sich durch historische und philosophische Studien so fortgebildet, dass ihm ein enormes Innovationspotential zugesprochen wurde. Lang-Hinrichsen gehörte in seiner Zeit zu den führenden Strafrechtswissenschaftlern und hat sich außerordentlich früh schon mit damals noch weltanschaulich akzentuierten Themen wie Homosexualität im Grenzbereich zwischen Recht und Sittlichkeit befasst. In Anlehnung an philosophische Positionen etwa auch von Helmut Schelsky vertrat er nachdrücklich die freie Verantwortung der Person in der Demokratie.[82]

Ähnlich bemerkenswert ist auch das weit gespannte politische Interesse des langjährigen Pressesprechers des BGH Günther Willms (*1912), das ganz ausnahmsweise sogar im Wahlvorschlag für den Richterwahlausschuss aufgeführt wurde. Ein Gutachten des Landgerichtspräsidenten in Würzburg vom 9. Oktober 1950 verwies nämlich schon darauf, dass Willms Aufsätze über Jugendbewegung, Friedensgesellschaft, politische Fragen und Landschaftsschilderungen verfasst und zahlreiche Vorträge gehalten habe, auch vor Richtern und Staatsanwälten. Der Oberlandesgerichtspräsident in Bamberg ergänzte am 12. Oktober 1950:

> Ein weit gespanntes, über das rein juristische Gebiet hinausreichendes Interesse an allgemeinwissenschaftlichen, besonders geschichtlichen, kunstgeschichtlichen und politischen Fragen, stempelt ihn zu einem besonders zeitaufgeschlossenen und zeitnahen Richter.[83]

Die Grundlage für solche Wertungen dürfte gewesen sein, dass sich Willms schon in amerikanischer Kriegsgefangenschaft für die demokratische Umerziehung der deutschen Soldaten eingesetzt hatte und zurück in seiner Heimat 1946 ein „Jugendführertreffen“ in Frankfurt am Main unter Mitwirkung des hessischen Ministerpräsidenten Karl Geiler mitorganisiert hatte, bei dem grundlegende Fragen des Staatsaufbaus, aber auch die Kriegsgefangenenfrage diskutiert werden sollten.[84] In Verfassungsfragen schaltete er sich bei der Gründung der deutschen Länder in der amerikanischen Zone durch einen Aufsatz in den von Eugen Kogon und Walter Dirks herausgegebenen *Frankfurter Heften* mit bemerkenswerten Vorschlägen ein. Willms lehnte sich vielfach an das amerikanische Vorbild an und formulierte für die Ausgestaltung der Dritten Staatsgewalt Vorschläge, die späteren Überlegungen um das Bundesverfassungsgericht schon nahekamen. Das aktive Wahlrecht aber wollte er nur Landesbürgern zugestehen, die sich auch für die Demokratie einzusetzen bereit waren und einen Lehrgang in Staatsbürgerkunde absolviert hatten. Denn: „Eine Demokratie ohne Demokraten, das heißt ohne ein Volk, das vom Geist der Zusammenarbeit in Freiheit

82 Dreher, Dietrich Lang-Hinrichsen, in: *NJW* (1975), S. 1262–63; Krümpelmann, Dietrich Lang-Hinrichsen, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1976), S. 1–5.

83 BA, Pers 101/76280, Wahlvorschlag, 19.1.1953.

84 HSTA Wiesbaden, Abt. 520/14 Nr. 68662, Willms an Spruchkammer Fulda, 3.8.1946 und beiliegendes Flugblatt „Jugendführertreffen 31.8. / 1.9.1946 Frankfurt a. M.“ Willms fungierte darin als Delegierter des „Ständigen Ausschusses vom ‚Tag der jungen Generation‘“.

erfüllt ist, ist ein Unding".[85] Dieses Engagement behielt er auch in seiner Zeit am BGH bei, so dass sich etliche politische und berufspolitische Veröffentlichungen und sogar auch – eine Seltenheit! – eine Autobiographie von einem Bundesrichter über seine Erlebnisse bis zum Zweiten Weltkrieg erhalten haben.[86]

Schließlich wäre in diesem Zusammenhang auch Bundesrichter Albert Schumacher zu erwähnen, der sich im Vorstand des Deutschen Richterbundes engagierte. In dieser Funktion kam er oft mit den SPD-Rechtspolitikern Adolf Arndt und Gerhard Jahn in Verbindung, die nicht nur einen „ausgezeichneten Eindruck" von ihm hatten und ihn praktisch nahe bei der SPD verorteten, sondern ihn auch für einen „verläßlichen Demokraten" hielten.[87]

Neben solchen Öffnungen über das Fachliche hinaus finden sich bei einigen jüngeren BGH-Richtern ein großes Fremdspracheninteresse und der Wille, zu einer neuen europäischen Verständigung das Ihre beizutragen. Wiederum gilt es zunächst bei dieser Perspektive festzuhalten, dass auch früher schon hohe Richter sich als sprachbegabt und international gewandt erwiesen haben. Zu erinnern wäre hier etwa an die älteren BGH-Richter Alexander von Normann (*1893), der 20 Sprachen beherrscht haben soll,[88] Bundesrichter Erich Pritsch (*1887), der zugleich Orientalist war und 1908 eine Diplomprüfung in Türkisch absolviert hatte,[89] oder Otto Riese, der lange Zeit an der Universität in Lausanne gelehrt hat und mit seiner fachlichen Ausrichtung auf das moderne Luftverkehrsrecht ohnehin dauerhaft in internationalen Bezügen stand.[90] In all diesen Fällen entstand die internationale Orientierung und Sprachgewandtheit aus der begüterten Bürgerlichkeit des Elternhauses und war der bereitwilligen Eröffnung solch weiter Bildungsperspektiven durch Väter und Mütter geschuldet. Wohl nicht zufällig waren die Väter der hier Genannten Geheime Rechnungs- oder Bauräte in gehobenen Stellungen. Die jüngeren Bundesrichter hingegen hatten sich selbst diese internationale Ausrichtung erarbeitet, von alliierten Hilfen für diese Zwecke profitiert und verstanden dieses Engagement als einen Beitrag zur Rückkehr Deutschlands in den Kreis zivilisierter westeuropäischer Völker nach den Verbrechen des Zweiten Weltkrieges.

Typisch ist für diese Gruppe, was der BGH-Präsident Bruno Heusinger über seine rechte Hand Hans Hill (*1913) in einer dienstlichen Beurteilung geschrieben hat: „Aus den bösen Erfahrungen der Vergangenheit mit mir durchdrungen von der Notwendigkeit, den Rechtsstaat zu sichern", habe der fachlich hochqualifizierte Hill mit seiner Sprachkompetenz in Englisch, Französisch und Italienisch ihm außerordentlich gehol-

85 Willms, Die deutschen Landesverfassungen, S. 22–34, Zitat S. 29.

86 S. Willms, Offenkundigkeit, in: *JZ* (1957), S. 465 f.; Willms, Staatsschutz; Willms, Geträumte Republik.

87 AdsD, SPD-Bundestagsfraktion, 3. WP, Nr. 371, Adolf Arndt an Fritz Bauer u. a., 10.2.1961.

88 Raberg, Normann, Hellmut August Alexander von.

89 BA, Pers 101/48902, Lebenslauf, o. Dat.

90 BA, Pers 101/48911, Wahlvorschlag, 8.5.1951, Lebenslauf o. Dat.

fen und Wesentliches dazu beigetragen, dass der BGH wieder in Kontakt mit den Juristen anderer Länder gekommen und ein fruchtbarer fachlicher Austausch etabliert worden sei. Auch sein großes Interesse an ausländischem Recht sei von enormem Vorteil gewesen.[91] Mit Dietrich Lang-Hinrichsen (*1902) kam 1954 ein Richter an den BGH, der aus seinem Emigrationsland Brasilien nicht nur portugiesische Sprachkenntnisse,[92] sondern auch reiche Lebenserfahrung aus einer ganz anderen Kultur mitbrachte.[93] Kurt Johannsen (*1910) wurde mit seinem Sprachinteresse ebenso zu einem Förderer der Deutsch-Französischen Gesellschaft[94] wie Heinz Schuster (*1906) Leiter der Deutsch-Italienischen Gesellschaft in Karlsruhe wurde.[95] Beide haben mit ihrem Engagement zur Aussöhnung mit den Kriegsgegnern und zur kulturellen Bereicherung vor Ort beigetragen. Und blickt man auf Bemühungen der BGH-Richter, in ihrem Fachgebiet in internationalen Organisationen tätig zu werden, dann wären viele Namen zu nennen. Beispielhaft sei hier nur die bedeutende Rolle angeführt, die Gerda Krüger-Nieland in solchen Verbünden, vor allem des Urheberrechts, gespielt hat.[96]

Was sich an diesen Beispielen deutlich zeigt, ist, dass in der jüngeren Generation der BGH-Richter in den 1950er und 1960er Jahren zwar längst nicht bei allen, aber doch bei einer signifikanten Minderheit jener Prozess sich nachvollziehen lässt, der allgemein mit dem Aufbau einer demokratischen Zivilgesellschaft beschrieben wird.[97] Obwohl dieses außerfachliche Engagement und Interesse bei der Berufung keine nachweisbare Rolle gespielt hat und in den Personalakten kaum auffindbar ist, nahmen diese Richterinnen und Richter doch an der allgemeinen Entwicklung teil und haben damit das Bild vom obersten Zivil- und Strafgericht des Bundes allmählich verändert, ja wohl auch der Atmosphäre dort neue Nuancen hinzugefügt.

4.4 Richterleitbilder am Bundesgerichtshof

Relevant für eine Tätigkeit am BGH war aber nicht nur, über welche Kompetenzen die berufenen Richterinnen und Richter verfügten und welche Haltung zu und in der Demokratie und dem neuen deutschen Rechtsstaat sie ausprägten, sondern auch, wie sie

91 BA, Pers 101/75914, Beurteilung des BGH-Präsidenten, 26.9.1967.

92 S. beispielhaft Lang-Hinrichsen, Das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7.12.1940, das im Reprint noch Berlin/Boston 2017 wieder erschienen ist.

93 UA Mainz, Best. 64, Nr. 1726 (4), Wahlvorschlag, 12.4.1954.

94 BA, Pers 101/75916, Vorsitzender des IV. Zivilsenats an BGH-Präsident, 3.7.1967.

95 BA, Pers 101/40036, BGH-Präsident an Elisabeth Schuster, 4.8.1965, Verlautbarung der Pressestelle des BGH, 4.8.1965.

96 BA, Pers 101/75961, Lebenslauf, 12.6.1978.

97 S. Kocka, Zivilgesellschaft in historischer Perspektive, S. 29–44, hier S. 36: „Andererseits ist es die Zivilgesellschaft, die den Rechts- und Verfassungsstaat prägt, mit Leben erfüllt, dynamisiert und zur Rechenschaft zwingt. Die dynamischen Teile der Zivilgesellschaft führen dem Gemeinwesen die nötige Energie und Beweglichkeit zu.“

selbst ihre Rolle als Richterinnen und Richter nun definierten beziehungsweise welchem Richterleitbild sie anhingen. Hans Hattenhauer ist sicher zuzustimmen, wenn er feststellt: „Wandelt sich der Gesetzesbegriff, so bleibt das Richterleitbild davon nicht unberührt." Aber hat er auch Recht, wenn er meint, nach 1945 habe man es sich „mit dem Suchen eines neuen Richterleitbildes nicht schwer gemacht. Das Thema blieb vorerst unerledigt liegen"?[98]

Definition

Was eigentlich ein „Richterleitbild" ist, bleibt trotz vielfältiger Forschung und einer intensiven Meinungsproduktion in den juristischen Fachzeitschriften dazu merkwürdig undefiniert. Peter Kauffmann hat in seiner Dissertation eine Definition angeboten, mit der auch hier gearbeitet werden soll:

> Richterleitbilder sollen im Folgenden verstanden werden als Erwartungen, die an Handeln, Funktion oder Disposition des Richters (der Justiz; des Richterberufs; des Richterpersonals; der Rechtsprechung) generell und grundsätzlich, das heißt nicht auf bestimmte Handlungssituationen beschränkt, gerichtet sind.

Hiervon abzugrenzen ist nach Kauffmann die „Richterrolle", weil dies ein Theorem darstelle, das Handeln von Akteuren erklärt und daher spezifische Einflussfaktoren wie „Role-Sets", „Role-Making", „Role-Taking" unter anderem untersucht. Richterleitbilder deuten demgegenüber nur an, welche sich verändernden Rollenerwartungen in der Gesellschaft und der spezifischen Profession artikuliert werden.[99]

Richterleitbilder sind in diesem Sinne schon immer diskutiert worden. Für die am BGH ab 1950 tätigen Richterinnen und Richter war relevant und Teil ihres Erfahrungsschatzes, welche Auffassungen seit dem ausgehenden 19. Jahrhundert über die Frage vertreten worden waren, was einen guten Richter ausmache. Weitgehend konsentiert ist in der einschlägigen Forschung, dass mit der Gründung des Kaiserreichs die deutschen Richter vorrangig zu „treuen Dienern der Staatsmacht"[100] geworden sind und ein „richterliches Urteil als ‚Rechtswillenerklärung der Staatsgewalt'" gesehen wurde.[101] Gewiss bedarf diese Vorstellung einiger Differenzierung, und die häufig anzutreffende Rede vom Richter als „Subsumtionsautomaten", der nichts anderes als die strengste Gesetzesbindung empfunden und technisch versiert das geltende Recht ohne jeden anderen Gesichtspunkt umgesetzt habe, dürfte die Realität nicht widerspiegeln. Aber die vorherrschende Tendenz wird damit nach Meinung der meisten Forscherinnen und Forscher doch besser eingefangen als für die Zeit der Weimarer Republik, die

98 Hattenhauer, Wandlungen des Richterleitbildes, S. 9–33, hier S. 17, 29.
99 Kauffmann, Zur Konstruktion des Richterberufs, S. 38, 43.
100 Falk, Von Dienern des Staates, S. 251–292, hier S. 289.
101 Ogorek, Richterkönig, S. 369.

im Hinblick auf die vorherrschenden Richterleitbilder ziemlich umstritten ist. Dass sich ein allmählicher Wandel nach 1919 vollzogen hat, ist schon deshalb anzunehmen, weil Richterleitbilder auch ein „Spiegelbild der politischen Diskussion um die Gewaltenabgrenzung zwischen Justiz und staatlicher Verwaltung“ sind, die bekanntermaßen in der Weimarer Republik heftig ausgetragen wurde. Ob dieser Wandel nun aber mit einer Aufspaltung des gültigen Richterleitbildes zwischen dem Richter als „Vollstrecker des Gesetzesbefehls“, also den Befürwortern eines traditionellen deduktiven Gesetzesanwendungsmodells einerseits und den Befürwortern der Freirechtsschule und einer freieren, das Richterrecht bejahenden Einstellung andererseits, korrekt zu fassen ist, dürfte fraglich sein.[102] Joachim Rückert sieht beispielsweise das eigentlich Neue in der Weimarer Republik im Bezug auf das Richterleitbild in einer neuartigen und zunehmenden Rückbindung des Richters an die Verfassung.[103] Im Übrigen drehte sich die Diskussion um die Frage nach der Politisierung des Richters, nach seinem Status in der Gesellschaft und zu den anderen Staatsgewalten sowie dem Respekt, den die demokratische Gesellschaft und die Presse dieser Profession entgegenzubringen habe.[104] Der Nationalsozialismus beendete diese Diskussionen und konnte nicht wenige Richter mit der Verheißung einer staatstragenden Rolle, gleichsam mit dem Richterleitbild als „Hüter der Volksgemeinschaft“ und „Vollstrecker des Führerwillens“, für sich gewinnen, weil dies Sozialprestige verhieß und die seit dem Untergang der Monarchie von vielen Richtern vermisste autoritäre Führung und Verantwortung gegenüber einem überhöhten Staatswesen an sich wiederherstellte.[105]

Nach all diesen Wirrungen und Wendungen habe sich, so auch Kauffmann, nach 1945 zunächst einmal eine „spannungslose, windstille Atmosphäre“ eingestellt und erst um 1968 im Gefolge einer als Skandal empfundenen Veröffentlichung von Theo Rasehorn mit dem Titel *Im Paragraphenturm*[106] ein neues Richterleitbild entwickelt, wenngleich konstatiert wird, dass gerade die Nachkriegszeit im Hinblick auf die Entwicklung von Richterleitbildern noch nicht hinreichend untersucht worden sei.[107] Allerdings konstatierte schon Rasehorn[108] in seiner 1966 erschienenen umstrittenen Schrift Veränderungen und Ausdifferenzierungen des zu dieser Zeit anzutreffenden Richterleitbildes.[109] Und schon Mitte der 1970er Jahre konnte Raymund Werle in einer groß angelegten empirischen Untersuchung über das Selbstverständnis der deutschen Richter feststellen, dass mittlerweile das tradierte Richterleitbild des treuen Staatsdieners, der nichts weiter als technisch versiert die Gesetze zu exekutieren habe, unter

102 Zitat bei Drosdeck, Richterbilder, S. 293–332, hier S. 302. S. zudem: Hempel, Richterleitbilder, S. 12 f.; Rückert, Richtertum als Organ, S. 267–313, S. 271.
103 Rückert, Der neue Richter, in: *KJ* (1997), S. 429–442, hier S. 440.
104 S. dazu Drosdeck, Richterbilder, S. 304–327.
105 So auch Hattenhauer, Wandlungen des Richterleitbildes, S. 25.
106 Berra (d. i. Rasehorn, Theo), Im Paragraphenturm.
107 Kauffmann, Zur Konstruktion des Richterberufs, S. 52–54, v. a. Fn. 139.
108 Berra (d. i. Rasehorn, Theo), Im Paragraphenturm.
109 So auch Kauffmann, Zur Konstruktion des Richterberufs, S. 111–116.

den deutschen Richtern kaum noch vorhanden war. Vielmehr sahen sich die Richterinnen und Richter als Vermittler zwischen Streitparteien, viele auch als Helfer und Berater oder Schützer des Einzelnen vor staatlichen und/oder gesellschaftlichen Eingriffen beziehungsweise Übergriffen auf die Freiheit des Individuums. „Sozialingenieure" allerdings wollten die meisten auch nicht sein und schon gar nicht die Verantwortung als „Gestalter der Gesellschaft" übernehmen.[110] Es ist kaum anzunehmen, dass sich ein solch massiver Wandel innerhalb nur weniger Jahre ereignet haben sollte. Vielmehr bietet dieser Befund Anlass zu prüfen, ob sich vielleicht bei der Elite der Bundesrichter des BGH schon in den 1950er und 1960er Jahren erste Anzeichen eines Einstellungswandels identifizieren lassen und welche neuen Konturen in diesem Kreis angedacht worden sind.

Tatsächlich haben sich rund 10 Prozent der hier untersuchten 178 Richterinnen und Richter zu ihrem Richterleitbild geäußert, teils genau in dem hier betrachteten Zeitraum, teils etwas später, wobei auch bei späteren Äußerungen davon ausgegangen werden darf, dass diese die Grundeinstellung der 1950er und 1960er Jahre nicht wesentlich verändert angibt, weil die vorliegenden Aussagen zum richterlichen Verhalten dieser wenigen Personen in der Untersuchungszeit passen. Dabei lässt sich zwanglos an der von Kauffmann entworfenen Typologie von modernen Richterleitbildern anknüpfen, die ganz offensichtlich nach 1945 weit mehr Perspektiven einbezogen haben als die bis dahin für die Richterleitbildentwicklung relevanten Kriterien der Gesetzesbindung versus Richterrecht, Staatsorientierung versus Gemeinwohlorientierung, politisches Richtertum versus unpolitischer Richter.[111] Kauffmann unterscheidet:

1. das klassische, staatsbezogene Richterleitbild, das den Richter vornehmlich als Staatsdiener und unpolitischen Hüter eines abstrakten Gesetzes sieht, dessen enge Auslegung ihm obliegt,
2. den „Billigkeitsrichter", der zwar am Gesetz orientiert bleibt, aber doch die Nöte der Menschen im Vordergrund sieht und Einzelfallgerechtigkeit anstrebt. Er sieht sich als Mittler zwischen Gesetz und Ethik, als Wahrer der *dignitas humana*, der aber ein *social engineering* als Aufgabe des Richters ablehnt.
3. Als dritten Typus definiert Kauffmann den politischen Richter und Sozialingenieur, der durch Richterrecht der Gesellschaft Impulse geben will und sich an der politischen Diskussion der Öffentlichkeit aktiv beteiligt. Als spezifische Ausprägung dieses Typs versteht er
4. den schützenden Richter, dessen Ziel der Schutz der Rechtsuchenden vor Gefahren staatlicher wie nichtstaatlicher Art ist, die seine Freiheit einschränken oder seine soziale Entfaltung beeinträchtigen, wie beispielsweise auch der technische Fortschritt. Und schließlich sieht Kauffmann auch noch einen

110 Werle, Justizorganisation, S. 308 f., 333.

111 Kauffmann, Zur Konstruktion des Richterberufs, S. 302 f.

5. Typus, den er als „Dienstleistungs- oder Manager-Richter“ bezeichnet, dessen Bestreben eine möglichst effiziente und bürgerfreundliche Verwaltungs- und Rechtsprechungstätigkeit sei.[112]

Hans-Eberhard Rotbergs und Günther Willms’ Richterleitbild

Eine der frühesten Äußerungen zum Richterleitbild in einem neuen deutschen demokratischen Staat aus dem Kreis der späteren BGH-Richter dürfte ein Aufsatz von Hans Eberhard Rotberg unter dem Titel *Entpolitisierung der Rechtspflege* aus dem Jahr 1947 sein.[113] Schon der Titel knüpft erkennbar an die Debatten der Zwischenkriegszeit an, in der Wortwahl des Aufsatzes zeigen sich noch etliche semantische Relikte der NS-Zeit, etwa wenn er davon spricht, dass diejenigen Elemente aus der deutschen Richterschaft „ausgemerzt“ werden müssten, die sich dem NS-Staat gegenüber allzu hörig erwiesen hätten. Rotbergs richterliche Idealgestalt ist der Hüter „heiligster Güter“, also des Rechts. Das Recht aber sei „eine Idee an sich. Sie steht wesensmäßig über den vordergründigen Lebenssorgen des Alltags, ja über den Sonderanliegen ganzer Völker.“ Wegen dieser Majestät des Rechts müsse die Rechtspflege entpolitisiert werden. Selbst wenn es richtig sei, dass auch der Richter im Getriebe der Zeit stehe, müsse er,

> wenn er auch in den Gassen geht, doch in die Sterne schauen. Von da her müssen ihm die großen Zusammenhänge, die übergreifenden sittlichen Ideen, die ihnen entsprechenden allgemeinen Verhaltensnormen immer wieder eindringlich klar werden. Er muß leidenschaftslos betrachten, sich versenken, ruhig abwägen und unbestechlich das Wahre suchen und danach furchtlos und unbeirrbar entscheiden können.

Selbstverständlich ist es leicht, solche idealistischen Äußerungen zu verlachen und sie als Ausfluss einer tiefen Realitätsverweigerung, ja Unbelehrbarkeit abzutun.[114] Das verkennt allerdings, wie sehr solche Äußerungen aus dem Erleben der parteipolitischen Indienstnahme der Richter im NS-Staat resultierten, der selbst als Resultat der letztlich gescheiterten Weimarer Demokratie eingeordnet wurde. Für Rotberg war es geradezu eine Lehre dieser Fehlentwicklung, als Sicherungsinstrument nun eine völlig unabhängige dritte Gewalt zu fordern, deren Angehörige sogar weder das aktive noch das passive Wahlrecht besitzen sollten, um sie vor allen parteipolitischen Einflüssen zu bewahren. Als Ersatz für diesen Grundrechtsverlust sollten sie einen Platz in einer zweiten Kammer erhalten, von der aus sie rechtspolitischen Einfluss auf die weitere Entwicklung hätten ausüben können. Diese recht deutliche Verortung in der von Kauffmann definierten ersten, traditionellen Richterleitbildkategorie führte in der

112 Kauffmann, Zur Konstruktion des Richterberufs, S. 281–299.
113 Rotberg, Entpolitisierung, in: *Deutsche Rechts-Zeitschrift* (1947), S. 107–110.
114 S. Wrobel, Verurteilt zur Demokratie, S. 195, 230.

weiteren Argumentation Rotbergs allerdings auch zu neuen Perspektiven, die später größere Bedeutung bekommen sollten:

> Der unabhängige, aller politischen Zwietracht entrückte Richter ist vor allem auch die Instanz, bei der der Bürger Schutz suchen soll gegen die Willkür des Staates selbst, die Bürge sein soll der unveräußerlichen Grundrechte des Menschen. Es genügt nicht, diese Freiheitsrechte in den Verfassungen zu verankern. Entscheidend ist vielmehr, ob ein auch dem Staat und den mächtigen Gruppen in ihm gegenüber freier Richter mit dem nötigen Mut für die Wahrung bedrohter Grundrechte sorgt und ob der Staatsbürger das Vertrauen hat, daß ihm im gegebenen Falle auch wirklich geholfen wird.

Dazu brauche es starke Richterpersönlichkeiten, einen „Orden der Diener und Hüter des Rechts mit starkem Willen und reinem Gewissen". Die deutschen Richter müssten zu ihrer „Beschämung" bekennen, „die Fahne des Rechts zu schnell vor dem Nationalsozialismus gestrichen zu haben." Wer jetzt diesen Dienst übernehmen dürfe, der müsse anders als zuvor, gleichsam ein hoher Priester des Rechtes werden, der zur Verteidigung der Grundrechte auch bereit sei. „Die entpolitisierte unteilbare Gerichtsbarkeit ist die klare, einfache, Kräfte sparende, Vertrauen weckende, rechtsstaatgemäße Endlösung", meinte Rotberg abschließend und konnte sich dabei im Übrigen darauf berufen, dass ja auch die Briten in ihrer Besatzungszone eine Entpolitisierung der Richterschaft vorangetrieben und den wieder ernannten Richtern eine parteipolitische Tätigkeit untersagt hatten.[115]

Drei Jahre später konkretisierte Rotberg seine Vorstellungen vom Richter in der demokratischen Gesellschaft in einem kleinen Beiheft zur *Deutschen Rechts-Zeitschrift* unter dem Titel *Zu einem Richtergesetz* erneut.[116] Von der Versagung des Wahlrechts und einer zweiten Kammer mit Sitz für die Richter war darin nicht mehr die Rede, wohl aber von dem richterlichen Gewissen, das als Schutz vor der „Entartung des Staatswesens" wie im Nationalsozialismus wirken sollte. Auch in dieser Argumentation waren die Semantiken des NS-Staates noch zu finden, wenn es etwa hieß:

> Das richterliche Gewissen wird damit zum Maßstab und Repräsentanten des Gefühls aller billig und recht Denkenden, der guten Sitten oder, wie man zeitweilig mit ähnlichem Bedeutungsinhalt sagte, des gesunden Volksempfindens. Das Gewissen ist damit recht eigentlich berufsethischer Grundstoff des Richtertums überhaupt.

Damit nun aber das richterliche Gewissen nicht zum Vorwand schwerwiegender Eingriffe in die Verfassung werde, wollte er den postulierten Gewissenskonflikt eines Richters durch die Präsidien der Gerichte überprüfbar machen. Seine Forderung nach Entpolitisierung der Richterschaft konkretisierte er erneut als *partei*politische Unabhängigkeit und forderte zugleich und mit Nachdruck das uneingeschränkte Bekenntnis der Richter zum demokratischen Rechtsstaat:

115 S. dazu, Rüping, Justiz und Demokratie, S. 983–999, hier S. 992.
116 Rotberg, Zu einem Richtergesetz.

> Das Verlangen nach politischer Zurückhaltung des Richters in der Öffentlichkeit darf auch keineswegs im Sinne einer Lockerung seiner Bindung an den demokratischen Staat mißverstanden werden. [...] Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die in den Verfassungen verankerte Forderung an alle Staatsdiener zu treuer Hingabe an die neue Staatsform in besonderem Maße für Richter gilt.[117]

Genau auf diesen Punkt hatte schon 1948 der spätere Bundesrichter Günther Willms in einem Aufsatz in den von Walter Dirks herausgegebenen *Frankfurter Heften* abgehoben. Willms stellte sich darin bereits ohne Einschränkungen gegen die Forderung nach einem „unpolitischen" Richtertum. Ganz im Gegensatz zu Rotberg sah er die Ursache für das Versagen der Richterschaft darin, dass

> unser Richterstand nicht im ersten Sinne politisch, das heißt, staatspolitisch und demokratisch war, weil ihm in seiner wachsenden Verbeamtung das Bewußtsein fehlte, im Sinn der Montesquieuschen Dreiteilung der Gewalten eine der frei sich erhebenden tragenden Säulen des Gemeinschaftslebens zu bilden.

Genau konturiert war sein Richterleitbild noch nicht, es hob sich aber bereits klar von dem Rotbergs ab, wenn er feststellte: „Ein demokratischer Richterstand wäre ein Gewinn, der nicht hoch genug angeschlagen werden kann."[118]

Hermann Weinkauffs Richterleitbild

Während Rotberg bemerkenswerterweise das Naturrecht bei seiner Argumentation dezidiert nicht erwähnte, war dies bei Hermann Weinkauff, dem ersten Präsidenten des BGH, der sich 1951 über das Thema *Vertrauenskrise und Justizreform* äußerte, sehr wohl der Fall.[119] Ansonsten aber lagen Weinkauffs und Rotbergs Vorstellungen auf einer Linie: Auch Weinkauff setzte auf einen fachlich wie moralisch herausragenden Richter, dem das Volk wieder Vertrauen schenken könne. Doch bislang gebe es „kein einziges armes Wort der Anerkennung" für die an sich doch sehr pflichteifrigen und bemühten Richter, die nur, wie das Volk auch, wieder den metaphysischen Gehalt des Rechts einsehen müssten und sich als Diener einer mehr als irdischen Wirklichkeit verstehen sollten. Als eine Ursache dieser keineswegs befriedigenden Situation machte Weinkauff das mangelhafte Sozialprestige der Richter wie ihre ungenügende Besoldung aus – auch damit wurde die Diskussion der Weimarer Jahre fortgeführt. Von einer stärkeren Einbeziehung von Frauen in den Richterberuf hielt er nicht viel. In vielem griff Weinkauff auf ältere Reformvorschläge der Weimarer Jahre, insbesondere auf die von Franz Adickes und Eugen Schiffer, zurück.[120] Im Zuge der Entwicklung

117 Rotberg, Zu einem Richtergesetz, S. 19.
118 Willms, Der „unpolitische" Richter, S. 105–108, Zitate S. 106 f.
119 Weinkauff, Vertrauenskrise, in: *DRiZ* (1951), S. 85–87.
120 S. dazu Kißener, Die „Jahrhundertreform", S. 97–111.

und Entfaltung seiner Naturrechtslehre wurde die Schaffung eines „Richters neuen Typs“ zu einem zentralen Punkt seiner Argumentation, vor allem auch in der vom Bundesjustizministerium eingesetzten Kommission zur Reform der Zivilgerichtsbarkeit. Vor dem Hintergrund des Versagens weiter Teile der Richterschaft im Nationalsozialismus wollte er im Rahmen einer großen Justizreform einen Richterstand formen, der hochqualifiziert, gut bezahlt und charakterlich so herausragend sein sollte, dass man ihm zutrauen konnte, im Falle einer erneuten totalitären Bedrohung von rechts oder links mannhaft dagegen aufzustehen.[121] Von „Richterkönigen“ wollte er dabei nicht reden, wohl aber von einer „Richteraristokratie“, die neben einem reduzierten juristischen Aufgabenspektrum potentiellen Tyrannen die Macht und das überragende Ansehen einer reformierten, volksnahen dritten Staatsgewalt entgegenhalten sollten. Weinkauff vertrat diese Idee einer Thomas Morus gleichenden mutigen Richterelite ohne wesentliche Änderungen bis weit in die Zeit seines Ruhestandes hinein, auch wenn er je länger, je mehr enttäuscht war, dass er mit seinen idealistisch-naturrechtlichen Ideen immer weniger Zuspruch fand.[122]

Kulturpessimistische Positionen

Stark auf die Rahmenbedingungen richterlichen Wirkens ausgerichtet, waren der Beitrag von Herbert Arndt sowie einige Bemerkungen von Werner Sarstedt im gleichen Zeitraum.[123] Arndt glaubte, mit seinen Ausführungen für eine große Zahl von Richtern sprechen zu können. Diese sähen die Unabhängigkeit des Richters, eine bessere Besoldung und eine Sicherstellung vor parteipolitischem Einfluss als unabdingbar für die Entwicklung eines gesunden Rechtswesens an. Ein Überhang des „NS-Rechtsdenkens“ war auch in seiner Stellungnahme zu sehen, indem er sich für die Zentralisierung des Rechtswesens einsetzte. Die Reföderalisierung – die ja die Reaktion auf die „Verreichlichung“ und eine stärkere Lenkbarkeit der Justiz seit 1935 war – hielt er nicht für sinnvoll. Was die politische Betätigung der Richter anbelange, glaubte Arndt allerdings schon einen allmählichen Meinungsumschwung unter den Kollegen feststellen zu können. Während unmittelbar nach dem Krieg eine Mehrheit ganz klar eine politische Betätigung von Richtern abgelehnt hätte, sei diese Mehrheit nunmehr schwindend, weil viele ihre Meinung geändert hätten.

121 Herbe, Hermann Weinkauff, S. 246–264.

122 Davon zeugt zum Beispiel das Nachwort zu seiner Spätschrift: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Ein Überblick, S. 187. Darin heißt es, es sei die Schaffung einer genügenden „Anzahl starker, selbstbewußter, lebenserfahrener und nur dem Recht verpflichteter Richterpersönlichkeiten, die der persönlichen Ausstrahlung auf die Rechtsgenossen fähig und zu selbständigem Widerstand aus eigener Kraft gegen die totalitäre Bedrohung des Rechts imstande wären“ erforderlich. „An die Stelle des Richterheeres träte dann eine Richteraristokratie.“

123 Arndt, Gedanken von Richtern, in: *JUV* (1950), S. 149–151; Sarstedt, Presse und Justiz, S. 19–23.

Rotbergs, Weinkauffs und Arndts Äußerungen sind auch vor dem Hintergrund einer schwierigen sozialen Lage der deutschen Richter zu verstehen, die sich trotz aller Versprechungen weder im NS-Staat noch in der Nachkriegszeit geändert hatte. Es ging für diese Autoren darum, neue Orientierung und Halt für ihre Kollegen zu finden, wobei auch Weinkauff klar war, dass vieles an der vorherrschenden Lage von den Justizjuristen selbst verschuldet war. „Den Richtern muß man sagen: ihr könnt Euch selbst von Schuld nicht völlig freisprechen. Manche unter Euch sind in der Vergangenheit der Gewalt gewichen,“[124] formulierte er für das Jahr 1951 bemerkenswert klar, wenn wir auch heute, nach vielen Jahren der NS-Forschung, die Verantwortung der Richter noch weitergehend und zugleich differenzierter darstellen würden. In diesem Punkt heben sich die Ausführungen von Werner Hülle aus den Jahren 1955 und 1956 deutlich ab. Seine Antrittsrede als Oberlandesgerichtspräsident in Oldenburg unter dem Titel *Vom echten Recht und echten Richtern*[125] wie auch der Aufsatz *Der soziologische Standpunkt des Juristen in der Gegenwart*[126] stellen eine ziemlich kulturpessimistische Bestandsaufnahme des Richterbildes seiner Zeit dar. Die metaphysische Dimension des Rechts sei aus dem Bewusstsein der Menschen wie der Richter selbst verschwunden, der Gesetzgeber schütte die Richter mit immer neuen Gesetzen zu, der Jurist werde von unkundigen, sogenannten Fachleuten und Politikern an die Wand gedrückt. Hülles Idealbild war eindeutig der Richter des liberalen Zeitgeistes im 19. Jahrhundert, der sich als Sachwalter des Staates verstand und eng am Buchstaben des Gesetzes judizierte. Von einer kritischen Rückschau auf Fehlleistungen ab 1933 war bei ihm nichts zu lesen, ebenso wenig vom Grundgesetz oder von demokratischen Grundeinstellungen der Richterelite. Allein einen Faktor machte er aus, der die Stellung der Richter unweigerlich beeinflusse: „Der Dynamik der gesellschaftlichen Wirklichkeit kann sich niemand entziehen.“[127]

Aufbrüche

Einige neue Gesichtspunkte brachte 1951 zunächst der spätere BGH-Richter Claus Seibert in die Debatte und vor allem dann 1955 der spätere zweite BGH-Präsident Bruno Heusinger. Seibert meinte 1951, dass Richter den Menschen nahe sein müssten, über die sie richten, ihnen ein Gefühl des Respekts entgegenbringen sollten. Er sprach bereits von der „fernen Freundlichkeit“ des Richters, die später für das Verhalten der BGH-Richter sprichwörtlich, ja geradezu zum vielfach zitierten „Stil“ des BGH werden sollte. Er empfahl dem Richter Humor und Selbstironie als Hilfe zu dem gedachten Ziel. Angesichts all der Erlebnisse in Kriegs- und Nachkriegszeiten sah Seibert es zu-

124 Weinkauff, Vertrauenskrise, in: *DRiZ* (1951), S. 86.
125 Hülle, Vom echten Recht, in: *DRiZ* (1955), S. 67.
126 Hülle, Der soziologische Standpunkt, in: *DRiZ* (1956), S. 240 f.
127 Hülle, Vom echten Recht, in: *DRiZ* (1955), S. 67.

dem als unmöglich an, dass die Richter von alledem unbeeinflusst geblieben seien. Dennoch verlangte er als Maßstab richterlicher Haltung möglichste Objektivität.[128]

Bruno Heusinger führte 1955 bei seiner Antrittsrede als Präsident des Oberlandesgerichts Celle ältere Auffassungen mit neueren Perspektiven zusammen und konturierte damit erstmals ein überzeugendes neues Richterleitbild für die deutsche Nachkriegsdemokratie in der Mitte der 1950er Jahre.[129] Zunächst konstatierte er, die „Gerechtigkeit des Richters ist zunächst Gesetzestreue", womit er sich nicht nur von den naturrechtlichen Auffassungen des damaligen BGH-Präsidenten Hermann Weinkauff absetzte, sondern auch an die Ausgangssituation der Leitbilddiskussion anknüpfte. Das bedeutete für ihn allerdings keineswegs eine einfache Wiederaufnahme der mittlerweile als Gesetzespositivismus verschrienen alten reinen Gesetzesbindung des Richters. Dies sei angesichts der ungeheuren Gesetzesproduktion in der „Massengesellschaft" und wegen der Erfahrungen in zwei deutschen Diktaturen kein gangbarer Weg für die Richter. Moralisch und religiös aufgeladen, appellierte er an die Richter, sich neben dem Gesetz auch an ihrem Gewissen auszurichten. Das richterliche Gewissen habe in der Bundesrepublik allerdings eine Art Leitstern bekommen: „Die ewigen Rechte, die am Himmel hängen unveränderlich, hat das Grundgesetz so gut es geht positiviert." Zudem sorge nunmehr ein eigenes Gericht, das Bundesverfassungsgericht, dafür, dass diese Grundrechte nicht mehr verletzt werden. So sei viel erreicht worden, auf dass nie wieder ein Machthaber die Grundfesten der Gerechtigkeit in Deutschland zerreißen könne. Sicher sei man vor einem Rückfall in diktatorische Zustände dadurch aber nicht automatisch:

> Die Abwehrkraft des Staates gegen das Unrecht reicht vielmehr letzten Endes nur so weit, als die Gewissenskraft seiner Bürger bereit ist, auch mit Opfern dem Unrecht zu wehren und die Gerechtigkeit zu verteidigen. Wer von uns könnte behaupten, in der Vergangenheit genug hierin getan zu haben […] Wir wissen heute, dass es äußerste Grenzfälle gibt, in denen die Gerechtigkeit auch gegen das Gesetz gewahrt werden muß. Auch zu dieser Gerechtigkeit sind wir verpflichtet, sei es im Rahmen der im Grundgesetz dafür vorgesehenen Verfahren, sei es durch unser Gewissen vor Gott. Denn man soll Gott mehr gehorchen als den Menschen.

Um ein guter Richter zu sein, müsse schließlich aber noch ein weiteres hinzukommen: Menschlichkeit. Denn jeder sei fehlbar, und insbesondere Richter müssten sich vor Selbstgerechtigkeit hüten: „Erst die Liebe ist des Gesetzes Erfüllung."[130]

---

128 Seibert, Gedanken, in: *DRiZ* (1951), S. 209. Ähnlich, aber anekdotischer auch Seibert, Der Streit, in: *JZ* (1961), S. 155 f. In einem späteren Beitrag Noblesse de la Robe, in: *DRiZ* (1970), S. 21 ergänzte Seibert seine Empfehlungen. Nun sprach er davon, dass den Richter von heute vor allem Fairness auszeichnen müsse.

129 Die hier formulierten Überlegungen finden sich ganz ähnlich dann auch in seiner Antrittsrede als Präsident des BGH: Ansprache von Bruno Heusinger, S. 53–60.

130 Heusinger, Gesetzlichkeit, in: *DRiZ* (1955), S. 125 f. Am Ende seiner Präsidentschaft am BGH 1968 ergänzte Heusinger, die Richter des BGH müssten „die Veränderungen der Welt erfassen", und lobte die Ausgestaltung des Richterrechts unter enger Anlehnung an das Grundgesetz sowie in engem Kon-

Als Heusinger 1963 der Kulturpreis der Stadt Goslar verliehen wurde, ging er in seiner Dankesrede, die in ihrem Kern sein Richterleitbild thematisierte, noch einen Schritt weiter. Seinen Zuhörern machte er klar, dass es kein absolutes Gesetz und keinen „Richter-Automaten“ gebe, der vorurteilsfrei nur Gesetze anwende: „Das Leben läßt sich nicht in dieser Art in ein Reglement einfangen, und kein sich selbst beobachtender Richter kann daran vorbeikommen, daß eine Fülle von Wertvorstellungen in seinem Innern bei der Rechtsanwendung wirksam wird.“ Rechtsprechung verändere sich zwangsläufig, weil sich die Welt und mit ihr die „Wertvorstellungen der Menschen“ veränderten: „Wir leben in einer Zeit des Aufbruchs zu neuen Ufern. Unsere pluralistische Gesellschaft hat nicht mehr die Einheit mittelalterlicher Frömmigkeit“. Deshalb müsse auch der Richter „die Hand am Pulsschlag der Zeit“ haben und nach einer Lösung im Rechtsstreit suchen, „die alle befriedigt, nicht nur heute, sondern auch morgen; besser noch: auch übermorgen.“ Das Einzige, das ihm dabei helfe, sei das Grundgesetz, für dessen Werteordnung man gar nicht dankbar genug sein könne. Und dennoch könne auch das Grundgesetz nicht jeden Streit antizipieren und Regelungen seine Beilegung vorsehen. Daher sei im Entscheidungsfall in letzter Instanz auch das Gewissen des Richters gefordert, der sich im Notfall auch der „unrechttuenden Obrigkeit“ mit Bekennermut entgegenstellen müsse.[131]

Die Frage, wie man einem gewandelten Zeitgeist und Wertegefüge bei veralteten Gesetzen als Richter entsprechen könne, um Gerechtigkeit zu üben, hatte ganz ähnlich Ende der 1950er Jahre auch den späteren Bundesrichter Dietrich Reinicke umgetrieben:

> Der Richter darf sich nicht damit begnügen, die historischen Gebotsvorstellungen des Gesetzgebers zu ermitteln und den Sachverhalt unter diese Vorstellungen zu subsumieren (Subsumtionstheorie); bei einer solchen rein subjektiven Auslegungsmethode würde das Recht erstarren. *Der Richter muß das Recht fortbilden*. Das ist heute anerkannt.[132]

Reinicke plädierte für vorsichtiges Richterrecht und ließ dabei ein neues Richterbild, das ihm vorschwebte, schon erahnen.[133]

Solche Positionierungen deuten an, dass sich seit der Mitte der 1950er Jahre auch am BGH ein Klima des intensiveren Nachdenkens über das in der neuen Demokratie gültige Richterleitbild entwickelt hat, zumal die hoch angesehene Karlsruher Juristi-

takt mit der Rechtswissenschaft. S. Präsidentenwechsel, in: *DRiZ* (1968), S. 157–160. Auch Lang-Hinrichsen vertrat in einem Aufsatz Zur Frage, in: *JR* (1961), S. 321–326, hier S. 324 f. im Hinblick auf die Fehlbarkeit von Richtern und eine notwendige nüchterne wissenschaftliche Abwägung ähnliche Positionen.

131 Zitate: Heusinger, Recht und Gericht, S. 21–37, hier S. 31–34.

132 Reinicke, Die Fortbildung, in: *NJW* (1954), S. 1217. Kursiv im Original.

133 Reinicke, Die Bindung, in: *MDR* (1957), S. 193–198. Dem hatte wenige Jahre zuvor der schon ältere BGH-Senatspräsident Karl Canter in Bezug auf gesetzliche Regelungen zur Ausgestaltung der Gleichberechtigung von Mann und Frau noch heftig widersprochen. S. Canter, Gleichberechtigung, in: *NJW* (1953), S. 850 f.

sche Studiengesellschaft 1956 nun den SPD-Bundestagsabgeordneten und bekannten Justizkritiker Adolf Arndt einlud, um über das Thema *Das Bild des Richters* zu sprechen.[134] Es war nicht das erste Mal, dass man in diesem Kreis über das Richteramt nachdachte: Schon 1952 hatte der Rechtshistoriker Eberhard Schmidt gleich den ersten Vortragsabend der Studiengesellschaft überhaupt dem Thema *Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus* gewidmet.[135] Schmidt hatte sich im Nationalsozialismus angepasst, war im Krieg in der Wehrmachtsjustiz tätig, aber nicht Parteimitglied geworden.[136] Nach 1945 setzte er sich aktiv für den Aufbau eines neuen Rechtsstaates ein und belehrte seine Zuhörer in Karlsruhe nun darüber, dass er die Naturrechtsrenaissance nicht für zielführend halte, um den Richter in Zukunft vor der Verpflichtung zur Anwendung „ungerechter Gesetze" zu schützen. Das war insofern bemerkenswert, als er damit ja der Auffassung des BGH-Präsidenten Hermann Weinkauff widersprach und zeigt doch deutlich eine gewisse geistige Offenheit, die die Studiengesellschaft augenscheinlich besaß. Schmidt plädierte für ein richterliches Prüfungsrecht der Gesetze, das aber nur vom Bundesverfassungsgericht auf der Grundlage des Grundgesetzes auszuüben sei. Seine Ausführungen beschrieben damit nicht direkt ein neues Richterleitbild, doch wiesen sie den Weg für die Diskussion, die angesichts der Erfahrungen im Nationalsozialismus virulent blieb. Insofern war es mehr als geschickt, dass 1956 nun Adolf Arndt bei seinem Vortrag in der Studiengesellschaft auch direkt beim Grundgesetz ansetzte und unumwunden für ein neues Richterbild auf dessen Grundlage plädierte, das man nicht gesetzlich verordnen könne, das aber unabdingbar für das Funktionieren eines demokratischen Rechtsstaates sei: „Ich frage daher, ob nicht ein ganz anderes Bild des demokratischen Richters gesucht werden muß, als es in der Überlebensgröße des Statthalters der Obrigkeit gewollt wurde." Seine Antwort war:

> Sollte nicht ein Bild des Richters, die Vision eines vom umfassenden Vertrauen der ganzen nationalen und internationalen Gemeinschaft getragenen, demokratischen Richters denkbar sein, den es nicht mehr und an dem es nicht mehr erschreckt, daß er politische Persönlichkeit ist, weil er in seiner Zeit und in seinem Volke und der Volksgemeinschaft steht? Ein demokratischer Richter, dessen Pathos nicht die große Gebärde der Endgültigkeit, sondern dessen Ethos das tu quoque des Mitleidens ist und die Weisheit um das Maß unserer Menschlichkeit.[137]

Man wird kaum unterstellen können, dass die zuhörenden Bundesrichter solchen Auffassungen einheitlich zustimmten, dass sie sich auf eigenem Terrain in der Studiengesellschaft jedoch gerade mit diesem Gast auseinanderzusetzen bereit waren, dürfte aber ein Beleg dafür sein, dass etwas in Bewegung geraten war.

---

134 Arndt, Das Bild des Richters. Zu Arndts Richterleitbild s. Gosewinkel, Adolf Arndt, S. 448–452.
135 Schmidt, Gesetz und Richter.
136 Hardenberg, Eberhard Schmidt, S. 131 f., 175 f., 278, 542, 545.
137 Arndt, Das Bild des Richters, Eberhard Schmidt, Zitat S. 14, 19.

Richterleitbild und Grundgesetz

Heusingers Rede und Arndts Vortrag kennzeichnen in der Mitte der 1950er Jahre eine gewisse Zäsur in der Entwicklung eines neuen Richterleitbildes im Kreis derjenigen, die am BGH wirken sollten. Ein Übergang von dem Kaufmannschen Richterleitbildtyp 1 („Staatsdiener“) zum Typ 2 („Billigkeitsrichter“) wurde deutlich, und zwar unter klarer Bezugnahme auf das Grundgesetz. In der Folgezeit mehrten sich solche Äußerungen, in denen Richterleitbilder in enger Anlehnung an das Grundgesetz und seine Werte konstruiert wurden. Das traf zum Beispiel für die sehr technischen Ausführungen des Bundesrichters Josef Wolany über die Frage, wer eigentlich Richter und was eigentlich Rechtsprechung in der Bundesrepublik sei,[138] ebenso zu wie ein viel beachteter Vortrag von Willi Geiger vor der Versammlung des Deutschen Richterbundes in Würzburg im Jahr 1959.[139] Geiger formulierte darin:

> Aus dem dargelegten Zusammenhang folgt, daß der Richter diesen unseren Staat, seine Verfassung, die in ihr zum Ausdruck kommende Werteordnung, ihre tragenden Prinzipien anerkennen, innerlich bejahen und bereit sein muß, für sie einzutreten, sie zu verteidigen und zu schützen. Es gibt keine richterliche Korrektheit, die sich in Reserve, Vorbehalten oder gar Ressentiments gegenüber diesem Staat ausdrücken dürfte, – auch wenn unsere – freiheitliche – Rechtsordnung darauf verzichtet, solche Fehlhaltung mit dienststrafrechtlichen oder anderen Sanktionen zu beantworten. Ja, mir scheint, daß es dem Bild des Richters, das der Verfassung vorschwebt, nicht einmal entspricht, wenn die Richter gegenüber dem Politischen Abstinenz üben; der Richter des Grundgesetzes ist der an den politischen Fragen, an den politischen Entwicklungen seines Landes Anteil nehmende Richter.

Diese Rechtsordnung sei aber immer eine Wertordnung, in der der moderne Richter stehen müsse, um die Gesetze anwenden zu können. Gut sei es, wenn es noch ein richterliches Ethos gebe, aber das Zusammengehörigkeitsgefühl dürfe nie zu falscher Solidarisierung mit schlechten und fehlgeleiteten Kollegen führen, wie auch Pressekritik anzunehmen und nicht überempfindlich abzulehnen sei. Auch zur NS-Belastung der Richter fand Geiger Worte, die zum einen angesichts seiner eigenen Belastung erstaunen und zum anderen zwar angesichts des heutigen historischen Kenntnisstandes sicher nicht befriedigen, für die 1950er Jahre aber fortschrittlich waren: „Es ist nicht zu bestreiten, daß damals im Namen des Rechts Urteile gefällt worden sind, die gröbstes, beschämendes Unrecht waren. Die Justiz hat sich damals den Verhältnissen und, was schlimmer ist, ihrer Aufgabe nicht gewachsen erwiesen.“[140] Dass Geiger zudem noch das Reichsgericht kritisierte, in das zunehmend unwürdige Elemente als Richter aufgenommen worden seien, brachte ihm heftige Kritik der älteren Richtergeneration

138 Wolany, Von der Aufgabe, in: *DRiZ* (1959), S. 301–306.
139 Geiger, Von der Aufgabe, S. 336, wiederabgedruckt in: Schumacher, Der Richter, S. 100–120. Auch der Herausgeber dieser Schrift Albert Schumacher war Richter am BGH.
140 Geiger, Von der Aufgabe, S. 112.

wie insbesondere der noch lebenden Reichsgerichtsräte ein.[141] In späteren Veröffentlichungen hat Geiger diese Sicht nicht nur wiederholt, sondern auch ergänzt. Richterliche Unabhängigkeit wollte er nicht nur als Privileg der Richter, sondern als deren *Eigenschaft* verstanden wissen, die den Richter unter anderem dazu anhalte, alle Menschen gleich zu bewerten, gleich welchen Standes oder welcher politischen Meinung sie seien, die zudem dazu führen müsse, dass Richter sich immer über die Zeitbedingtheit ihrer Werturteile im Klaren seien. „Die existierenden gesellschaftlichen und politischen Verhältnisse sind Elemente, die bei der Beurteilung eines Lebenssachverhalts nicht ausgeklammert werden dürfen,“[142] formulierte er, obwohl er sich vielfach selbst gegen den Zeitgeist stemmte und sich beispielsweise bei der Abschaffung der Bekenntnisschule oder bei den Universitätsreformen scharf gegen Veränderungen aussprach.[143]

Ganz ähnlich wie Geiger äußerte sich etwa zeitgleich der Generalbundesanwalt und ehemalige BGH-Richter Max Güde in der Wochenzeitschrift *DIE ZEIT*. Anlass seiner Äußerung war die umstrittene und seiner Wahrnehmung nach viel zu harte Gestaltung des geltenden Staatsschutzrechts. Was er über den modernen Richter dabei zu sagen hatte, zeigt jedoch auch den erheblichen Wandel an, der mittlerweile stattgefunden hatte: Güde plädierte ganz offen für den politisch orientierten Richter und forderte „eine Rechtsanwendung, die sich vom Geist einer freiheitlichen Grundordnung inspirieren läßt.“ Ziel aller Rechtsprechung müsse die „Ausrichtung auf das Ziel der Freiheit“ sein, konkret „im natürlichen Pluralismus der modernen Gesellschaft den freien Wettbewerb der politischen Kräfte“ zu schützen.[144]

Wie schon in Geigers Positionierungen ersichtlich, ging mit dem Nachdenken über ein neues Richterleitbild auch eine zunehmende Distanzierung von dem Vorbild des Reichsgerichts einher. In einer kleinen, vermutlich damals nur wenig beachteten Notiz kritisierte der Bundesrichter und spätere Generalbundesanwalt Ludwig Martin 1960 Umfang und Stil der sonst so gelobten und auch stilistisch geachteten Reichsgerichtsentscheidungen als ausufernd und viel zu wissenschaftlich differenzierend, mithin als keineswegs mehr vorbildlich.[145] Das mag zunächst als reine Formalie anzusehen sein, aber mit der Distanzierung vom fachlichen Vorbild ging zwangsläufig auch eine Distanzierung vom Richterleitbild des Reichsgerichts einher.

In den 1960er und 1970er Jahren differenzierten die früh berufenen Bundesrichter nun immer mehr das Bild des am Grundgesetz ausgerichteten Richters, der mitten im gesellschaftlichen Wandel stehend und politisch interessiert judizieren sollte, wei-

141 BA, Pers 101/84296, Uppenkamp an BGH-Präsident und Uppenkamp an Senatspräsident Geiger, beide 22.11.1959.

142 Geiger, Die Unabhängigkeit, in: *DRiZ* (1979), S. 65–69, hier S. 67. S. a. Geiger, Die Rolle, in: *DRiZ* (1982), S. 321–325.

143 S. beispielsweise Geiger, Wissenschaftsfreiheit als Problem; Geiger, Kraft und Grenze, S. 9–28; Geiger, Gewissen; Geiger, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, S. 9–43.

144 Güde, Der Richter, in: *DIE ZEIT*, 13.2.1959.

145 Martin, Die Urteilsgründe, in: *DRiZ* (1960), S. 364 f.

ter aus und näherten sich damit den von Kauffmann skizzierten Richtertypen 3 („politischer Richter/Sozialingenieur“) und 4 („schützender Richter“), wenngleich nicht immer alle Elemente der Kauffmannschen Typologie zu finden sind und vermutlich einige von ihnen es auch abgelehnt hätten, sich zum Beispiel als „Sozialingenieur“ bezeichnen zu lassen.

Bemerkenswert bleibt jedoch, dass beispielsweise Bundesrichter Wilhelm Weber seinen Kollegen das Buch Enrico Altavillas über Forensische Psychologie als „äußerst lehrreich“ empfahl, in dem dieser verschiedene Richtertypen nach psychologischen Gesichtspunkten differenzierte.

> Es ist kein strahlendes Bild, das Altavilla vom Richter gibt. Manch dunkler Zug tritt hervor [...] Wer selbstkritisch bleibt, wird aber der Darstellung in weitem Umfang zustimmen. Richter sind eben auch nur Menschen. An Altavillas psychologischen Erkenntnissen die eigene Haltung zu überprüfen, wird manchem nützlich sein.[146]

Die provokanten Thesen und Vorwürfe, auch an die Revisionsgerichte, die Theo Rasehorn 1966 formulierte, fanden bei den Karlsruher Richtern bezeichnenderweise ein geteiltes Echo. Werner Sarstedt lehnte Rasehorns Thesen zum Teil mit böser Ironie ab, Albert Mösl hielt sie auch für falsch, stand aber einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Richterberuf nicht ablehnend gegenüber.[147] Erwin Stein, längst Richter am Bundesverfassungsgericht, hingegen bewertete das Aufsehen erregende justizkritische Buch, das unter dem Pseudonym „Berra“ erschienen war, differenziert. Zwar sah auch er mancherlei inhaltliche Mängel, doch war er der Meinung, es wäre „falsch deshalb die Streitschrift beiseite zu legen, sie abzulehnen oder gar totzuschweigen.“ Rasehorns kritische Auseinandersetzung mit den bundesdeutschen Richtern zeige, dass es im demokratischen Rechtsstaat mehr brauche als solides Fachwissen, um ein guter Richter zu sein. Rasehorn zeige auf, dass „das Bild des Richters als eines Staatsbürgers in der Robe“ das Ziel sein müsse und der Richter die „verfassungsmäßige Ordnung“ begrüßen müsse als „die Gestalt gewordene rechtliche Normierung des Lebens der modernen pluralistischen dynamischen Gesellschaft, in der nebeneinander und gegeneinander soziale Leitbilder und Werte bestehen.“ Dieser Auseinandersetzung müsse sich die Richterschaft in Selbstkritik stellen.[148]

Sehr greifbar wurde der mittlerweile eingetretene Wandel in der Einstellung zum Richterberuf bei den beiden auf Heusinger folgenden Präsidenten des BGH. Robert Fi-

---

146 Weber, Zur Psychologie, in: *DRiZ* (1961), S. 211–213. Selbst Werner Hülle, 1978 längst im Ruhestand, fand nun zustimmende Worte über ein Buch von Erich Döhring mit dem Titel *Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung*, weil es dem Richter die Bedingungsfaktoren seines Tuns vor Augen führe. Beim Richterrecht blieb er aber skeptisch: „In einer pluralistischen Gesellschaft ist ein ermutigender breiter Konsens der Rechtsgenossen über den eindeutigen Inhalt der ungefaßten Rechtsätze nur schwer oder überhaupt nicht zu erreichen.“ S. Hülle, Gedanken, in: *DRiZ* (1978), S. 243 f.

147 S. Sarstedt, Im Paragraphenturm, in: *DRiZ* (1966), S. 337–339; Mösl, Der Kommentar, in: *DRiZ* (1966), S. 402.

148 Stein, Am Krankenbett, in: *NJW* (1966), S. 2105–2107.

scher, geboren 1911, aber schon seit 1950 Richter am BGH, und Gerd Pfeiffer, 1919 geboren und ab 1966 Richter in Karlsruhe, gehörten von ihrem Lebensalter im Grunde schon einer zweiten Richtergeneration an, aber sie hatten sich gleichsam noch mit der Last der gesamten überlieferten Richtertraditionen in ihrem Beruf entwickelt. Und dennoch arbeiteten sie sich zu einem neuen Richterleitbild vor, das den Kauffmannschen Typen 3 und 4 sehr nahekommt. So hört sich ganz anders an, was sie in den 1970er Jahren über das höchste Richteramt der Bundesrepublik dachten:

> Unsere Zeit stellt in zunehmendem Maß erhöhte Anforderungen an jeden Richter, die er nur bewältigen kann, indem er sich immer von neuem der Tragweite, der Bedeutung und des besonderen Charakters der Anforderungen bewußt wird und zugleich den Wandel begreift, dem diese Anforderungen an Amt und an ihn selbst ständig unterliegen,

formulierte Fischer 1973 unter dem Eindruck des RAF-Terrorismus und gewandelter gesellschaftlicher Zustände nach 1968. Er wünschte sich, dass die neu eröffnete Richterakademie in Trier „die Zusammenhänge des Rechts mit unserer Zeit aufzuhellen und die Nähe des Rechts zu der Wirklichkeit des Lebens deutlich zu machen“ verstehe. Besonders müsse die Fortbildung der Richterinnen und Richter der „Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit“ dienen.

> Dabei sollte das Verständnis für den einzelnen Menschen und seine Sicherung im persönlich-menschlichen sowie im wirtschaftlich-sozialen Bereich im Mittelpunkt der Betrachtung stehen, um die einzelnen Menschen vor den Gefahren und Beeinträchtigungen durch wirtschaftliche Macht, durch kollektive Überfremdung sowie durch technologische Eingriffe in seine Umwelt zu sichern. […] Der Gefährdung des einzelnen Menschen in seiner biologischen, geistigen und sozialen Entfaltung entgegenzutreten, ist die Aufgabe des Rechts in unserer Zeit und ist vornehmlich die Aufgabe der Rechtsprechung unserer Zeit. […] Eine Fortbildung der Richter nach diesen Maßstäben könnte der Verwirklichung sozialer und menschlicher Gerechtigkeit durch die Rechtsprechung von großem Nutzen sein,

so war er überzeugt.[149]

Ganz ähnlich hörte sich das bei Gerd Pfeiffer an, der bereits bei seiner Amtseinführung 1977 davon sprach, dass die Unabhängigkeit des Richters noch nie in so umfänglichem Maße gesichert gewesen sei wie in der Bundesrepublik unter dem Grundgesetz.[150] Zwei Jahre später ergänzte er: „In zunehmendem Maße fällt dem Richter die Aufgabe zu, das Recht an die sich wandelnden Anforderungen der modernen Welt anzupassen.“ Dem könne nur der Richter gerecht werden, der

> mitten im politischen und sozialen Leben steht, in dem auch jener steht, der ihm sich zu verantworten hat oder dem er Rechtsschutz gewähren soll. Es genügt heute nicht, daß der Richter den Wortlaut der Gesetze kennt, sondern es ist ebenso unerläßlich, daß er ebenso genau über die Gesellschaft Bescheid weiß, in der diese Gesetze leben müssen. […] Denn Grundlage jeder richterli-

149 Eröffnung, in: *DRiZ* (1973), S. 75 f.
150 Pfeiffer, Ansprache, S. 41–48, hier S. 42.

> chen Gestaltung des Rechts ist die in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörperte objektive Wertordnung, die als verfassungsmäßige Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gilt.[151]

Das entsprach *cum grano salis* auch der Auffassung von Gerda Krüger-Nieland, die zwar erst 1990 über *Richtermacht – Richterlast* öffentlich nachdachte, in diesem Rahmen aber die von ihr miterlebte Zeit am BGH resümierte. Dabei wurde der von ihr erfahrene Wandel deutlich, bei dem, so ihre Kritik, allerdings die Richter in ihrer Selbstdarstellung nach außen „versagt" hätten.[152]

Schließlich lässt sich auch die fünfte Leitbildkategorie Kauffmanns („Dienstleistungsrichter") unter BGH-Richtern finden: Werner Sarstedt vertrat zwar noch lange ältere Positionen über das Idealbild eines Richters, etwa wenn er besonders den Respekt betonte, den das Amt gebiete, oder wenn er sich schwer damit tat, dass junge, politisch unbelastete Richter als befähigter zur Beurteilung von Straftaten im Nationalsozialismus angesehen wurden als jene, die „dabei" gewesen waren. Auch von soziologischen Untersuchungen über die Richter seiner Zeit oder gar von psychologischen Einflussfaktoren auf das richterliche Handeln wollte er nichts wissen. Zugleich aber richtete er im Laufe der Zeit seinen Blick auf den Dienstcharakter des Richteramtes. Daher kreisten seine Überlegungen zum Richterleitbild um Möglichkeiten zur Verbesserung des Justizwesens für Bürgerinnen und Bürger, wenngleich er den Begriff des „Dienstleisters" dabei nie benutzte. 1970 stellte er jedenfalls schließlich fest: „Justiz in der Demokratie ist soviel wie Justiz in der frischen Luft der Öffentlichkeit."[153]

Ein zusammenfassender Blick auf jene, die als Richterelite nach Karlsruhe an den BGH berufen wurden, zeigt also: Es handelte sich im Untersuchungszeitraum ganz überwiegend um fachlich und arbeitsethisch besonders ausgewiesene Personen, deren spezifische Kompetenzen für die Bewältigung der komplexen Rechtsmaterien am BGH gebraucht wurden. Über deren Eignung für den Aufbau eines neuen demokratischen Rechtsstaates schwiegen sich die für die Berufung so wichtigen Dienstbeurteilungen in aller Regel aus, so dass dem Richterwahlausschuss auch kaum Material zur Verfügung stand, um gerade die demokratische Orientierung der Kandidatinnen und Kandidaten bewerten zu können. Gleichwohl wird man festhalten müssen, dass etliche doch einiges Engagement außerhalb ihrer fachlichen Expertise mitbrachten, das zum Aufbau demokratischen Denkens und demokratischer Traditionen zweckdienlich war – dies war schlicht ein Glücksfall und kaum Resultat einer gezielten Auswahl. Förderlich für das Einleben des Gerichts in die ja auch erst im Aufbau befindliche demo-

151 Pfeiffer, Richter, in: *DRiZ* (1979), S. 229–233, hier S. 230. Ganz ähnlich dann auch bei seinem Abschied als Präsident des BGH. S. Präsidentenwechsel, in: *DRiZ* (1988), S. 81–86.

152 Krüger-Nieland, Richtermacht, S. 1–5.

153 S. Sarstedt, Justiz in der Demokratie, S. 44, 47 f., 57; Sarstedt, Bundesrichter in der heutigen Gesellschaft, S. 238; Sarstedt, Von der Höflichkeit des Richters, S. 249; Sarstedt, Besonderheiten des richterlichen Amtes, S. 300. Von Rasehorns justizkritischer Schrift „Im Paragraphenturm" hielt Sarstedt freilich nichts. S. Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 145.

kratische Gesellschaft dürfte gewesen sein, dass die sich in der Nachkriegszeit entwickelnde Diskussion über ein neues Richterleitbild auch den BGH erfasst hat. Als Wendepunkt und Abkehr von tendenziell etatistischen Vorstellungen über den Richterberuf kann die Präsidentschaft Bruno Heusingers betrachtet werden, in der nicht nur die naturrechtliche Orientierung, die Präsident Hermann Weinkauff dem Gericht angedeihen lassen wollte, aufgegeben, sondern auch eine neue Nachdenklichkeit über den Richterberuf angestoßen wurde. In erstaunlich kurzer Zeit bis zum Ende der 1960er Jahre stellte sich am BGH daraufhin bei vielen Richterinnen und Richtern ein differenziertes Richterleitbild ein, das Orientierung am Grundgesetz suchte.[154]

4.5 Die Präsidenten des BGH und ihre Richterinnen/Richter

Richterinnen und Richter sind in Deutschland nur dem Gesetz unterworfen und in ihrer Rechtsprechung frei. Und dennoch spielt die oder der für die disziplinarische Dienstaufsicht zuständige Präsidentin oder Präsident eines Gerichts eine Rolle für den Geist und das Arbeitsklima, das in der von ihr oder ihm geleiteten Justizbehörde herrscht. Vor diesem Hintergrund erscheint es angemessen, bei der Analyse des Arbeitsalltags am BGH mit einem Blick auf die in den 1950er und 1960er Jahren amtierenden Präsidenten zu beginnen. In dieser Zeit hat der Bundesgerichtshof drei Präsidenten gehabt, die in ihrer Unterschiedlichkeit selbst eine bemerkenswerte Entwicklung des Gerichts erkennbar werden lassen.[155]

Hermann Weinkauff

Der erste und bis heute vielleicht bekannteste Präsident des BGH war der 1894 in Tripstadt in der bayerischen Pfalz geborene Hermann Weinkauff. Seinen Bekanntheitsgrad mag man auch daran erkennen, dass noch drei Jahre nach Weinkauffs Pensionierung einige Zeit ein Betrüger in Deutschland unterwegs war, der sich mit einem gefälschten Dienstausweis als „Bundesrichter Dr. Weinkauf [sic]“ ausgab und Hoteliers mit der Behauptung, sie hätten ostdeutsche Spione beherbergt und müssten sich nun vor dem Staatsschutzsenat des BGH rechtfertigen, so erschreckte, dass sie bereit waren, sofort erhebliche Summen als Kaution, die bei einer angeblichen Gerichtskasse

154 So a. Frenzel, Das Selbstverständnis in der Justiz, S. 211–217, der ebenfalls Änderungen im Richterbild in dieser Zeit konstatiert.

155 Einen mit persönlichen Erinnerungen angereicherten, populären Überblick zu den Präsidenten und der amtierenden Präsidentin des BGH bietet Pieper, Die Präsidenten des BGH.

hinterlegt werden sollte, zu zahlen, um einer sofortigen Schließung des Hotels zu entgehen. Das Geld landete dann auf dem Konto des Betrügers.[156]

Weinkauff war Sohn eines wohlhabenden, beamteten Forstmeisters und wuchs in gutbürgerlichen Verhältnissen auf.[157] Als Schüler hatte er Englisch, Französisch und Italienisch gelernt und war zeitweilig in Frankreich gewesen. Zum Jurastudium war er nach Teilnahme am Ersten Weltkrieg gleichsam aus Verlegenheit mangels klarer eigener Interessenlagen gekommen und empfand die Rechtswissenschaft lange Zeit als wenig inspirierend.[158] Das Erste juristische Staatsexamen bestand er so 1920 ohne Prädikat, die Referendarprüfung schon nach zwei Jahren mit Auszeichnung, wobei ihm günstige Regelungen und Notenboni für Kriegsteilnehmer halfen.[159] Danach begann Weinkauff eine Berufslaufbahn im Justizdienst, bei der er immer wieder karrierebewusst Ausschau nach Verwendungen gehalten hat, die ihm Möglichkeiten zu einer Profilierung boten.[160] So wurde er schon bald nach Beendigung seiner Assessorenzeit im Bayerischen Justizministerium eingesetzt und bekam die Möglichkeit einer Delegation nach Frankreich, wo er französisches Recht studieren konnte. Eine frühe Abordnung an das Reichsgericht in Leipzig wurde unterbrochen durch eine Diensttätigkeit am Amtsgericht in Berchtesgaden, die durch Gesundheitsprobleme seiner Frau und eines seiner zwei Söhne bedingt war. Da der Ortswechsel nicht den gewünschten gesundheitlichen Erfolg erbrachte, kehrte er nach Leipzig zurück. Er blieb stets bemüht, seine Stellung am Reichsgericht zu festigen und zum ordentlichen Reichsgerichtsrat ernannt zu werden, was ihm 1936 auch gelang. Inwieweit Weinkauff dort in die Rassenschandejudikatur des obersten Strafgerichts des Reiches verwickelt oder an anderen politischen Unrechtsurteilen beteiligt war, ist schwer valide festzustellen.[161] Gegen eine besonders aktive Rolle spricht, dass Weinkauff einen Eintritt in die NSDAP vermeiden konnte, womit seine politische Zuverlässigkeit zumindest fraglich blieb,

156 BA, Pers 101/39881; Zeitungsartikel: „Bundesrichter“, in: *BVZ*, 9.5.1963; Falscher Richter, in: *StN*, 9.5.1963; Falscher Bundesrichter, in: *BNN*, 24.9.1963. Wie sich nach den Ermittlungen der Polizei herausstellte, handelte es sich dabei um einen Chemiearbeiter, der aus dem polizeilichen Gewahrsam fliehen konnte und dann als „Landgerichtsdirektor Dr. Waldmann“ mit seiner Betrugsmasche weitermachte.

157 Die im Folgenden dargebotenen Stationen des Lebenslaufes hat, soweit nicht anders angegeben, auch Daniel Herbe in seiner Weinkauff-Biographie, S. 2–62 ausführlich beschrieben und kommentiert. Auch der kurze Beitrag von Bernreuther, Hermann Weinkauff, S. 197–214 stellt die entscheidenden Stationen des Lebenslaufes komprimiert dar. Die Quellengrundlage dafür ist in folgenden Personalakten zu finden: BA, Pers 101/40057, Pers 101/39881, Pers 101/39882, Pers 101/39884, R 3002/1902.

158 Weinkauff, Ansprache zur Verabschiedung, S. 41–50, hier S. 41 f.

159 Herbe, Weinkauff, S. 15–17.

160 Engelmann, Rechtsverfall, S. 262–268 sieht Weinkauffs Aufstieg als Folge einer Begünstigung durch den späteren Reichsjustizminister Gürtner und bewertet seine Examensergebnisse als eher schlecht.

161 Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 272 gehen auf der Grundlage der Recherchen von Godau-Schüttke davon aus, dass Weinkauff zumindest in Einzelfällen in die Unrechtsjustiz des Reichsgerichts in dieser Zeit verwickelt war. Dto. Kramer, Willi Geiger, S. 94 und Weinke, Erinnerung, S. 67.

und er dann ganz überwiegend in einem Zivilsenat gearbeitet hat, dessen Aufgabenspektrum tendenziell unpolitisch war. Verantwortung für das Weiterfunktionieren des obersten Gerichtshofs in Straf- und Zivilsachen trug er freilich wie alle Richter, unter denen er etliche beobachten konnte, die sich sehr weit mit dem Nationalsozialismus einließen, was sein berufliches Gewissen nachhaltig geprägt hat. Am Zweiten Weltkrieg nahm er wegen dauerhafter und „kriegswichtiger" dienstlicher Unabkömmlichkeit nicht teil. Nur in den letzten Tagen des „Dritten Reiches" wurde er noch zum Volkssturm eingezogen. Glücklich entging er auch einer Welle von Verhaftungen im August 1945, die die sowjetische Besatzungsmacht gegen Reichsgerichtskollegen durchgeführt hatte, von denen die meisten in der Folgezeit in russischen NKWD-Lagern starben. Dass Weinkauff 1956 bereit war, im Erbgroßherzoglichen Palais eine Gedenktafel für diese ehemaligen Kollegen aufhängen zu lassen, obwohl er wissen musste, dass unter ihnen auch etliche waren, die sich am NS-Justizunrecht beteiligt hatten, kann man wohl nur auf das unmittelbare Erleben und das Gefühl zurückführen, selbst nur knapp dieser lebensbedrohlichen Situation entgangen zu sein.

Nur wenige Wochen später, am 10. Oktober 1945, flüchtete er mit seiner Frau und wenig Habe, die in einen Rucksack passte, über die grüne Grenze nach Westen, wo er sich, nahezu mittellos in Heidelberg bei Verwandten untergekommen, in der bayerischen Justiz um Wiederanstellung bemühte. Dabei strebte er eine Verwendung als Senatspräsident am Oberlandesgericht oder als Landgerichtspräsident in Bamberg an. Am 17. November 1945 wurde er allerdings zunächst als Amtsgerichtsrat in Schrobenhausen eingesetzt, kaum eine Woche später aber wegen seiner Tätigkeit als Reichsgerichtsrat von der amerikanischen Militärregierung in *automatic arrest* genommen. Am 9. Februar 1946 wurde er als Unbelasteter aus dieser Gefangenschaft entlassen und sogleich zum Landgerichtspräsidenten in Bamberg ernannt. Als Vorsitzender der Großen Strafkammer des Landgerichts Bamberg hat er sich, so Daniel Herbe, auch an der juristischen Aufarbeitung der Reichspogromnacht in Bamberg beteiligt, und seine Kammer hat in einem Prozess sieben von acht Angeklagten schuldig gesprochen, drei Angeklagte wurden mit Gefängnishaft von neun Monaten bis einem Jahr bestraft. Im September 1949 wurde er in der Nachfolge seines Gönners, des ersten Bundesjustizministers Thomas Dehler, Präsident des Oberlandesgerichts Bamberg, hat dieses Amt aber kaum ausgeübt. Dies lag zum einen daran, dass Weinkauff die Gelegenheit zu einer Studienreise in die USA erhielt, die ihn weit mehr beeindruckt hat als sein Aufenthalt in Frankreich während der Weimarer Jahre und seine berufspolitische Orientierung wohl auch beeinflusst hat.[162] Im Januar 1950 zurückgekehrt, hat er über dieses Erlebnis einen eigenen Bericht verfasst, der mit der Feststellung endet, dass der Wiederherstellung der internationalen Kontakte unter Juristen „eine die Völker verbindende oder wieder zusammenführende Kraft" zukomme, die es weiterzutragen

162 Weinkauff, Ansprache zur Verabschiedung, S. 44.

gelte.[163] Zum anderen hatte Thomas Dehler den gerade zum Oberlandesgerichtspräsidenten ernannten Weinkauff bereits für eine Tätigkeit als Staatssekretär im Bundesjustizministerium vorgesehen, was sich aber nicht durchsetzen ließ. Infolgedessen wurde er sehr bald schon als Präsident des zu errichtenden Bundesgerichtshofes ins Auge gefasst und nach einem Gespräch mit Bundeskanzler Adenauer durch Beschluss des Bundeskabinetts am 20. September 1950, also kaum zwei Wochen vor der Eröffnung des BGH, dafür auch vorgesehen.

Bei diesem meist so dargestellten Ernennungsvorgang Weinkauffs zum ersten BGH-Präsidenten wird freilich übersehen, dass er *zunächst* zum Bundesrichter *ernannt* werden musste, bevor ihm dann der Bundesjustizminister das Amt des Präsidenten übertragen konnte. Bei dieser Ernennung zum Bundesrichter war Dehler von der Entscheidung des Richterwahlausschusses abhängig, der Weinkauffs Wahl aber hinauszögerte, weil vor allem die sozialdemokratischen Delegierten alternative Besetzungsvorschläge favorisierten.

Als Dehler einen Tag nach dem Beschluss des Bundeskabinetts am 21. September 1950 die Personalie Weinkauff in den Richterwahlausschuss einbrachte, regte sich sofort Widerstand. Der SPD-Abgeordnete Rudolf Katz beantragte, die Entscheidung zurückzustellen. Dementgegen drängten die Justizminister Adolf Süsterhenn und Konrad Beyerle auf eine baldige Entscheidung und konnten sich letztlich durchsetzen. Das obligatorische Referat/Korreferat über Weinkauff wurde dem späteren Bundesjustizminiser Hans-Joachim von Merkatz (DP) und dem bayerischen Ministerialrat Feine übertragen. Zudem wurde aber beschlossen, auch den Präsidenten des Obersten Gerichts für die Britische Zone Ernst Wolff, der neben Weinkauff auch von Dehler als möglicher Kandidat für den Chefposten am BGH im Gespräch gehalten wurde, und Herbert Ruscheweyh, Präsident des Hanseatischen Oberlandesgerichts und des Deutschen Obergerichts für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet in Köln, in Aussicht zu nehmen. Katz schlug zudem den Oberlandesgerichtspräsidenten in Schleswig Gottfried Kuhnt, zuvor auch erster Justizminister von Schleswig-Holstein und ein seit der Weimarer Republik bekannter Herzensrepublikaner, vor. Merkatz brachte angesichts des sich rasch erweiternden Kandidatentableaus sodann noch den Vorschlag ein, den Präsidenten des Oberlandesgerichts Celle Hodo Freiherr von Hodenberg für eine Bundesrichterstelle und die Leitung des BGH ins Auge zu fassen. Hodenberg war bekannt für eine generöse Wiedereinstellungspolitik ehemals belasteter Juristen. Auch zu diesen Personen wurden Referenten und Korreferenten bestellt. August Zinn und Adolf Arndt äußerten sich weiter skeptisch über das gesamte Verfahren und verlangten vor allem mehr Informationen über Weinkauff. Zugleich konnte Arndt aber auch berichten, er habe von sich aus den Kontakt zu einem ehemaligen Mitarbeiter Weinkauffs gesucht, der während der NS-Zeit in ein Konzentrationslager gekommen sei. Dieser habe nur Gutes über seinen Chef berichten können.

163 BayHSTA München, MJu 26390, Bericht über meine Amerikareise 1950.

So kam alles auf das Ergebnis der nächsten Sitzung des Richterwahlausschusses an, die am 29. September 1950, also zwei Tage vor dem offiziellen Starttermin für den BGH, stattfand. Erneut versuchten die sozialdemokratischen Delegierten, eine Entscheidung über Weinkauff und das Präsidentenamt hinauszuzögern, wurden aber wiederum von der Mehrheit überstimmt, die die Ernennung eines Präsidenten bei Eröffnung des Gerichts für zwingend hielten. Ein letztes Mal versuchte der Abgeordnete Otto Heinrich Greve, den Gang der Dinge aufzuhalten, indem er eine persönliche Vorstellung aller Kandidaten, die für das Präsidentenamt in Aussicht genommen waren, vor dem Ausschuss forderte, doch auch das wurde mehrheitlich zurückgewiesen. So schritt man nach den Referaten zur Wahl in einer vorher bestimmten Reihenfolge, die folgendes Ergebnis hatte:

Kuhnt wurde mit 13 Nein- und fünf Ja-Stimmen abgelehnt, Wolff wurde mit 13 Nein- und vier Ja-Stimmen abgelehnt, Hodenberg wurde mit 15 Nein- und drei Ja-Stimmen abgelehnt, Ruscheweyh wurde mit 11 Nein- und sieben Ja-Stimmen abgelehnt und Weinkauff schließlich mit 13 Ja- und fünf Nein-Stimmen gewählt.

Das war kein herausragendes Ergebnis, aber eine klare Mehrheit. Gleichwohl gilt es festzuhalten, dass selbst in dieser spannungsgeladenen Sitzung andere Bundesrichter mit besseren Ergebnissen in ihr Amt kamen. So wurde sogar der wegen seiner wehrmachtsrichterlichen Vergangenheit hochproblematische Werner Hülle mit 14 Ja- und drei Nein-Stimmen gewählt, Walter Ascher als jüdischer Remigrant erhielt beispielsweise 17 Ja-Stimmen (und eine Nein-Stimme) und Elisabeth Krumme wurde mit 16 Ja-Stimmen (bei zwei Nein-Stimmen) gewählt.[164]

Mit Weinkauff wurde ein Mann erster Präsident des obersten Bundesgerichts für Straf- und Zivilsachen, der als Mensch und Vorgesetzter bis heute ebenso umstritten ist wie als Richter und Vertreter naturrechtlich begründeter Rechtsanschauungen.[165] Familienangehörige haben ihn Daniel Herbe gegenüber als „introvertiert“, „zurückhaltend“, stets „distanziert“ beschrieben.[166] Mitarbeiter und Richterkollegen am BGH sahen ihn als „stattliche Erscheinung“, die steif und nie aus sich herausgehend „immer eine gewisse Distanz“ wahrte und in deren Anwesenheit „keine gelöste Atmosphäre“ aufkommen konnte. Selbst Generalbundesanwalt Max Güde kam nicht näher an ihn heran,[167] die Presse sah in ihm oft den „großen Schweiger vom BGH.“[168] Andere wiederum, die ihm näher kamen, haben ihn positiver wahrgenommen: Gerda Krüger-Nieland etwa bekannte, „erbitterte Auseinandersetzungen“ mit ihm gehabt und gegen die „alttestamentarisch[e] Strenge seiner Argumentation“ angekämpft zu haben, doch sei sie stets ritterlich von ihm behandelt worden. Weinkauff sei es auch gewesen, der sie

164 BMJ, Sammlung der Protokolle des Richterwahlausschusses für den BGH, Protokoll vom 21.9.1950 und 29.9.1950.

165 S. beispielhaft Himmelmann, Hermann Weinkauff, in: *NJW* (1994), S. 1268 f.

166 Herbe, Weinkauff, S. 2.

167 Kirchner, Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 113–138, hier S. 114 f.

168 Dr. Weinkauff 70 Jahre alt, in: *StN*, 10.2.1964.

davon überzeugt habe, ihre Arbeit als Rechtsanwältin in Hamburg aufzugeben und als Bundesrichterin nach Karlsruhe zu kommen.[169] Auch der politisch völlig anders als Weinkauff orientierte Helmut Simon schätzte den ersten Präsidenten des BGH, weil er trotz seiner völlig anderen Wertewelt von diesem stets gefördert worden sei.[170]

Hochumstritten war selbst unter ihm nahestehenden Richtern und Senatspräsidenten[171] seine Propagierung des Naturrechts und vor allem die daraus entstehenden Folgen für die Rechtsprechung des BGH. Während Weinkauff auch nach eigenem Eindruck in den 1950er Jahren einigen Erfolg mit der von ihm angestrebten Naturrechtsrenaissance hatte, verringerte sich bereits gegen Ende der 1950er Jahre dieser Einfluss merklich, was ihn, der damit sein berufliches Lebensziel verfehlt sah, deutlich verbitterte. Nicht selten wird kritisiert, dass sein Naturrechtsdenken mit einem rigiden Moralismus und der Statuierung unveränderlicher göttlicher Rechtssetzungen einherging, die auf die Eherechtsprechung des BGH Einfluss geübt und einer restriktiven Ehescheidungspraxis Vorschub geleistet hätten. Mehr noch habe er auf dieser Grundlage der grundgesetzlich geforderten Gleichberechtigung von Mann und Frau in gutachterlichen Äußerungen widersprochen. In der Wiedergutmachungsrechtsprechung hätten seine Vorstellungen vom Widerstandsrecht in einer totalitären Diktatur insofern unheilvollen Einfluss ausgeübt, als Weinkauff das Recht zum Widerstand an Bedingungen geknüpft habe, die im Ergebnis dazu geführt hätten, dass Widerständlern und Opfern im NS-System auf dieser Grundlage eine Entschädigung von BGH-Richtern verweigert worden sei.[172] Auch wird Weinkauff neben einer Exkulpation der Justiz im Nationalsozialismus die stille Förderung der Beschäftigung NS-belasteter Richter angekreidet, obwohl er um deren problematische Vergangenheit gewusst habe.[173] Moderne Untersuchungen haben überzeugend herausgearbeitet, dass Weinkauff durch seine mit deutschen Rechtstraditionen begründete Ablehnung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 eine adäquate Verfolgung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen erschwert, teils behindert hat.[174]

Es ist kaum zu bestreiten, dass Weinkauffs Auffassungen in vielerlei Hinsicht dem restaurativen Zeitgeist der Adenauer-Epoche entsprachen[175] und von einigen gesellschaftlichen Großgruppen, wie etwa den christlichen Kirchen in Deutschland, aus-

169 Krüger-Nieland, Hermann Weinkauff †, in: *NJW* (1981), S. 2235 f.

170 Röse/Röse, Helmut Simon, S. 172.

171 Selbst Werner Sarstedt, Präsident des Berliner Senats, distanzierte sich von Weinkauffs Naturrechtsauffassungen. S. Sarstedt, Deutsche Justiz, in: *Der Spiegel* (1968), S. 134–136.

172 So etwa Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 217–273.

173 So etwa von dem Journalisten Müller-Meiningen, der ihm 1962 im Zusammenhang mit dem Skandal um Generalbundesanwalt Fränkel vorwarf, er hätte es nie erlauben dürfen, dass die ebenso wie Fränkel belasteten Bundesrichter Kirchner, Richter und Hörchner berufen wurden. S. a. Miquel, Ahnden, S. 113; Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 257, 259.

174 Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 60. S. a. Pöpken, Vergangenheitspolitik, S. 655, 666; Ohlenroth, Der Oberste Gerichtshof, S. 5.

175 Buchna, Ein „klerikales" Jahrzehnt.

drücklich gelobt wurden. Weinkauff gehörte der evangelischen Kirche an, ließ sich 1942 aber mit seiner Frau auch ein zweites Mal verehelichen, und zwar nach katholischem Ritus.[176] Dies deutet bereits seine tiefe Verwurzelung im christlich-konservativen Milieu an, das den Rahmen auch für seine rechtspolitischen Auffassungen darstellte. Inwieweit diese direkten Einfluss auf die Rechtsprechung des BGH hatten, dessen Richterinnen und Richter durchaus eigene Ansichten hatten und diese diskursiv durchzusetzen verstanden, kann nur am Einzelfall verifiziert werden und wird in Band 2 dieser Studie detailliert dargelegt. Man wird die Rigorosität von Weinkauffs Anschauungen aber kaum richtig verstehen können, wenn man sie zumindest nicht *auch* als Folge der Erfahrung des Nationalsozialismus einordnet. Eine unvoreingenommene Lektüre der Schriften Weinkauffs belegt, dass die Grundlegung vieler seiner Überzeugungen aus dem Erleben der erschreckend leichten Indienstnahme der Justiz im Nationalsozialismus, der moralischen Skrupellosigkeit vieler seiner Kollegen und ihrer Bereitschaft, sich zum eigenen Vorteil dem Regime an den Hals zu werfen, herrührte. Gerda Krüger-Nieland, die ihn schon in Leipzig erlebt hatte, sprach von einer „tiefen Verwundung durch den Verfall des Rechtes und der richterlichen Unabhängigkeit“ in der NS-Zeit, die ihn getrieben habe.[177] Es habe für ihn außer Frage gestanden, dass viele Richter im Nationalsozialismus versagt hatten. Wie ein solcher Unglücksfall in der Zukunft verhindert werden könnte angesichts einer von ihm diagnostizierten latenten totalitären Bedrohung, war seine Hauptsorge, der er mit der Bindung der Richter an ein übernatürliches Naturrecht und Sittengesetz, dessen Heiligkeit er nicht müde wurde zu betonen, glaubte begegnen zu können.

Für einen im Gesetzespositivismus geschulten Juristen war es daher umso bemerkenswerter, dass er in einer Zeit, in der der deutsche Widerstand gegen den Nationalsozialismus noch längst nicht allgemeine Anerkennung erfahren hatte, überhaupt ein Recht auf Widerstand gegen die unrechtmäßige Ausübung der Staatsgewalt öffentlich vertrat und die Männer des 20. Juli 1944 als die „Edelsten der Nation“, nicht „Brecher, sondern Vollzieher des Rechts“ nannte.[178] Über das ganze 19. Jahrhundert hinweg war das altertümlich anmutende Widerstandsrecht im deutschen Konstitutionalismus ja unter Juristen weitgehend vergessen und in einem konstitutionellen, parlamentarischen Staat für überflüssig gehalten worden.[179] Weinkauff reaktivierte die Idee und versah das Recht auf Widerstand mit nur wenigen Einschränkungen, die einen Missbrauch vermeiden sollten. Daniel Herbe hat zudem einige von vielen übersehenen

176 Herbe, Weinkauff, S. 54 f.

177 Krüger-Nieland, Hermann Weinkauff †, in: *NJW* (1981), S. 2235.

178 Weinkauff, Über das Widerstandsrecht, S. 20. S. a. ähnlich Weinkauff, Die Militäropposition, S. 137–158. In diesem Aufsatz rechtfertigt er, S. 157, die mehrfache Weitergabe des Angriffstermins gegen die Niederlande durch Hans Oster 1940, der zu dieser Zeit als Landesverrat diskutiert wurde, als durch das Widerstandsrecht vollumfänglich gerechtfertigt. Zur Desertion äußert er sich hier, S. 154, allerdings kritisch.

179 Der Stand der Widerstandsrechtslehre zu Beginn des 20. Jahrhunderts erhellt am besten aus Wolzendorff, Staatsrecht und Naturrecht.

Quellen gehoben, die belegen, dass Weinkauff selbst diese Einschränkungen des Widerstandsrechts so minimiert hat, dass es unsicher ist, ob er als Richter in den fraglichen Wiedergutmachungsverfahren so judiziert hätte wie seine Kollegen, die ihn zum Teil ja auch in restriktiver Schärfe übertrafen.[180] Und dass er als Präsident des BGH nur wenig Einfluss auf die Richterauswahl hatte, die im Wesentlichen dem Richterwahlausschuss oblag, ist oben dargelegt. Dass er *ad intra* bisweilen auch ganz andere Worte über seine Richter fand, die er keineswegs immer für jene Elite hielt, die er sich als Ideal vorgestellt hatte, ist bereits dargelegt worden.

Zudem bedarf eine gerechte Würdigung des ersten Präsidenten auch der Berücksichtigung seiner Leistungen: Weinkauff gelang es, seinem Gericht sehr schnell einen Platz in der Gemeinschaft rechtsstaatlicher Institutionen in Europa zu verschaffen. Eine frühe Initiative dazu war etwa die deutsch-französische Juristentagung in Freudenstadt 1953, bei der die französische Delegation von Alfred Grosser begleitet wurde und Weinkauff sofort eine Gegeneinladung nach Frankreich bekam.[181] Im Übrigen half auch die nicht zuletzt zu diesem Zweck gegründete Juristische Studiengesellschaft beim BGH, die Internationalisierung des Gerichtshofes zuwege zu bringen.[182] Seine Aufbauleistung und Führung des BGH überzeugten bald manch einen Skeptiker, so dass er mehrfach auch als Präsident des Bundesverfassungsgerichts gehandelt wurde.[183] 1957 war er, aber auch sein Nachfolger Bruno Heusinger, sogar im Gespräch für die Besetzung des Postens des Bundesjustizministers.[184]

Gleichwohl: Kaum zu bestreiten ist, dass der BGH unter Weinkauffs Führung und mit seinen vielfach nach außen getragenen Ansichten von Anfang an einen restaurativen Anstrich erhielt, der ihm lange genug anhing.[185] Die Unbedingtheit seiner naturrechtlichen Grundauffassungen gereichte dem BGH nicht zum Vorteil und brachte das Gericht in einen Konflikt mit dem Bundesverfassungsgericht, das sich letztlich durchsetzte.[186] Als Mitglied im Kuratorium der christlich-konservativen Abendländischen Akademie nutzte er sogar den BGH und seine Räumlichkeiten, um dort für die in der Adenauerzeit sehr wirksame Abendlandidee, mit der ganz im Sinne Weinkauffs ein Wiederaufleben des Naturrechtsgedankens verbunden war, zu werben. 1954 gründete

180 Herbe, Weinkauff, S. 165–171. Herbe weist auch darauf hin, dass Adolf Arndt, der gewiss keinen politischen Grund hatte, Weinkauff in Schutz zu nehmen, der Auffassung war, Weinkauffs Widerstandsrechtslehren seien vom betreffenden Senat des BGH missverstanden und falsch angewendet worden.

181 BA, Pers 101/39881, Weinkauff an BMJ, 27.5.1953. Es folgte bereits 1955 die Teilnahme an einem Kongress der Internationalen Juristenkommission in Athen.

182 Kirchhof, Drei Jahre, in: *NJW* (1955), S. 293.

183 S. beispielsweise „Sechs Kandidaten in engerer Wahl“, in: *StN*, 28.10.1958.

184 Apostolow, Der „immerwährende Staatssekretär“, S. 175.

185 Das bekannte Weinkauff in seiner Ansprache anlässlich seiner Verabschiedung, S. 44 auch selbst: „Daß der Wiederaufbau unter solchen Verhältnissen gewisse restaurative Züge annehmen mußte, war wohl unvermeidlich.“

186 Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 43–56, 61.

er aus Richtern des BGH sogar einen Arbeitskreis der Abendländischen Akademie am BGH, der sich am 13. Februar und 25. April 1954 dort versammelte und über „Rechtspositivismus und seine mögliche Überwindung“ diskutierte. Freilich: Eine simple ideologische Ausrichtung der BGH-Richterschaft wurde daraus nicht. Der Bericht über diese Aktivität in der Zeitschrift *Die Abendländische Akademie* verzeichnete heftige Auseinandersetzungen bei dem ersten Treffen, die bei der zweiten Sitzung abgemildert werden konnten, „wenn auch die verschiedenen weltanschaulichen Positionen weiter bestanden“.[187] Es soll in der Folgezeit weitere Treffen dieser Art gegeben haben, über die allerdings nichts mehr bekannt ist, vermutlich auch, weil die Zeit über die Abendlandidee und ihre zunehmende politische Diskreditierung hinwegging. Das wurde umso offenkundiger, als sich der neue westdeutsche Staat nicht nur wirtschaftlich rasant entwickelte, sondern auch einem Wertewandel unterlag, der immer spürbarer wurde und um 1968 kulminierte. Weinkauff hat gegen diese Entwicklung ohne Aussicht auf Erfolg angekämpft, die allmähliche Entfaltung der liberalen Demokratie nur wenig nachvollziehen können und verbittert auf den Verfall seiner Wertvorstellungen am Ende reagiert.

Als er nach seiner frühzeitigen Pensionierung 1960 die Aufgabe übernahm, in Zusammenarbeit mit dem Münchner Institut für Zeitgeschichte und mit Hilfe langjähriger Förderung der Deutschen Forschungsgemeinschaft die Rolle der Justiz im Nationalsozialismus aufzuarbeiten, ließ er die Mitarbeiter in Projektbesprechungen, die wie selbstverständlich im BGH stattfanden, wissen, wie er diese Geschichte geschrieben wissen wollte, und unterband jede Art von Kritik daran. Bundesrichter Werner Freitag, dem offenbar Weinkauffs kritische Bemerkungen über die Justiz der NS-Zeit missfielen, wurde ebenso aus dem Projekt gedrängt wie jene gemaßregelt wurden, denen diese interessengelenkte Aufarbeitung zu wenig kritisch war.[188] Am Ende nutzte er seinen Darstellungsteil dazu, eine regelrechte Abrechnung nicht nur mit der NS-Zeit, sondern auch mit der von ihm mitgestalteten Nachkriegsepoche zu formulieren, die im Hinblick auf seine Stellung in der jungen westdeutschen Demokratie sehr aussagekräftig ist. Weinkauff ging davon aus, dass er als „Historiker, der zugleich Jurist ist“, sich nicht damit begnügen könne darzustellen, wie es gewesen sei, sondern ihm müsse es

> ja vor allem, darum gehen zu ermitteln, welche äußeren und inneren Fehlkonstruktionen die deutsche Justiz daran hinderten, dem Unrecht des Nationalsozialismus wirksamer zu begegnen, und wie die deutsche Justiz künftig aufgebaut werden muß, um sie in den Stand zu setzen, einer solchen erneuten totalitären Bedrohung des Rechts, die doch jederzeit möglich ist, wirksamer entgegenzutreten als in den Jahren 1933 bis 1945.

Zwar habe das Grundgesetz alle wichtigen Rahmenbedingungen geschaffen und sogar mit seinen Grundrechtsaussagen Naturrecht positiviert. Doch damit sei es nicht getan,

187 Bericht ohne Titel, in: *Die Abendländische Akademie*, 7.1954, S. 7.
188 Herbe, Weinkauff, S. 274–282.

es lauerten überall Gefahren, die einen Rückfall in totalitäre Zustände möglich machten. Eine dieser Gefahren sei die Rede vom Pluralismus in der modernen Gesellschaft: „Gewiß spielt bei alledem auch die sogenannte pluralistische Gesellschaft und der Pluralismus der Wertvorstellungen eine Rolle, Dinge, bei denen die Sache ebenso bedrohlich wie die Bezeichnung widerwärtig ist." Auch Juristen würden zunehmend von diesem Pluralismus der Werte reden, obwohl doch das Grundgesetz die Grundwerte genau definiert habe. Alle Sittlichkeit werde „zersetzt", Toleranz werde gepredigt, aber eine „Toleranz nicht aus Freiheit, sondern aus Leere und Schwäche". Die von der Jugend geforderte „Tabuzertrümmerung" versetze den Fundamenten dieses Staates allzu leicht den Todesstoß und werde der weit verbreiteten „nihilistische[n] Zersetzung" Vorschub leisten.[189]

Es ist wohl diese Einsicht in die so ganz anders geartete, nicht zu verhindernde politische und gesellschaftliche Entwicklung und damit die Unerreichbarkeit seiner justizpolitischen Ziele, gepaart mit gesundheitlichen Problemen in seiner Familie, die seine Berufslaufbahn schon von Anfang an begleitet haben, mithin weniger ein Missfallen über zu viel Bürokratie und Privilegienabbau, die ihn schließlich vorzeitig aus dem Amt scheiden ließen.[190] Für eine passende Nachfolge wollte er gleichwohl Sorge tragen und erhielt von Staatsekretär Walter Strauß die Zusicherung, dass die Nachfolgeentscheidung mit ihm abgesprochen würde.[191] Dass der immer wieder genannte Willi Geiger[192] trotz seiner wertkonservativen Haltung ebenso wenig in Frage kam wie Max Güde – darüber waren sich beide einig. Als einzig angemessene Person bezeichnete er den Präsidenten des Oberlandesgerichts Celle Bruno Heusinger,[193] mit dem er in der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit noch heftig die Klingen gekreuzt hatte, weil Heusinger weder Weinkauffs Glauben an das Naturrecht noch seine Idee eines „Richters neuen Typs" unkritisch teilte.[194] Aber Heusinger akzeptierte es, dass Weinkauff auch nach seinem Amtsende in gewisser Weise als Autorität im BGH präsent blieb, und sei es nur, dass man Dinge, die ihn persönlich berührten, auch mit dem Ruheständler noch absprach. Als Bundesrichter Claus Seibert beispielsweise 1965 einen Artikel über den letzten Reichsgerichtspräsidenten Bumke in der *Deutschen Richterzeitung* veröffentlichen wollte, musste er diesen auf Bitten Heusingers zurückziehen, weil Weinkauff keine Erörterungen über Bumke wünschte.[195]

189 Weinkauff, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, S. 179–181. Ähnlich, doch sprachlich zurückhaltender, formulierte er bereits bei seiner Verabschiedung vom BGH, s. Weinkauff, Ansprache zur Verabschiedung, S. 46.

190 S. Weinkauff, Ansprache zur Verabschiedung, S. 47–51; Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 265–273 sieht Weinkauff als resignierend gegenüber einem Übermaß an moderner Bürokratie.

191 IfZ München, ED 94/Nr. 216, Strauß an Weinkauff, 5.1.1960.

192 S. dazu auch IfZ München, ED 14/Nr. 216.

193 BA, Pers 101/39881, Vermerk, 4.2.1960.

194 Herbe, Weinkauff, S. 264 f., 270.

195 NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 6 Karteikarte Seibert mit angehängtem Brief.

Bruno Heusinger

Eine Auseinandersetzung über die Wahl zum Bundesrichter wie bei Weinkauff hat es bei Bruno Heusinger nicht gegeben. Der Bundesjustizminister konnte im Kabinett mitteilen, dass er Heusinger dem Richterwahlausschuss als Bundesrichter und Nachfolger von Weinkauff vorschlagen werde und dabei aufgrund von dessen Beliebtheit von einer einstimmigen Wahl ausgehe.[196] Ausweislich des Protokolls des Richterwahlausschusses vom 9. März 1960 war dies nach den üblichen Referaten, von denen auch eines der sonst scharfen Auseinandersetzungen nicht abgeneigte Abgeordnete Otto Heinrich Greve hielt, tatsächlich der Fall: Heusinger wurde mit 17 Ja- Stimmen ohne Nein-Stimmen und Enthaltungen gewählt.[197]

Der BGH bekam mit Bruno Heusinger 1960 dann auch einen ganz anders orientierten neuen Präsidenten – das wurde auch von den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sofort so empfunden.[198] Dabei dürfte Heusingers Erfahrung des „Dritten Reiches“ nicht weniger einschneidend gewesen sein als die von Hermann Weinkauff.

Der 1900 in Holzminden geborene Sohn eines evangelischen Oberstudiendirektors hatte noch am Ersten Weltkrieg teilgenommen und war schwer verwundet worden. Zum Militär behielten er und seine Familie enge Bindungen: In den 1930er Jahren absolvierte er mehrere Übungen und nahm von Anfang bis Ende am Zweiten Weltkrieg teil, zuletzt im Rang eines Majors. Sein Bruder Adolf Heusinger wurde später erster Generalinspekteur der Bundeswehr. Bruno Heusinger war vielseitig begabt: Zuerst studierte er Geschichte und wurde 1922 *summa cum laude* mit einer Arbeit über das *servitium regis* in der deutschen Kaiserzeit promoviert.[199] Eine besondere Nähe zur Geschichtswissenschaft und zur historischen Betrachtung auch juristischer Problemlagen blieb ihm ein ganzes Leben eigen. Danach begann er das Jurastudium, das er in kurzer Zeit mit hervorragenden Examensergebnissen abschloss. 1929 wurde er aufgrund seiner glänzenden dienstlichen Leistungen zum Landgerichtsrat,[200] 1930 bereits zum Oberlandesgerichtsrat und 1933 dann überraschend von der nationalsozialisti-

196 Kabinettsprotokolle der Bundesregierung, 96. Sitzung vom 17.2.1960, Tagesordnungspunkt A: Besetzung der Stelle des Präsidenten des Bundesgerichtshofes, URL: https://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1960k/kap1_2/kap2_8/para3_9.html. [abgerufen am 23.3.2024]. Tatsächlich waren auch die führenden Rechtspolitiker der SPD äußerst angetan von der Idee, Heusinger zum BGH-Präsidenten zu ernennen. S. AdsD, SPD-Bundestagsfraktion, 3. WP, Nr. 371, Adolf Arndt an die sozialdemokratischen Mitglieder des Richterwahlausschusses, 22.2.1960.

197 BMJ, Protokollsammlung Richterwahlausschuss für den BGH, Protokoll der Sitzung des Richterwahlausschusses am 9.3.1960.

198 Kirchner, Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 115.

199 Heusinger, Servitium regis.

200 BA, Pers 101/48814, Beurteilung des LG-Präsidenten Braunschweig, 4.3.1929.

schen braunschweigischen Regierung zum Oberlandesgerichtspräsidenten in Braunschweig ernannt.[201]

Der Hintergrund dafür war ein durchaus kompromissbreites Verhalten Heusingers, der unter seinen Kollegen für einen Eintritt in die NSDAP und die Kooperation mit dem neuen Regime warb, weil er der irrigen Auffassung war, dass sich „Übertreibungen“ und „Fehlentwicklungen“ in der NS-Bewegung schon bessern ließen, wenn nur genügend „Vernünftige“ auch in der Justiz sich innerhalb der Partei engagierten und sich gerade nicht distanzierten.[202] Die NS-Minister Dietrich Klagges und Friedrich Alpers sahen ihn daher als einen der Ihren und wollten den jungen, begabten und tatkräftigen Mann fördern, der dem Idealbild des NS-Führers mit seiner soldatischen Haltung im Ersten Weltkrieg entsprach. Dafür war er zunächst auch bereit, eine politische Säuberung in der braunschweigischen Justiz zu unterstützen.[203] Seine Rede, die er als 33-Jähriger anlässlich seiner Ernennung zum Oberlandesgerichtspräsidenten in Braunschweig hielt, zeigt einerseits die semantische Anpassung an den NS-Jargon, andererseits aber auch eine gewisse Distanz zu dem, was die braunschweigische NS-Landesregierung von ihm eigentlich erwartete. Während der SS-Mann und neue Justizminister Friedrich Alpers betonte, Heusinger habe „rassisch die Kräfte“, die es brauche, setzte Heusinger selbst andere Akzente: „Es kommt vielmehr alles an auf die richterliche Gesinnung, die seelische, blutvolle Verbundenheit mit Volk und Erde der Heimat, die Opferbereitschaft für Staat und Volk, die Energie des Willens, diesem Volke auch im Sturm der Zeiten sein Recht und seine Gerechtigkeit zu geben.“[204]

Es dauerte dann auch nicht lange, bis sich Heusingers Gewissen regte und er eine politische Kehrtwende vollzog. Als der NS-Terror sich gegen jüdische Kollegen und politische Gegner im linken Spektrum richtete, intervenierte er aus seiner neuen Funktion heraus: Seinem Eingreifen ist es nach der einschlägigen regionalgeschichtlichen Forschung zu verdanken, dass linke Regimegegner, die im AOK- und Volksfreunde-

201 Der Lebenslauf Heusingers ist bereits mehrfach publiziert worden: Flotho, Bruno Heusinger, S. 349–369; Müller/Henne, Bruno Heusinger, S. 293–301; Köckritz, Die deutschen Oberlandesgerichtspräsidenten, S. 190–197; Wassermann, Zur Geschichte des Oberlandesgerichts Braunschweig, S. 11–110, hier S. 40–57. Die Quellengrundlage dafür stellt im Wesentlichen BA, Pers 101/48810, Personalblatt mit Beilagen; BA, Pers 101/48811; BA, Pers 101/48812; BA, Pers 101/48814 dar.

202 Flotho, Bruno Heusinger, S. 354.

203 BA, Pers 101/48816, Unklarer Vermerk mit Datierung 24.12.1934, in dem davon die Rede ist, Heusinger habe nach der Machtergreifung als Justizreferent im Staatsministerium gewirkt und bei der Umsetzung des Berufsbeamtengesetzes in der Justiz geholfen. Es ist darin sogar die Rede davon, dass er persönlich die betreffenden Beamten aufgesucht habe, die versetzt werden sollten, um sie bei Degradierung zum Verzicht auf ihr eigentlich höheres Gehalt zu bewegen. Einer Mitteilung des ersten Nachkriegs-OLG-Präsidenten Braunschweig zufolge hat Heusinger die so ungewöhnliche, frühe Ernennung zum OLG-Präsidenten ablehnen wollen, er selbst sei es gewesen, der Heusinger in intensiven Gesprächen dazu überredet habe, weil er die Hoffnung gehabt habe, dass Heusinger nationalsozialistische Exzesse abwenden würde. S. BA, Pers 101/48814, OLG-Präsident Braunschweig an alliierte Militärregierung, 27.10.1945.

204 Zit. nach Flotho, Bruno Heusinger, S. 356, 357 f.

haus Braunschweig vom NS-Mob festgehalten und gefoltert wurden, ebenso freikamen wie ein jüdischer Amtsrichter in Wolfenbüttel, der in der Haft misshandelt worden war. Zwei weitere jüdische Richter konnte er schützen und setzte es durch, dass diese noch länger im Amt blieben. Als im Juni 1933 zehn Kommunisten in dem ehemaligen Gewerkschaftserholungsheim Pappelhof bei Riesenberg ermordet wurden, beschwerte er sich beim Justizminister, dass die Untersuchung dieser Mordtat unterdrückt werde. Sofern er als zuständiger Richter die Gelegenheit hatte, setzte er sich auch gegenüber Kommunisten für eine Rechtsprechung ein, die den Angeklagten, so gut es ging, half.[205] Als er schließlich auch den Gehorsamseid auf Vorgesetzte im NSRB zu verweigern suchte, weil dies die Unabhängigkeit des Richters gefährde,[206] war das Maß voll, und die braunschweigische NS-Führung verlor das Vertrauen in ihn. Infolgedessen wurde er nicht in die NSDAP aufgenommen,[207] wurde aber, um doch ein Parteiengagement zu zeigen, förderndes Mitglied der SS mit einem Monatsbeitrag von zwei Reichsmark, der aber bald schon nicht mehr kassiert wurde.[208] Unter Beibehaltung seines Ranges und Verdienstes wurde er vom Posten des Oberlandesgerichtspräsidenten entbunden und amtierte fortan still und wenig auffällig als Senatspräsident am Oberlandesgericht Braunschweig. Der neue Oberlandesgerichtspräsident Günther Nebelung konnte (oder wollte vielleicht, um ihm zu helfen?) 1937 feststellen, dass die Bedenken der Partei wegen seiner politischen Unzuverlässigkeit „mehr und mehr verstummt" seien, und sah ihn als politisch zuverlässig, auch wenn nach wie vor nicht zu bestreiten sei, dass Heusinger „den Äußerungen und Maßnahmen gewisser Unterführer der Partei oder ihrer Gliederungen ablehnend gegenübersteht."[209] Es ist vor diesem Hintergrund sicher allzu oberflächlich, ihm vorzuwerfen, seine „ideelle Begeisterung für den neuen Staat und dessen politisches Programm" sei „ungebrochen" geblieben, er habe lediglich die NS-Pöbeleien abgelehnt.[210] In Rechnung zu stellen ist, wieviel eigene existentielle Gefährdung Heusinger bei seinem Einsatz für Verfolgte einging und wie vielen er Leben und Gesundheit damit gerettet hat. Dabei nahm er keine Rücksicht auf deren politische Anschauungen, die sicher nicht die seinen waren.[211] Drängend und wie eine Anfrage an die gesamte Richtergeneration, die um 1933 amtierte, bleibt allerdings das von Albrecht Lein aufgeworfene Problem: Auch in vollem Respekt vor dem Einsatz von Heusinger für politisch Verfolgte 1933 bleibe zu fragen:

205 Flotho, Bruno Heusinger, S. 359–363; Wassermann, Zur Geschichte des Oberlandesgerichts Braunschweig, S. 43–57. S. a. den Fall des kommunistischen Widerstandskämpfers Hermann Bode, dargestellt bei Klausch, Hermann Bode, S. 48.

206 BA, Pers 101/48812, Aktenvermerk Heusingers, o.Dat.

207 BA, Pers 101/48816, NSDAP Gauleitung Süd-Hannover-Braunschweig an Staatsminister Alpers, 26.4.1934.

208 BA, Pers 101/48811, Hofmeister an Präsidenten des Zentraljustizamtes Hamburg, 12.5.1948. S. a. Flotho, Bruno Heusinger, S. 364 f.

209 BA, Pers 101/48812, Beurteilung des Oberlandesgerichtspräsidenten Braunschweig, 25.1.1937.

210 So Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 173.

211 S. a. Köckritz im Vergleich mit anderen OLG-Präsidenten dieser Zeit, S. 197.

> Warum hat Heusinger, der nach übereinstimmendem Urteil als glänzender Jurist angesehen wurde, keine Anzeige [gegen die politisch Verantwortlichen, d. Verf.] erstattet? Sah er, daß eine Anzeige keinen Nutzen mehr haben würde? Dann wußte er, daß er einem Unrechtsstaat diente. Warum quittierte er nicht dann den Dienst und ließ sich als Rechtsanwalt nieder, was ihm ein Leben ohne größere materielle Sorgen ermöglicht hätte?[212]

Heusinger selbst hat auf genau diese Frage in einer wohl im Ruhestand geschriebenen Abhandlung unter dem Titel *Warum ich im Jahre 1933 meine Ernennung zum Oberlandesgerichtspräsidenten in Braunschweig hingenommen habe* geantwortet: Das Richteramt sei für ihn stets mehr als ein „Job" gewesen. Er habe es unmöglich einfach aufgeben können und sich zur Fortführung berechtigt gefühlt, weil er als Präsident bewiesen habe, dass er bereit sei, seine Verantwortung zu tragen.[213]

Heusinger hat sein Verhalten darüber hinaus wohl selbst kritisch gesehen und den fehlenden Mut zu einem konsequenten Bruch mit dem Regime und damit auch mit der einmal gewählten bürgerlichen Existenz, der freilich ja auch Auswirkungen auf seine Frau und drei Kinder gehabt hätte, sehr tief empfunden. Als er 1948 gebeten wurde, erneut Präsident des Oberlandesgerichts Braunschweig zu werden, war er voller Selbstzweifel und Bedrückung, ob er diese herausgehobene Position angesichts seines Verhaltens 1933/34 wirklich annehmen dürfe.[214] Er tat es schließlich, wurde 1955 dann sogar Präsident des größeren Oberlandesgerichts in Celle, um 1960 schließlich als Wunschkandidat seines Vorgängers zweiter Präsident des BGH zu werden.

Wie die Situation am BGH sich für Heusinger 1960 darstellte, erhellt aus einem Brief, den Heinrich Jagusch dem noch nicht entschiedenen Heusinger schrieb. Jagusch gab darin dem Wunsch vieler seiner Kollegen Ausdruck, Heusinger möge das ihm angebotene Amt doch annehmen, weil man andernfalls schwierige Zeiten auf den BGH zukommen sehe. Die Lage am BGH beschrieb er folgendermaßen: „Die unglückliche Kontaktschwäche von Herrn W., den ich aber verehre, hat manches schwierig gemacht. Trotzdem finde ich seinen Entschluß als sehr unharmonischen Abschluß, vielleicht als eine Art von Protest, den er noch bereuen wird." Zwar habe ihm Weinkauff seinen Rücktritt in einem langen Gespräch erläutert, überzeugend sei das aber für ihn nicht gewesen, er empfinde ihn nach zehn Jahren gemeinsamer Arbeit „niederdrückend".

> Der BGH mag nicht gerade leicht zu regieren sein. Er ist aber über die Kinderkrankheiten hinaus, hat gut eingearbeitete Senate, einige hervorragende, viele gute Mitarbeiter, nicht übermäßig viele Verzager, einige ‚schwierige' Persönlichkeiten, aber keine ausgesprochenen Krisenherde. Ein künftiger Präsidialrat ist da, die Verwaltung ist eingearbeitet und wohl auch selbständig, obwohl nach meinem Empfinden nicht hervorragend. Die beklagten persönlichen Kontaktschwierigkeiten zum Staatssekretär sind wohl vor allem Personenfragen, auch scheint man ihnen in Bonn

212 Lein, Braunschweiger Justiz im Nationalsozialismus, S. 61–78, hier S. 73.
213 NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 1, Schrift „Warum ich im Jahre 1933 meine Ernennung zum Oberlandesgerichtspräsidenten in Braunschweig hingenommen habe", S. 32 ff.
214 Flotho, Bruno Heusinger, S. 368.

> Rechnung tragen zu wollen. Das gesellschaftliche Leben [am BGH in Karlsruhe, d. Verf.] ist nicht ausgeprägt und daher nicht anstrengend. Das Wohnen dürfte nicht sehr schwierig sein [...] Die Arbeitslast des Präsidenten ist groß, aber wohl nicht größer als Ihre jetzige.

Heusinger möge nicht übereilt entscheiden, aber bitte nach Karlsruhe kommen.[215] Dem schloss sich auch Bundesrichter Fritz Hauß an, der Heusinger mitteilte, wie sehr sich alle Karlsruher Richter wünschten, dass er Präsident würde: „In dem sonst selten einigen Chorus der Mitglieder des BGH habe ich in diesem Punkt keine Gegenstimme gehört." Zudem wies er darauf hin, dass sich die Wohnsituation in Karlsruhe wesentlich entspannt habe. Sollte die Stadt ihm aber kein adäquates Angebot machen können, empfahl er eine Anfrage in Baden-Baden, wo man bemüht sei, möglichst viel Prominenz in die Stadt zu locken.[216] Als Heusinger dann von allen Seiten gedrängt endlich zusagte, war einer der ersten Gratulanten Fritz Bauer, der ihn aus Braunschweiger Zeiten noch in bester Erinnerung hatte und nun in warmen Worten bekannte, wie sehr ihn Heusingers Wahl im Richterwahlausschuss befriedigt habe.[217] Bauer und Heusinger verband eine lebenslange gegenseitige Hochachtung, seitdem Heusinger Bauers Wiederanstellung nach dem Krieg unterstützt hatte.[218]

Abb. 7: Bruno Heusinger (links) und Fritz Bauer (Mitte) Quelle: Festschrift OLG Braunschweig *Justiz im Wandel*, S. 429

215 NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 13, Jagusch an Heusinger, 7.1.1960.
216 NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 12, Hauß an Heusinger, 8.2.1960.
217 NLA Wolfenbüttel, Best. 333N, Zg. 2016/1 Nr. 8, Bauer an Heusinger, 10.3.1960. S. a. ebd. Bauer an Heusinger, 4.5.1955. Nach Heusingers Berufung an die Spitze des OLG Celle versprach Bauer Heusinger in diesem Brief, in Braunschweig weiterhin so zu handeln, als ob Heusinger nach wie vor bei ihm in Braunschweig sei.
218 Zeitzeugeninterview mit Lutz Heusinger, Marburg, 8.1.2024.

Mit Heusinger bekam nun der Karlsruher Gerichtshof eine völlig anders geartete Führung: Heusinger war nicht wie Weinkauff groß und „stattlich“, sondern eher klein, unauffällig und „stellte nichts vor“, wie der Bibliothekar des BGH einmal resümiert hat. Aber er war den Menschen sehr zugewandt, schuf leicht Vertrauen, konnte zuhören und sich freundlich auf ein Gespräch mit jedem Mitarbeiter am BGH einlassen.[219] Das Geheimnis der von so vielen besonders gelobten Führungsfähigkeit Heusingers lag wohl in einer Mitarbeiterkartei, die der neue Präsident führte. Sie verzeichnete für jeden seiner Richter nicht nur biographische Kerndaten, sondern immer wieder auch Gesundheitszustand, Themen, über die man sich zuletzt unterhalten hatte, neueste Veröffentlichungen, Gewohnheiten und Vorlieben der Ehefrau, ja sogar die Zahl der schon vorhandenen Enkelkinder. Auch Hinweise zur fachlichen Qualifikation oder die Ergebnisse von Personalgesprächen mit den Senatspräsidenten wurden hin und wieder notiert.[220] So konnte er sich vor jedem Gespräch schnell über alle wichtigen beruflichen und privaten Anknüpfungspunkte seines Gesprächspartners orientieren.

Wohnung nahm er in einem Haus in Karlsruhe-Durlach, beanspruchte darin aber nur eine Etage. Wohneigentum hat er nie erworben.[221] Heusinger war nicht nur ein glänzender Jurist, er hatte auch weitere Interessen: Er fuhr gerne Ski und war Mitglied im deutsch-österreichischen Alpenverein.[222] Kunst, Dichtung und vor allem Geschichte interessierten ihn in hohem Maße.[223] Das alles machte ihn nahbar und beliebt. Kein Wunder, dass die Kolleginnen und Kollegen ihm nach acht Dienstjahren zum Abschied eine Festschrift widmeten,[224] in der sie sich für die gute Zeit mit ihm als Präsidenten bedankten, und die Stadt Karlsruhe ihn einlud, sich im Goldenen Buch der Stadt zu verewigen.[225]

Schon bei seiner Antrittsansprache wurde der neue Geist deutlich, der nun in das Haus einzog. Heusinger begann damit, wie sehr er geprägt sei durch die erschütternde Erfahrung vom „Einbruch einer unrechttuenden Obrigkeit in unsere Welt“, um dann auf das Naturrecht als Gegenmittel zu sprechen zu kommen – sicherlich eine Reverenz an seinen Vorgänger. Er wies Weinkauffs Ideen zwar nicht zurück, schloss sich ihnen aber auch nicht an. Vielmehr stellte er das Gewissen in den Vordergrund und konstatierte, dass „Gewissenstreue nicht der Gesetzesunterworfenheit aufgeopfert werden darf“. Religiös aufgeladenes Vokabular prägte nicht nur diese Rede des gläubigen Protestanten, und am Ende rief er sogar aus: „Möge der ewige Richter, unter dessen Gericht wir alle stehen, das Werk unserer Hände fördern!“ Aber entscheidend war, dass er bei allen seinen Überlegungen das Grundgesetz in den Mittelpunkt stellte:

219 Kirchner, Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 116.
220 NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 6, Kartei BGH.
221 Fischer, Zwischen Göttingen und Karlsruhe, S. 33–46, hier S. 38–40. Nach der Erinnerung seines Sohnes Lutz Heusinger im Interview am 8.1.2024 war das Haus von privaten Eigentümern angemietet.
222 BA, Pers 101/48812, Personalblatt.
223 Glanzmann, Geleitwort, S. 9–16, hier S. 15.
224 Glanzmann, Ehrengabe für Bruno Heusinger.
225 Von Heuss bis Heusinger, in: *Badische Presse*, 10.4.1968.

> Wir dürfen glücklich sein, daß die Rechtsstaatlichkeit unseres heutigen Gemeinwesens uns vor solchen Zerreißproben weitgehend abschirmt. Die wesentlichen Normen unseres Gemeinschaftslebens sind im Grundgesetz in positives Recht transformiert. Wir bekennen uns im Grundgesetz dazu, daß die Würde des Menschen unantastbar und von aller staatlichen Gewalt zu schützen und zu achten ist, daß jeder von uns das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit hat, daß die Freiheit des Glaubens und des Gewissens, auch im politischen Raum, unverletzlich ist, daß niemand gegen sein Gewissen zum Kriegsdienst mit der Waffe gezwungen werden kann. Wir bekennen uns zur Meinungs- und Pressefreiheit, zur Freiheit von Kunst, Wissenschaft und Forschung und zu allen den anderen Grundwerten eines menschenwürdigen Daseins, die im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes bezeichnet sind.

Ob es darüber hinaus eines übergesetzlichen Sicherungsinstrumentes bedürfe, das Weinkauff im Naturrechtsbezug gesehen hatte, ließ er offen. Wohl aber bekannte er sich angesichts des rasanten technischen und gesellschaftlichen Wandels zur bedeutenden Rolle des Richterrechts, das Gesetzeslücken ausfüllen müsse, den Wertewandel einzufangen habe und im Strafrecht heilend, nicht nur strafend wirken möge. Der Richter bedürfe eines „scharfen Blickes für die Veränderungen der Zeit, für die Wandlungen der Welt, für die Verschiebungen der sozialen und wirtschaftlichen Kräfte, wenn er nicht der Gefahr des Ewiggestrigen erliegen will.“[226] Das Reichsgericht und die Tradition spielten im Übrigen in Heusingers Ausführungen über sein Amtsverständnis keinerlei Rolle mehr. Das nun waren ganz andere Ansichten als bei Hermann Weinkauff, neue Aussichten für das Gericht, auch wenn Heusinger früher einmal konservative Ansichten mit ihm geteilt haben mochte.[227]

Allerdings bewahrte auch ihn dies nicht vor kritischen Nachfragen, die seine atemberaubende Karriere zu Beginn der NS-Zeit geradezu provozierte. Während sich 1962 Bundesanwaltschaft und BGH mit dem Skandal um den kürzlich berufenen Generalbundesanwalt Fränkel mühten, erschien in der *WELT* ein Leserbrief eines Dr. Vöges – wie sich bald herausstellen sollte, ein Kollege am Berliner Verwaltungsgericht. Vöges gab zu bedenken, dass man sich wohl kaum über den Fränkelskandal wundern müsse, wenn es möglich sei, dass ein schwer belasteter Karrierist des NS-Staates auch heute noch unschwer Präsident eines obersten Bundesgerichts werden könne. Der Anwurf, gegen den sich Heusinger mit Hilfe von Staatssekretär Walter Strauß und dem ehemaligen Bundesjustizminister Thomas Dehler sofort öffentlich wehrte und für den sich *DIE WELT* wie der Präsident des Bundesverwaltungsgerichts entschuldigte, rief

226 Heusinger, Ansprache von Bruno Heusinger, S. 53–60, Zitate S. 56 und 58.

227 So etwa Anfang der 1950er Jahre seine Absage an die Anwendbarkeit des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 für die deutsche Justiz oder auch seine Mitgliedschaft im konservativen Heidelberger Kreis, der sich für eine Begnadigung von Kriegsverbrechern einsetzte, die, damals aber von allen Parteien (auch der SPD) und vielen gesellschaftlichen Großgruppen gefordert wurde. Eine fortgeführte Betätigung in dieser Hinsicht ist nicht bekannt. S. Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 56 f.

keinen neuen Skandal hervor, aber Heusinger sah darin schon einen erheblichen Schaden für den BGH, an „dem etwas Ungünstiges haften bleiben“ würde.[228]

Heusingers Amtszeit war in der Folgezeit geprägt von nicht wenigen Konflikten mit dem Bundesjustizministerium, weil er die Unabhängigkeit seines Gerichtes wahren und eine immer mehr befürchtete Zurücksetzung gegenüber dem Bundesverfassungsgericht abwenden wollte. 1963 wandte er sich sogar an das Bundespräsidialamt und beklagte, dass allerorten das Bundesverfassungsgericht als oberstes Gericht, das auch dem Bundesgerichtshof vorgesetzt sei, angesehen werde. Auch protokollarisch würden die Präsidenten der obersten Bundesgerichte dem Bundesverfassungsgericht immer mehr nachgeordnet und bei offiziellen Anlässen in hintere Sitzreihen verbannt. Diese Zurücksetzung der obersten ordentlichen Justizorgane sah er als fortdauernde Folge der nationalsozialistischen Abwertung der Justiz, die noch immer nicht hinreichend rückgängig gemacht sei. Das zeige sich unter anderem auch in dem ungerechtfertigterweise niedrigeren Gehalt, das BGH-Richter im Vergleich zu Richtern am Bundesverfassungsgericht bekämen. Aufmerksam beobachtete er, wie der Präsident des Bundesverfassungsgerichts über den BGH sprach und intervenierte, wenn er eine Zurücksetzung seines wie der anderen Bundesgerichte erblickte, die im Übrigen seinen Kurs befürworteten.[229] Dabei war er aber um konstruktive Beziehungen zum Bundesverfassungsgericht sehr bemüht, die bis 1960 nach Ansicht des Verfassungsrichters Gerhard Leibholz kaum bestanden hatten.[230] Mit den Leitungen der anderen oberen Bundesgerichte stand er dazu in ständigem Austausch.

Der „Schutz des Freiheitsbereichs des Bürgers in der modernen Massengesellschaft, obendrein in einem Gemeinwesen, in dem obrigkeitsstaatliche Vorstellungen längst nicht ausgestorben sind“, war ihm nach Bundesrichter Roderich Glanzmann besonders wichtig. Naturrechtliche Argumentationen bemühte er dafür nicht mehr. Guten Kontakt hielt er zum Zentralrat der Juden in Deutschland unter dessen Generalsekretär Hendrik George van Dam, der Heusinger und seinen Einfluss auf die Wiedergutmachungsrechtsprechung im BGH sehr schätzte.[231] Das Dauerproblem der Arbeitsüberlastung insbesondere der Zivilsenate konnte auch er nicht wirklich lösen, nutzte aber alle Mittel, um sich Gehör zu verschaffen. So hielt er nicht nur engen Kontakt mit

228 S. den Schriftwechsel dazu in NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 2. Der Leserbrief von Vöges erschien in der Zeitung *DIE WELT* vom 20.7.1962. Dehler und Strauß gaben regelrechte Ehrenerklärungen für Heusinger ab und betonten dabei seinen Einsatz für NS-Verfolgte in Braunschweig wie auch seine Konflikte mit Alpers. S. aus Briefen an die Redaktion. Vorwurf ohne Grundlage, in: *DIE WELT*, 23.7.1962.

229 BA, B 283/1000043, BGH-Präsident an Bundespräsidialamt z. Hd. Ministerialrat Nöller, 13.3.1963, BGH-Präsident an Staatssekretär Hans Globke, 24.9.1963, BGH-Präsident an Direktor des MPI für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 14.1.1964, BGH-Präsident an BMJ, 16.1.1964, BGH-Präsident an Präsident Bundesverfassungsgericht, 6.3.1964.

230 NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 14, Leibholz an Heusinger, 16.3.1960.

231 NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 9, Van Dam an Heusinger, 24.4.1968. Zu van Dam s. Sinn, Jüdische Politik, S. 84–115.

der Presse, die ihn dafür auch schätzte, sondern verfasste und veröffentlichte als erster und bislang einziger Präsident in seinen letzten Amtsjahren 1965 bis 1968 jährlich einen *Jahresbericht für den Bundesgerichtshof*,[232] mit dem er auf die Arbeit seines Gerichtes und seine von der Legislative nicht gelösten Probleme aufmerksam machen wollte. Auch verstärkte er die internationalen Kontakte des BGH: Vertreter von 36 Staaten wurden in seiner Amtszeit im BGH empfangen, mit der italienischen Justiz etablierte er eine besonders enge Kooperation.[233] Als Heusinger 65 Jahre alt wurde, widmete die Hörfunksendung *Aus der Residenz des Rechts* ihm einen eigenen Beitrag. Darin wurde betont:

> Diese heutige Justiz hat nicht mehr die Aufgabe, mit dem Rücken gegen die Wand überkommene Wertordnungen um ihrer selbst willen zu verteidigen. Sie soll vielmehr die Rechtsvorschriften aus vergangenen Zeiten anwenden, im Geist des Grundgesetzes und dabei den demokratischen Pluralismus unserer industriellen Gesellschaft berücksichtigen. Das ist eine sehr schwierige Entwicklung, die auch innerhalb des Bundesgerichtshofes noch im vollen, bei weitem nicht abgeschlossenen Werden begriffen ist. Aktiv nimmt Präsident Heusinger an dieser Entwicklung [...] teil.[234]

Robert Fischer

Mit Robert Fischer trat 1968 schließlich ein Präsident die Nachfolge von Bruno Heusinger an, der noch in unseren Untersuchungsrahmen fällt, weil er schon seit Anbeginn 1950 Bundesrichter am Bundesgerichtshof gewesen ist. Und mehr als das: Er war der erste aus dem Hause selbst berufene Präsident, was an sich schon eine Zäsur in der Entwicklungsgeschichte des BGH darstellt. Vor allem aber zeigt sich in und mit ihm die hier untersuchte Weiterentwicklung des BGH in den 1950er und 1960er Jahren *in persona*.

Der 1911 in Gießen geborene Fischer stammte aus einem Professorenelternhaus und hatte in Tübingen, Breslau und Jena Rechtswissenschaften studiert. Die beiden Staatsprüfungen hatte er 1934 und 1938 mit Auszeichnung absolviert, war dann aber nicht in den Staatsdienst getreten, sondern zur Deutschen Bank gegangen. Das hatte zur Folge, dass Fischer dem Druck auf politische Betätigung im Sinne der NSDAP vergleichsweise gut ausweichen konnte: Er wurde nie Mitglied der NSDAP, war lediglich kurzzeitig in der SA, und zwar im Zuge der Überführung von Mitgliedern des Stahlhelm, trat dort aber bereits 1934 wieder aus. So gehörte er lediglich seit 1934 der juristischen Standesorganisation, dem NSRB, an, aber ohne jedes Amt oder Funktion. Den Krieg machte er als Offizier von Anbeginn mit, war in Norwegen, dann an der Ostfront eingesetzt und wurde mehrfach verwundet. Schließlich geriet er in amerikani-

232 Jahresbericht 1965, 1966, 1967 und 1968/69 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1965–1970.
233 Glanzmann, Geleitwort, S. 9–16.
234 SWR Hörfunkarchiv, W1530997, BGH-Präsident Bruno Heusinger 65 Jahre alt.

sche Kriegsgefangenschaft. Weder in den Friedensjahren des „Dritten Reiches“ noch im Krieg selbst hatte er sich mit dem Regime in einer Weise eingelassen, die nach 1945 irgendwie als politische Belastung hätte angesehen werden können.[235] Damit war er der erste Präsident, der ohne angreifbares, politisch relevantes Verhalten in seiner Vergangenheit ins Amt kam – auch das stellt eine Zäsur in der Geschichte des BGH dar.

Seine beruflichen Leistungen entsprachen dem bereits dargelegten Standard am obersten Straf- und Zivilgericht der Bundesrepublik, und zwar in besonderem Maße. Nach dem Krieg war er dann doch in den Staatsdienst gewechselt, erst Assessor und 1946 Landgerichtsrat am Landgericht Göttingen geworden, schon 1947 wurde er Landgerichtsdirektor, 1950 hatte er es bereits zum ständigen Vertreter des Landgerichtspräsidenten geschafft. Seine aus dieser Zeit resultierenden Zeugnisse waren exzellent. Dem Landgerichtspräsidenten galt er als „Jurist von seltenen Gaben“ und zudem hielt er – ebenso wichtig – fest: „Seiner grossen [sic] Arbeitskraft ist keine Belastung zu viel.“ Auch wissenschaftlich betätigte er sich und hielt Vorlesungen an der Universität. Eigentlich hatte er schon in seiner Zeit als Mitarbeiter der Deutschen Bank vorgehabt zu habilitieren, doch dann war der Krieg dazwischengekommen. Nun hielt er Verbindung zur Universität Göttingen, wo er nebenher auch als ständiger Vertreter des Kurators der Universität fungierte.[236] Auch später noch war ihm die Verbindung zur Wissenschaft, gleichsam seiner zweiten Leidenschaft, wichtig. Einen Ruf an die Universität Köln lehnte er nach einigem inneren Ringen 1962 jedoch ab, obwohl man ihn dort für einen „der besten Richter Deutschlands“ hielt.[237]

Zum 1. November 1950 wurde er mit 39 Jahren bereits Bundesrichter und zog mit seiner Frau und schließlich sechs Kindern nach Karlsruhe in eine stets zu kleine Wohnung. Auch hier, am neuen Wirkungsort, setzte sich seine Karriere fort: 1963 wurde er Vorsitzender des II. Zivilsenates, 1968 dann als Nachfolger Heusingers Präsident des BGH.

1960, als zum 10-jährigen Bestehen des BGH das Erweiterungsgebäude eingeweiht wurde, hielt Fischer eine vielbeachtete öffentliche Rede, die ihm schon damals den Ruf eines geborenen Nachfolgers für Heusinger einbrachte. Darin sprach er sich für eine behutsame Entwicklung des Richterrechts aus, die Rechtssicherheit gewährleiste, und distanzierte sich von „einfallsreicher Originalität“ in der richterlichen Praxis.[238] Das durfte man wohl als Skepsis gegenüber der von Weinkauff bis dahin geförderten naturrechtlich fundierten Rechtsprechung verstehen.

---

235 Sein Lebenslauf erhellt aus BA, Pers 101/75834, Personalblatt; BA, Pers 101/75836, Personalblatt und BA, Pers 101/75838, Lebenslauf, 12.6.1945.

236 BA, Pers 101/75836, Personalblatt mit Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Göttingen, 21.10.1949.

237 Der neue Hausherr, in: *StZ*, 13.2.1968. S. a. UA Köln, Zug. 598, Nr. 51, Berufungsliste vom 28.6.1961 und Fischer an Prof. Lange, 19.6.1962.

238 Fischer, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. S. a. Schlüsselübergabe, in: *BNN*, 17.10.1960. S. a. zur Rezeption: Der neue Hausherr, in: *StZ*, 13.2.1968.

Am BGH erfuhr er schon bald höchste fachliche und menschliche Wertschätzung. Fischer war eher zurückhaltend und bescheiden, freundlich, aber nach außen bisweilen auch reserviert. Der Bibliothekar des BGH erinnerte ihn in grauen Anzügen, die ihm eine vornehme Note gegeben hätten. Für die Mitarbeiter des Hauses und Kollegen hatte er immer ein offenes Ohr, begegnete ihnen ganz unprätentiös. Seinem Fahrer war er menschlich verbunden.[239] Mit Fischer, der schon früh gelernt hatte, sich von Autoritäten abzusetzen und auch gegen Widerstände seine eigene Meinung zu vertreten,[240] gewannen das Gericht und seine Richter mehr innere und geistige Freiheit. Vor allem konnte er seine seit Jahren am Gericht gepflegten Auffassungen über die freiheitliche Demokratie nun an prominenter Stelle voranbringen. Das zeigte sich nicht nur in seiner eigenen Judikatur zum Unternehmensrecht im II. Zivilsenat, wo er sich bald von der Tradition des Reichsgerichts absetzte und eine eigene BGH-Tradition erschaffen hat.[241] In einem seiner sehr seltenen Interviews erklärte er 1975 einmal seine Grundanschauungen, mit denen er den BGH zu führen versuchte:

> Ein Richter, namentlich ein Richter eines obersten Gerichtshofes, sollte als Kind seiner Zeit judizieren. Er sollte das aufnehmen, was in der Rechtswirklichkeit an Erwägungen, Gedanken, Meinungen laut sowie an Rechtsauffassungen geltend gemacht wird, und es berücksichtigen und in seinem Urteil irgendwie mitschwingen und mit in Erscheinung treten lassen.

Recht und (öffentliche) Moral dürfe man nicht miteinander vermengen: „Was moralwidrig ist, braucht längst nicht strafwürdig zu sein“, war seine Meinung. Es sei eine Tatsache und gut, dass die Richter am BGH seit jeher sehr verschieden seien und somit die verschiedenen gesellschaftlichen Strömungen abbildeten. Das trete dann in den Urteilsberatungen zu Tage und mache die Dinge oft kompliziert, doch sei das in der Demokratie unabdingbar. Er sei seit jeher skeptisch gegenüber der vom ersten Präsidenten geförderten Naturrechtsidee gewesen, die eben auch nur eine Zeitströmung geblieben sei. Sehr bald sei klar geworden, dass die Wertordnung des Grundgesetzes der einzig wichtige und sichere Grund sei, auf dem der BGH judizieren könne. Selbst überzeugter evangelischer Christ, konstatierte Fischer, dass ein Richter sich niemals in den Dienst einer kirchlichen Wertordnung stellen könne, weil er für alle, auch Nichtchristen, gleichermaßen glaubwürdig und objektiv bleiben müsse. Von daher lehnte er es auch ab, zu Fragen wie dem Umgang mit dem damals hoch umstrittenen Abtreibungsparagraphen 218 des Strafgesetzbuches Stellung zu nehmen. Ein Richter müsse „vorsichtig und zurückhaltend“ sein, dürfe nicht „allzu forsch und allzu

239 Der neue Hausherr, in: *StZ*, 13.2.1968; Zur Person: Robert Fischer, in: *StN*, 14.3.1968. S. a. Kirchner, Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 118.

240 Fischer, Zwischen Göttingen und Karlsruhe, S. 33–46, hier S. 45 berichtet, dass Robert Fischer es schon am Landgericht Göttingen in der Präsidentenkammer gewagt habe, dem Präsidenten deutlich zu widersprechen, was unter den damaligen autoritär ausgerichteten Verhältnissen eine Besonderheit war.

241 Weiß, Der Richter hinter dem Recht, S. 483, 488.

schnell“ zugreifen. Einem Nachfolger wollte er mit auf den Weg geben: „Immerdar bemüht zu sein, daß es in diesem Gericht ganz demokratisch zugeht.“[242] In der *BNN* resümierte man 1975 wohl treffend: „Fischers Haltung ist wertfreier als die seiner Vorgänger, aber deshalb doch nicht ohne Prinzipienfestigkeit. Geradezu sensationell wurde sein vor der Öffentlichkeit ausgesprochener Grundsatz empfunden, daß der Richter kein Erzieher des Volkes sei.“[243] Welch einen Wandel hatte ein Richter wie Fischer, der seit 1950 am BGH tätig war, demnach miterlebt und mitgestaltet!

Personalgewinnung

Die wohl wichtigste Aufgabe dieser drei Präsidenten war es, die dem BGH vom Richterwahlausschuss, vom Bundesjustizminister und Bundespräsidenten zugeteilten Richterinnen und Richter in den Spruchkörper zu integrieren und ihnen zusammen mit den Senatspräsidentinnen und Senatspräsidenten die spezifische revisionsrichterliche Praxis so schnell wie möglich nahezubringen, sofern sie über einschlägige Erfahrungen auf diesem Gebiet noch nicht verfügten. Ein baldiges reibungsloses „Funktionieren“ war schließlich angesichts der permanenten Rückstände gerade im Zivilrecht ein unbedingtes „Muss“. Beides aber war keine leichte Aufgabe, und immer wieder machte man in Karlsruhe die Erfahrung, dass die Zuweisung und Vereidigung eines Richters noch längst nicht bedeutete, dass dieser wenigstens für längere Zeit auch beim BGH blieb.

Die erste Hürde war bereits die Frage des Umzugs nach Karlsruhe. Für viele Richter war gerade auch in der Anfangszeit des Gerichts ein Umzug nach Karlsruhe nicht nur wegen der damit verbundenen Kosten und der erforderlichen familiären Dispositionen ein Problem, sondern auch, weil der in Karlsruhe angebotene Wohnraum ihren Erwartungen und Bedürfnissen nicht entsprach. Erwartet wurde vor allem ein günstiger Wohnraum, und Bedarf bestand an hinreichend großem Wohnraum, weil neben der eignen, engeren Familie, die schon oft mehr als vier Köpfe umfasste, auch noch Eltern oder Schwiegereltern oder Großeltern mit untergebracht werden mussten, die zum Beispiel auf der Flucht aus dem Osten ihr Zuhause verloren hatten. Manche hatten sich vor diesem Hintergrund gerade andernorts halbwegs hinlänglich eingerichtet und wollten das Erreichte nicht gleich wieder wegen des Rufes nach Karlsruhe aufgeben, zumal die bis zum Umzug gezahlte Trennungsgeldentschädigung manch eine finanzielle Lücke stopfen half. Das Ministerium wie der Präsident des BGH drängten gleichwohl auf Präsenz vor Ort, um über die Arbeitskraft möglichst uneingeschränkt verfügen zu können. Das führte in nicht wenigen Fällen zu Konflikten.

Bei Georg Kuhn, der als Ostflüchtling galt und vom Obersten Gerichtshof für die Britische Zone in Köln nach Karlsruhe kommen sollte, eskalierte die Auseinanderset-

242 Das Recht mit Inhalt füllen, in: *Lutherische Monatshefte*.
243 Silbernes Jubiläum, in: *BNN*, 27.9.1975.

zung. Er war von Erik Wolff protegiert worden, der sich bei Thomas Dehler ebenso wie bei Wilhelm Laforet für ihn verwandt hatte, und war nach einem gescheiterten Anlauf endlich im Richterwahlausschuss 1951 gewählt worden.[244] In Karlsruhe waren ihm aber die Mieten zu hoch. Seine Familie konnte er in der angebotenen Wohnung nur unterbringen, wenn man die für Dienstmädchen geplanten Mansarden im Haus nutzte, was er für unangemessen und eine sittliche Gefahr für seine kränklichen Kinder hielt. Das ganze Jahr 1952 währte der Streit, über den Weinkauff dem Ministerium entrüstet berichtete. Im Februar schrieb er,

> daß die Verhandlungen mit Dr. Kuhn sich stets ausgesprochen schwierig gestalten und daß es großer Geduld und Selbstbeherrschung bedarf, überhaupt mit ihm zu verhandeln. Er hat mir – wie ich schon berichtet habe – damit gedroht, er würde, wenn man seinen Wohnungswünschen nicht Rechnung trage, aus dem Bundesdienst zurücktreten.

Noch im Dezember empörte er sich, dass Kuhn sich direkt an das Ministerium gewandt hatte:

> Nach alledem halte ich den Antrag des Bundesrichters Kuhn nicht nur für handgreiflich unbegründet, sondern darüberhinaus für grob ungehörig, ja für ein geradezu unmögliches und mit der Stellung eines hohen Richters völlig unvereinbares Verhalten. Es läßt sich nur durch seine ständige Überreiztheit und durch seinen absoluten Mangel an Takt erklären.[245]

Am Ende ließ sich die Wohnungsfrage befriedigend regeln, Kuhn blieb und wurde zu einer wertvollen Arbeitskraft am Gericht.

Doch auch wenn diese Hürde genommen war, stellte sich in dem ein oder anderen Fall heraus, dass nicht jeder Richter, anders als erwartet, überall einsetzbar war und angesichts der personellen Mangellage dann Dispositionen getroffen werden mussten, die man unter anderen, besseren Verhältnissen zu vermeiden gesucht hätte. Ein Beispiel dafür ist die Besetzung des 2. Strafsenats, der 1954 wenigstens auch übergangsweise erstinstanzliche Staatsschutzsachen mitübernehmen sollte. Erste Versuche zeigten, dass wegen der mangelnden Einarbeitung in politische Strafsachen das Arbeitstempo im Senat zu langsam war, weil die Polizei, Verfassungsschutz, Bundesanwaltschaft und Untersuchungsrichter nicht gut eingespielt waren. Vor allem aber sah Weinkauff das Problem im Vorsitzenden des 2. Strafsenats Dagobert Moericke. Der ehemalige Oberstaatsanwalt bei der Reichsanwaltschaft am Reichsgericht, der wegen seiner langjährigen Erfahrung dort noch in hohem Alter nach Karlsruhe berufen worden war, hatte nämlich

> keine praktischen Erfahrungen auf dem Gebiet der erstinstanzlichen politischen Strafsachen. Diese Dinge bereiten ihm bei seinem vornehmen, sensitiven, zarten und skrupelhaften Charakter, bei seiner übergründlichen, überaus eingehenden Arbeitsweise, bei seinem vorgerückten Alter

244 Griess, „Im Namen des Rechts“, S. 136, 138; Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 186 f.
245 BA, Pers 101/39827, Weinkauff an BMJ, 25.2 und 17.12.1952.

> und bei seiner zarten Gesundheit offenbar solche Schwierigkeiten, daß man ernstlich Sorge für seine Arbeitsfähigkeit haben muß. Bei dem stellvertretenden Vorsitzenden bestehen andere, die reibungslose Zusammenarbeit stark gefährdende Schwierigkeiten, auf die ich hier nicht im einzelnen eingehen möchte,

berichtete Weinkauff nach Bonn. Den Ausweg aus dieser schwierigen Situation sah er in der Bildung eines neuen erstinstanzlichen Strafsenates, der mit erfahrenen Leuten, die schnell arbeiten könnten, gebildet werden müsse. Als geeignet sah er die Bundesrichter Friedrich-Wilhelm Geier, Paul-Heinz Baldus, Fritz Sauer, Günther Willms, Heinrich Jagusch und Ludwig Martin an: „Das wäre m. E. die beste Besetzung, die der Bundesgerichtshof gegenwärtig überhaupt für diesen Senat zur Verfügung stellen könnte. Der Senat könnte sich völlig auf die erstinstanzlichen Strafsachen konzentrieren." Der bisherige 2. Strafsenat würde sich dann mit den Revisionen befassen.[246]

Es mögen solche oder ähnliche Erfahrungen gewesen sein, die verbunden mit der sehr hohen Arbeitslast am BGH den einen oder anderen dann dazu veranlasst haben, schon nach kurzer Zeit nach Mitteln und Wegen zu suchen, um vom BGH wieder wegzukommen. Bundesrichter wie Max Güde, der Generalbundesanwalt wurde, oder Erwin Stein und Anton Henneka, die Richter am Bundesverfassungsgericht wurden, lockte gewiss das besonders prestigeträchtige Amt – sie hätten bei einem Verbleiben mit ihren sehr fortschrittlichen Ansichten mit Sicherheit am BGH auch bemerkenswerte Akzente setzen können. Andere kamen mit der revisionsrichterlichen Tätigkeit nicht zurecht oder litten unter der hohen Arbeitslast. Der erste derartige Fall dürfte der gleich als Senatspräsident vorgesehene Wilhelm Schelb gewesen sein, ein alter Zentrumsanhänger, der stets deutlich Distanz zum Nationalsozialismus gehalten hatte. Er war gerade Präsident des Landgerichts Karlsruhe geworden, als ihn seine Berufung an den BGH traf. Doch schon wenige Monate später bat er den Karlsruher Oberlandesgerichtspräsidenten Martens auf seine noch freie Stelle am Landgericht Karlsruhe zurückkehren zu dürfen, weil es ihm am BGH überhaupt nicht gefiel.[247]

Wenig später wechselte der wie Schelb 1950 ernannte Bundesrichter Walter Hartz wieder zurück in seine Heimat und wurde Präsident des Oberlandesgerichts Schleswig.[248] Ein Jahr später, 1952, kam Bundesrichter Hans Hanebeck aus der nordrhein-westfälischen Justiz an den BGH, doch auch er konnte sich mit der Arbeit des Revisionsrichters nicht anfreunden und wollte 1953 wieder zurück nach Hamm, wo er hoffte, Senatspräsident am Oberlandesgericht werden zu können. Für den zuständigen Senatspräsidenten wie für den BGH-Präsidenten wurde die Situation allmählich

246 BA, B 283/1000205, Weinkauff an BMJ, 11.12.1954. Moericke gehörte übrigens zu den Befürwortern einer fortwährenden Anwendung von Kontrollratsgesetz Nr. 10 bei der Verfolgung von NS-Verbrechen. S. Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 59.

247 Zu Schelb s. JMBW, Nr. 1577, Schelb an OLG-Präsident Martens, 7.3.1951. Sein Verhalten in der NS-Zeit erhellt aus STAFR, D 180/2/9731 und GLA 240 Zug. 1987/53, Nr. 745.

248 LA Schleswig, Abt. 605, Nr. 14758, Justizminister Schleswig-Holstein an Ministerpräsident Schleswig-Holstein, 9.4.1968.

schwierig, fürchteten sie doch, dass diese Beispiele Schule machen könnten, und das vor dem Hintergrund eines längst nicht gestillten Personalbedarfs am BGH. An den Bundesjustizminister schrieb Weinkauff, Hanebecks Ansinnen auf Rückversetzung in den Landesdienst müsse unbedingt zurückgewiesen werden, auch wenn er gesundheitliche Gründe wegen des angeblich schlechten Klimas in Karlsruhe geltend mache. „Ein Erfolg seines Gesuches würde sehr rasch bei den in gleicher Weise Betroffenen Schule machen und damit sehr bald wieder zu einer Unterbesetzung des Bundesgerichtshofes führen und das Stadium seines mühevollen Aufbaues niemals beendigen." Hanebeck sei ein guter Richter, er

> verspricht nach seinen bisherigen Leistungen nach Überwindung einer gewissen landsmannschaftlich bedingten Schwerblütigkeit, die eine etwas langsamere Umstellung auf die Tätigkeit des Revisionsrichters im Gefolge hat, ein sehr brauchbares Mitglied seines Senates zu werden, das man unbedingt dem Bundesgerichtshof erhalten sollte.

Weinkauff ergänzte, Hanebeck habe „bei der Einarbeitung hier, wie übrigens sehr zahlreiche andere Bundesrichter, am Anfang einen gewissen Schock erlitten, da er sich das Übermaß von Arbeit und die Schwierigkeit der Umstellung auf das Revisionsrecht ursprünglich wohl nicht in vollem Umfang vorgestellt hatte." Solche Schwierigkeiten verschwänden aber gemeinhin mit der Zeit. Eine gewisse Tendenz, „eine Bundesrichterstelle anzunehmen, um in ihr abzuwarten, ob eine Senatspräsidentenstelle an einem Oberlandesgericht im Landesdienst erlangt werden kann, hat sich hier auch schon anderweitig gezeigt." Das dürfe man nicht zulassen, wenn man den BGH funktionsfähig halten wolle.[249] Am Ende gelang es, Hanebeck zu halten, weil er eine schöne Wohnung in Karlsruhe gefunden hatte und sich allmählich an das Arbeitstempo am BGH gewöhnte.[250] Bei Wilhelm Kregel war das nicht der Fall: Seine Wohnverhältnisse in Karlsruhe bezeichnete sogar der BGH-Präsident 1952 als so schlimm, dass er sich für eine Anerkennung der Wohnung als „Notwohnung" aussprach. 1956 nahm Kregel, dem die revisionsrichterliche Tätigkeit gar nicht gefiel, das Angebot an, Landgerichtspräsident in Verden zu werden, obwohl dies rang- und gehaltsmäßig einen Karriererückschritt für ihn bedeutete.[251] Ein Jahr zuvor war bereits Werner Hülle auf den Posten des Präsidenten des Oberlandesgerichts Celle gewechselt.[252]

In keinem der hier genannten oder anderen Fälle findet sich im Übrigen ein Hinweis darauf, dass ein Richter sich deshalb um Versetzung bemühte, weil er die richterliche Tätigkeit am BGH oder den Kontakt mit den dortigen Kollegen aus politischen

249 BA, Pers 101/48794, Senatspräsident und BGH-Präsident an BMJ, 19. und 21.5.1953.

250 Bei Ludwig Schäfer, der nach nur einem Jahr 1962 seine Bundesrichterstelle aus gesundheitlichen Gründen wieder mit seiner vorigen Stelle als Oberlandesgerichtsrat in München tauschte, gelang dies beispielsweise aber nicht. Dies belegt, dass die Problematik keineswegs nur auf die Anfangszeit des BGH beschränkt blieb. S. BayHSTA München, MJu 26011, Personalblatt.

251 Nds. JM Hannover, 4 K 14, PA Kregel, Weinkauff an BJM, 4.7.1952, Weinkauff an BJM, 12.4.1956.

252 LA Oldenburg, Rep. 940, Akz. 256, Nr. 40, Personalblatt.

oder berufspolitischen Gründen als schädlich für seine Karriere oder seinen Ruf gehalten hätte – im Gegenteil. Bundesrichter Anton Henneka etwa bat den BGH-Präsidenten darum, weiter im 2. Strafsenat des BGH arbeiten zu dürfen, auch wenn er Richter am Bundesverfassungsgericht geworden sei.[253] Bundesrichter Dietrich Lang-Hinrichsen legte bei seinem Wechsel an die Universität Mainz viel Wert darauf, den Titel „Bundesrichter am BGH a. D." weiter führen zu dürfen.[254]

Richterinnen

Für die damalige Öffentlichkeit durchaus erstaunlich und angesichts der Verdrängung von Frauen aus der Berufswelt im Nationalsozialismus auch nicht unbedingt erwartbar, hatte der BGH von Anfang an nicht nur Männer als Richter, sondern auch Frauen – freilich in einer Zahl, die heute als inakzeptabel gelten würde. Die erste berufene Frau war die 1897 geborene Elisabeth Krumme, die gleich 1950 zum BGH kam. Krumme war katholisch, ledig und vor 1933 in der SPD engagiert gewesen. Nach Karlsruhe kam sie vom Deutschen Obergericht für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet.[255] Für die Tätigkeit am BGH brachte sie das mit, was am wichtigsten war. Schon 1928 hatte ihr der Präsident des Oberlandesgerichts Düsseldorf attestiert, sie habe „eine ungewöhnliche, vor keiner Schwierigkeit und keinem Zeitaufwand zurückschreckende Arbeitskraft. Sie hat sich hier bisher bestens bewährt und übersteigt in ihren Leistungen den Durchschnitt ganz erheblich."[256] In Karlsruhe sollte sie beständig bis zu ihrer Pensionierung 1965 im 4. Strafsenat arbeiten und sich unter den Kollegen hohes Ansehen erwerben.[257] Einem Zeitungsbericht in den *Badischen Neuesten Nachrichten* zufolge fühlte sie sich im BGH bald sehr wohl und schätzte die Nähe des Schwarzwaldes, in dem sie sich gut erholen könne. Auf die Frage des Lokalreporters, ob sie sich mehr Frauen als Richterinnen wünsche, antwortete sie, eine Erhöhung des Frauenanteils

> könne und dürfe niemals schematisch nach der Zahl durchgeführt werden, sondern nur nach persönlicher Neigung und Befähigung. Die Mitbestimmung der Frau bei Anwendung der Gesetze könne mitunter unerwartete Ergebnisse zeitigen, wie einige Fälle der Nachkriegsjahre besonders bei Ehescheidungen bewiesen haben, in denen die Frau als Richter viel strenger urteilte, als ihr männlicher Kollege.

253 BA, Pers 101/84322, Henneka an BGH-Präsident, 8.9.1951.
254 S. dazu den Briefwechsel in UA Mainz, Best. 64, Nr. 1726 (4).
255 BA, Pers 101/39825, Personalblatt.
256 BA, Pers 101/39825, Beurteilung des Oberlandesgerichtspräsidenten Düsseldorf, 2.2.1928.
257 BA, Pers 101/39988, Personalblatt. S. a. Seibert, Oberlandesgerichte, in: *JR* (1950), S. 740 f., der von ihr als „hochbegabt" sprach.

Grundsätzlich meinte sie, dass das Gesicht der Justiz immer überwiegend männlich bleiben werde, auch wenn immer mehr Frauen nunmehr Jura studierten. Sie hoffte aber, nicht die einzige Richterin am BGH zu bleiben.[258]

Abb. 8: Senatsausflug, in der Mitte links Bundesrichterin Gerda Krüger-Nieland
Quelle: Privatarchiv Barbara Spengler-Axiopoulos, Heidelberg

Krummes Wunsch sollte sich bald erfüllen: 1951 kam die 13 Jahre jüngere Gerda Krüger-Nieland aus Hamburg an den BGH. Die evangelische Juristin war mit einem bekannten Theater- und Filmregisseur verheiratet und hatte sich in Hamburg als Rechtsanwältin eine Existenz aufgebaut, weil auch nach dem Krieg der Hamburger Oberlandesgerichtspräsident zu wenig Phantasie besaß, sie als Richterin einzusetzen: „Wohin mit einer Frau als Richter?“, soll er intern gefragt haben.[259] Aus der rechtsanwaltlichen Tätigkeit wollte sie eigentlich gar nicht ausscheiden – es bedurfte einiger Überredung von Hermann Weinkauff, den sie noch aus Leipziger Tagen kannte, sie an den BGH zu locken.[260] Krüger-Nieland vertrat die Sache der Frauen in Justizberufen und der Gleichberechtigung weitaus deutlicher als ihre ältere Kollegin Krumme, die

258 Die Frau im roten Talar, in: *BNN*, 19.12.1950.

259 BA, Pers 101/75960, Vermerk BGH-Präsident Weinkauff zu den ruhegehaltsfähigen Dienstzeiten von Gerda Krüger-Nieland, Februar 1958.

260 BA, Pers 101/75961, Lebenslauf, 12.6.1978; Krüger-Nieland, Hermann Weinkauff †, in: *NJW* (1981), S. 2235 f.

noch Wert darauf legte, dass sie als „Frau Richter“ und nicht als „Frau Richterin“ angesprochen werde.[261] „Das Recht ist ein ständiges Wägen der Werte. Eine Frau wird besonders bemüht sein, zu einer Synthese zu kommen“, meinte Krüger-Nieland. Dass gelegentlich über sie geschrieben wurde, sie würde Robe und Küchenschürze ständig wechseln, hielt sie für degoutant: Das ist „Unsinn“, sie könne wegen der hohen beruflichen Belastung gerade einmal die Aufsicht über ihren Haushalt führen.[262] Als sie 1965 erste Senatspräsidentin am BGH wurde, betonte sie in der Presse, wie verräterisch es sei, dass die Ernennung einer Frau zur Senatspräsidentin so viel Aufmerksamkeit errege. Dabei stehe der Gleichheitsgrundsatz im Grundgesetz, und es sei gut, dass der BGH an dieser Stelle mit der Tradition breche, „die ihren Boden in einer überwundenen Vergangenheit hat und deren scharfzüngigster Kronzeuge Schopenhauer heißt.“ [263]

Mit Gerda Krüger-Nieland gewann das Gericht eine Frau, die neue Akzente setzte: Sie hatte jene „distanzierte Freundlichkeit“, die „zu dem Stil der Karlsruher Bundesrichter gehört,“[264] befand ein Journalist. Ein anderer schrieb:

> Im persönlichen Charme, in der Eleganz der Erscheinung und der nüchternen Lebensbetrachtung drückt sich etwas von den außerhalb der Justiz liegenden geistigen und menschlichen Einflüssen aus, die das Bild der neuen Senatspräsidentin mitbestimmen – sicher nicht zum Nachteil des Bundesgerichtshofes.[265]

Ein weiteres Jahr später, 1952, kam die dritte Richterin zum BGH: Else Koffka, geboren 1901, evangelisch, unverheiratet. Sie war vor ihrer Berufung an den 5. Strafsenat in Berlin Hilfsrichterin am Kammergericht Berlin gewesen und zeichnete sich dadurch aus, dass sie seit ihrer Promotion bei ihrem jüdischen Doktorvater Martin Wolff ein starkes wissenschaftliches Interesse entwickelt hatte und gerne an der Universität lehrte.[266] Schon die Beurteilung des Landgerichtspräsidenten in Berlin aus dem Jahre 1934 attestierte ihr, sie sei eine „energische Persönlichkeit, der die charakterlichen Eigenschaften für das Richteramt m. E. zuzusprechen sind“. Wie energisch sie ihre Ansichten vertreten konnte, zeigte sie schon am Kammergericht: Bereits in der ersten Sitzung soll sie ihrem Senatspräsidenten erwidert haben: „Was Sie da reden, Herr Präsident, ist der Gipfel des Quatsches – der Gipfel des Quatsches.“[267] 1951 wurde ihr in einer dienstlichen Beurteilung attestiert, sie sei fachlich „ausgezeichnet“ und bewältige höchste Arbeitslasten – damit waren die wichtigsten fachlichen Voraussetzungen für den BGH also gegeben. Wohl versuchte der Kammergerichtspräsident ihre Berufung an das Bundesgericht noch zu hintertreiben, weil er vorgab, sie sei noch nicht

261 Kirchner, Nochmals: Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 289–296, hier S. 290.
262 Justitia, in: *StN*, 27.3.1965.
263 Die Frau Präsidentin, in: *StZ*, 26.2.1965.
264 Justitia, in: *StN*, 27.3.1965.
265 Erste Senatspräsidentin, in: *RNZ*, 24.2.1965.
266 BA, Pers 101/48845, Personalblatt.
267 Sarstedt, Gisela/u. a., Werner Sarstedt, S. 331.

hinreichend qualifiziert für die Strafjustiz, tatsächlich aber war der Beurteilung deutlich anzumerken, dass der Kammergerichtspräsident durch Koffkas Karrieresprung eine Benachteiligung männlicher Kollegen befürchtete. Doch Koffka überzeugte den Richterwahlausschuss[268] und sollte in Berlin im Laufe ihrer Dienstzeit bekannt werden. Das hing zum einen damit zusammen, dass sie 1964 maßgeblich an einem Urteil beteiligt war, mit dem ein Arzt, der aus sozialen Gründen Frauen sterilisiert hatte, freigesprochen wurde und sie sich für die Rechte von Frauen stark machte.[269] Die katholische Kirche lief gegen das Urteil Sturm, weil es ganz gesetzespositivistisch argumentiere und naturrechtliche Gesichtspunkte überhaupt nicht berücksichtige: Wenn „in der Rechtsprechung mehr und mehr die Autonomie des Menschen zum obersten Grundsatz des Handelns und Denkens gemacht werde, so werde das zur Selbstauflösung der Gesellschaft und des menschlichen Lebens führen," meinte man im Erzbischöflichen Ordinariat in München.[270] Andere hingegen lobten ihren Mut.[271] Zum anderen machte Koffka noch als Pensionärin von sich reden, weil sie zu dem anerkanntermaßen vom Gesetzgeber schlecht gearbeiteten Ergänzungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz (EGOWiG) des Jahres 1969, das im Effekt auch die Beihilfe zu NS-Mordtaten verjähren ließ, in einem wissenschaftlichen Aufsatz Stellung bezog und diese Konsequenz als notwendige Folge des missglückten Gesetzes darstellte.[272] Der Berliner Strafsenat bezog sich in seinen ersten einschlägigen Urteilen dann darauf und verwarf andere Auslegungsmöglichkeiten, die ihm von der Bundesanwaltschaft und dem Bundesjustizministerium nahegelegt wurden, mit der bekannten Folge, dass bei der Verfolgung von NS-Verbrechen die Beihilfe beim Mordmerkmal des Rassenhasses fortan nicht mehr bestraft wurde.[273]

Koffkas Senatspräsident Werner Sarstedt war von ihr in hohem Maße überzeugt und förderte sie, so gut er konnte. In einem Schreiben an Hermann Weinkauff hob er schon 1956 hervor, sie sei

268 BA, Pers 101/48846, Beurteilung des Landgerichtspräsidenten Berlin 1934, Beurteilung des Kammergerichtsrates Neumann, 16.4.1951, Beurteilung des Kammergerichtspräsidenten Berlin, 17.4.1951.

269 So kritisierte sie heftig den ersten Gesetzentwurf der Bundesregierung über die Gleichberechtigung von Mann und Frau 1953, s. Koffka, Zum Gesetzentwurf, in: *JR* (1953), S. 3 f., und setzte sich für die Berücksichtigung sozialer Belange bei der Frage des Schwangerschaftsabbruchs und der Empfängnisverhütung ein, s. Koffka, Zur Reform des Abtreibungsrechts, S. 343–357. Zur Bedeutung der Rechtsprechung s. insbesondere auch Band 2 dieser Studie.

270 Erzbischöfliches Ordinariat, in: *SZ*, 30.10.1964.

271 So kam es zum Freispruch Dr. Dohrns. Diesmal entschied eine Frau mit. Dr. Else Koffka, in: *AZ*, 29.10.1964 und auch die *Bild*-Zeitung äußerte sich positiv: Werden wir ein Volk ohne Kinder?, in: *Bild*, 29.10.1964. Zum Fall Dohrn s. ausführlich Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 110–119 sowie Band 2, Kap. 5.2.2.

272 Koffka, Ist § 50 Abs. 2 StGB n. F., in: *JR* (1969), S. 41 f.

273 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 446; Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 414. S. weiterführend aber vor allem Band 2, Kap. 1.2.5.

> eines der hervorragendsten Mitglieder des Bundesgerichtshofs überhaupt. Als solches ist sie schon dadurch gekennzeichnet, daß sie der Großen Strafrechtskommission angehört. […] Frau Dr. Koffka ist als Schülerin von Kohlrausch mehrfach durch wissenschaftliche Arbeiten hervorgetreten. Sie hat als Rechtsanwältin und Richterin lange Zeit sowohl auf zivilrechtlichem wie auf strafrechtlichem Gebiet praktisch gearbeitet. Abgesehen von ihrer Klugheit und ihrem umfassenden Wissen zeichnet sie sich gerade durch jene besondere Haltung gegenüber den Grundfragen des Rechts aus, die nach meiner Auffassung das wesentliche Erfordernis für richterliche Schlüsselstellungen sein sollte.[274]

Die drei Bundesrichterinnen des BGH haben demnach nicht nur Außerordentliches geleistet, sondern auch, das zeigen insbesondere die beiden jüngeren Krüger-Nieland und Koffka, neue Akzente gesetzt, zumal sich beide im nach 1945 neu gegründeten Deutschen Juristinnenbund auch für die Rechte der Frauen allgemein und die Gleichberechtigung von Frauen in der Justiz aktiv eingesetzt haben.[275] Freilich blieben sie Ausnahmen, und es ist wohl mehr als eine Vermutung, dass sie weit mehr leisten mussten als ihre männlichen Kollegen, um die gleiche Anerkennung und Beförderungsoptionen zu erlangen. Der BGH repräsentierte mit drei Frauen in seinen Reihen jedenfalls in etwa den Bundesdurchschnitt: Noch 1960 betrug der Frauenanteil im Richterberuf in Deutschland nur ca. 2,5 Prozent. Signifikante Verbesserungen waren erst ab den 1980er Jahren zu verzeichnen.[276]

Korpsgeist und Kollegialität

Dass männliche wie weibliche Karlsruher BGH-Richter so etwas wie einen „Korpsgeist“ entwickelt hätten und sich – gerade bei Vorwürfen gegen ihre NS-Vergangenheit oder hoch umstrittene Urteile – in einer Art Wagenburgmentalität nach außen hin abgeschottet hätten, gilt vielen Beobachtern von außen bis heute als Selbstverständlichkeit, die keines Beweises bedarf. Geht man von einem gewissen Korpsgeist in Karlsruher Richterkreisen aus, erklärt sich in jedem Fall leichter und nachvollziehbar, wie und warum es zu kritisierten Urteilen gekommen ist. Diese wären dann nur Ausfluss einer gemeinsamen reaktionären Gesinnung, die alle geteilt und nahezu gleichförmig exekutiert hätten. So nahm beispielsweise 2015 der Ehrenvorsitzende der Justizpresse-

274 BA, B 283/1000393, Sarstedt an Weinkauff, 12.11.1956.

275 AddF, Bestand Deutscher Juristinnenbund, Mitgliederversammlung, Kiste C, Ordner 4, Tagung des deutschen Juristinnenbundes am 17./18.06.1961 in Wiesbaden, Programm und Bericht über die Arbeitstagung. Das Referat Koffkas ist im (AddF), Bestand Deutscher Juristinnenbund, Veranstaltungen, Kiste A, Ordner 1 zu finden. Die Tätigkeit von Gerda Krüger-Nieland im Vorstand des Deutschen Juristinnenbundes ist belegt durch (AddF) Bestand Deutscher Juristinnenbund, Bundesvorstand, Sitzungen, Kiste C, Ordner 1, Protokoll der Vorstandssitzung der Vereinigung weiblicher Juristen und Volkswirte e. V., 3./4.3.1956, Königswinter. Den Hinweis auf diese Archivalien verdanke ich Derya Özdemir. Zum Deutschen Juristinnenbund s. demnächst die Dissertation von Derya Özdemir.

276 Kohleiss, Frauen, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (1988), S. 115–127, hier S. 125 f.

konferenz Rolf Lamprecht den wegen seiner NS-Vergangenheit ansonsten hochproblematischen und vielfach kritisierten Bundesrichter Heinrich Jagusch, der 1964 nach anonymen Veröffentlichungen im *Spiegel* wegen dienstlicher Falschaussagen vorzeitig in den Ruhestand gegangen war, in Schutz, weil dieser „lauter Standesverbrechen“ begangen habe:

> Der Korpsgeist gebot: Einer der zur Richterelite gehörte, machte sich nicht gemein, schrieb nicht im SPIEGEL, plauderte nicht aus der Schule und beschmutzte nicht das eigene Nest (auch nicht das der Altvorderen). Wer die rote Robe trug, behielt fein für sich, wenn er kritisch über den eigenen Stand und über die Motive von Kollegen nachdachte.[277]

Ist ein so gearteter Korpsgeist wahrscheinlich angesichts der Tatsache, dass die zum BGH berufenen Richterinnen und Richter doch aus allen Bundesländern und nach der Entscheidung des Richterwahlausschusses gekommen sind, mithin sich in der Regel und von den genannten Ausnahmen der Anfangszeit abgesehen, gar nicht kannten und prinzipiell als eigenständige Denker verstanden?

Abb. 9: Richter des VIII. Zivilsenats
Quelle: Privatarchiv Thomas Mormann, Japan

277 Lamprecht, Der unrühmliche Start, in: *NJW* (2015), S. 2941–2944, hier S. 2941 f. Lamprecht übersieht hierbei allerdings, dass es gar kein Zerwürfnis zwischen Jagusch und seinem Präsidenten Heusinger in dieser Angelegenheit gegeben hat. Heusinger musste angesichts der dienstlichen Falschaussage handeln, Jagusch erklärte sein Tun mit seinem impulsiven Charakter. Beide hielten auch nach diesem Geschehen weiter Kontakt. S. NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1, Nr. 13, Jagusch an Heusinger, 7.3.1965.

Die Quellen zeigen hinsichtlich dieser Frage ein ambivalentes Bild. Einerseits lässt sich für einzelne Senate tatsächlich so etwas wie ein Korpsgeist belegen, und zwar gerade bei jenen, die unter starkem öffentlichem Druck standen oder aber durch ihre Rechtsprechung besondere Aufmerksamkeit in der Fachwelt erregten. Als Friedrich-Wilhelm Geier den Vorsitz des berüchtigten Staatsschutzsenats übernahm, mit Paul-Heinz Baldus als Stellvertreter und Fritz Sauer, Carlhans Scharpenseel, Georg Heimann-Trosien, Günther Willms und Kurt Weber als mitwirkenden Bundesrichtern, hat sich nach Günther Willms schnell eine Art Gemeinschaftsgefühl der Senatsmitglieder eingestellt, das durch die bald in der Presse auftauchende polemische Bezeichnung „Geier-Senat“ nur befördert worden sei:

> Auch in solcher Benennung spiegelte sich noch der Zusammenhalt wider, der die nach Individualität und Herkommen so ganz verschiedenen Mitglieder zu einer Arbeitsgemeinschaft verband, die sich im Grunderlebnis einer nicht ohne Fährnisse überstandenen und damals noch greifbar nahe empfundenen Bedrängnis und in der Entschlossenheit einig wußte, die wiedergewonnene freiheitliche Verfassung mit gewissenhaftem Ernst gegen neue Bedrohungen zu schützen. Sie zeigte zugleich an, daß hier ein Vorsitzender von unbestrittener Autorität waltete, dessen große menschliche und politische Integrität nie in das Feld eines begründeten Zweifels zu bringen war. Neben dem ärmlichen Spiel mit dem Namen fand sich buchstäblich nichts, was man ihm anhängen konnte, und es gibt ein verbürgtes Zeugnis für die vergeblichen Anstrengungen im Osten, ihm durch die Aufdeckung irgendwelcher Belastungen in seiner schlesischen Heimat am Zeuge zu flicken; wo man da fündig zu werden glaubte, stieß man immer auf Dinge, die seine Ehrenhaftigkeit unterstrichen.[278]

Ganz ähnlich lag die Reaktion von einigen Richterkollegen auf die Anwürfe gegen Ernst Kanter, dessen wehrmachtsrichterliche Tätigkeit in der Öffentlichkeit diskutiert wurde, kaum dass er den 3. Strafsenat übernommen hatte. Insgesamt sieben – aber auch *nur* sieben – Kollegen, die eine ähnliche Vita wie Kanter gehabt hatten, solidarisierten sich öffentlich mit ihm und wurden prompt von der DDR-Presse als seine „Komplicen“ angegriffen.[279]

Während hier deutlich und psychologisch leicht erklärbar eine gewisse „Korps- und Wagenburgmentalität“ durch die beständigen Anfeindungen von außen zustande kam, war es im Falle von Walter Stimpel ganz anders. Hier war es wohl eher die außerordentliche fachliche Kompetenz und joviale, Begabungen fördernde Führung Stimpels, die die Mitglieder seines Zivilsenates zusammenschweißte und stolz darauf machte, gerade diesem Senat unter einem so ausgezeichneten Präsidenten angehören zu dürfen.[280]

Erkennbar ist sodann auch, dass der BGH gegenüber der Presse in den 1950er und 1960er Jahren bei den allfälligen Skandalen zunächst stets mit Auskunftsverweigerung reagierte, was die Vorstellung eines vorherrschenden Korpsgeistes gewiss genährt hat.

---

278 Wagner/Willms, Der 6. Strafsenat, S. 265–272, hier S. 265 f.

279 Mörder, in: *Neues Deutschland*, 1.11.1958.

280 Lutter, Walter Stimpel, in: *ZIP-Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1982), S. 1265 f.

Als Senatspräsident Willi Geiger schon während seiner Präsidentschaft des Bamberger Katholikentages wegen seiner Doktorarbeit, die nicht wenige Anklänge an den nationalsozialistischen Denk- und Schreibstil beinhaltet, in Kritik geriet, beklagte die *Saarbrücker Zeitung*:

> Von besonderem Pech verfolgt scheinen die Bundesgerichte in Karlsruhe zu sein. Es vergeht kaum ein Jahr, ohne daß nicht die braune Vergangenheit eines hohen Richters ruchbar wird [...] Karlsruhe reagierte am Montag genauso wie immer, wenn die braune Vergangenheit eines Richters ruchbar wird. Es schweigt.

Bemerkenswert und der Vorstellung eines Zusammenhaltes der BGH-Richter zuwider war allerdings, was der Reporter von einem Bibliotheksangestellten des BGH erfuhr: Geigers Doktorarbeit sei schon immer in der BGH-Bibliothek gewesen, habe aber niemanden interessiert. Jetzt aber sei sie unter den Kollegen sehr begehrt: „Wenn so etwas geschieht, verlangen soundsoviele Herren so etwas und dann geht das doch von einer Hand zur anderen."[281]

Richtig ist schließlich auch, dass die große Mehrheit der Karlsruher Richter kein Interesse daran hatte, im Licht der Öffentlichkeit zu stehen, sondern lieber Teil eines ansonsten anonymen Richterkollegiums sein wollte. Der blinde Bundesrichter Hans-Eugen Schulze entschuldigte sich daher dafür, dass er eine Ausnahme davon mache, weil er die Gelegenheit nutzen wolle, um auf das Schicksal der Blinden aufmerksam zu machen: „Wir Richter schätzen es im allgemeinen nicht, einem großen Leserkreis aus unserem Privatleben zu berichten. Wir möchten dem Recht dienen und dem Leser nicht als Menschen begegnen, die von sich selber reden."[282] Und nicht zuletzt gab es gewisse Anstandsregeln, deren Verletzung man allgemein nicht guthieß. Wenn etwa Bundesrichter Kurt Weber die Flucht in die Öffentlichkeit antrat, weil er seiner Ansicht nach zu Unrecht nicht zum Senatspräsidenten befördert worden war, so fanden das wohl die meisten Kollegen unpassend, wenn nicht verachtenswert.[283]

Andererseits zeigen die Quellen aber auch, dass ein so gearteter „Korpsgeist" seine Grenzen hatte und die Kollegialität am BGH angesichts der vielen fachlich herausragenden Köpfe, die hier versammelt waren, Einschränkungen hatte, insbesondere mit dem Beginn der 1960er Jahre, als schwere politische Belastungen aus der NS-Zeit auch unter Kollegen allmählich auf immer weniger Verständnis trafen.

Schon 1955 hatte Heinrich Jagusch, der sich nie mit seiner Kollegenschelte zurückhielt, öffentlich beklagt, dass „mangels engen Kontakts der unter Zeitdruck stehenden

281 Karlsruhe schweigt, in: *Saarbrücker Zeitung*, 19.7.1966.

282 Ein Wunder, in: *Quick*, 5.1963.

283 Krach in Karlsruhe, in: *DIE ZEIT*, 21.1.1966; „Die Dinge sind zu einem Punkt gediehen ...", in: *Der Spiegel*, 1966, S. 39–41. Weber behauptete, dass seine Rechtsprechung in der Spiegel-Affäre dem Bundesjustizministerium nicht gefallen habe und er deshalb zurückgesetzt werde. Noch zwei Jahre später versuchte er, sich vor Präsident Bruno Heusinger zu rechtfertigen und bat um dessen Vermittlung zu den BGH-Kollegen, zu denen er kaum noch Kontakte habe. S. NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1 Nr. 19, K. Weber an Heusinger, 25.1.1968.

Mitglieder nahezu unvermeidlich gewisse Spannungen im Gebäude einer einheitlichen Rechtsprechung der sechs Strafsenate auftreten“ müssten.[284] 1963 dann kritisierte er die Rechtsprechung seiner Kollegen im IV. Zivilsenat, der für die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts zuständig war, so scharf als regelrecht weltfremd und entschädigungsfeindlich, dass der gesamte Senat den Präsidenten um Entlassung aus diesem Senat und die Übertragung einer neuen Aufgabe bat. Man wollte sich nicht länger von den eigenen Kollegen in aller Öffentlichkeit vorführen lassen, zumal in der Zeitschrift *Rechtsprechung zur Wiedergutmachung* auch noch eine Glosse erschienen war, die unterstellte, dass sogar die Mehrheit der BGH-Richter die Arbeit des IV. Zivilsenats als schlecht ansehe.[285] Der Konflikt konnte von Präsident Heusinger beigelegt werden, hinterließ aber gewiss Spuren. Mit dem ehemaligen Kollegen am BGH Max Güde verband Heinrich Jagusch ohnehin eine „herzliche Feindschaft“, die immer mal wieder auch öffentlich ausgetragen wurde, weil ihre Anschauungen über den richtigen Kurs der Staatsschutzrechtsprechung schlicht grundverschieden waren. Der später so vehement während der *Spiegel*-Affäre für die journalistische Freiheit eintretende Jagusch, den Lamprecht 2015 noch deswegen in höchsten Tönen lobte, hatte zuvor nämlich ganz anders eine sehr scharfe Haltung in Staatsschutzsachen an den Tag gelegt, die Max Güde, der einen wesentlich milderen und entideologisierten Kurs vertrat, ablehnte.[286] Aus diesem Grund unternahm Güde auch alles ihm Mögliche, um zu verhindern, dass ausgerechnet Jagusch während des Skandals um den gerade erst ernannten Generalbundesanwalt Wolfgang Fränkel eventuell als dessen Nachfolger in Betracht gezogen werden könnte.[287]

Mit verdeckter oder offener Kollegenkritik hielten auch andere sich nicht zurück: Ob es nun um die vermeintlich schlechte Arbeitsmoral bestimmter Kollegen ging,[288] der Stil von Urteilsformulierungen in Frage stand[289] oder auch eine korrekte Messung der Arbeitsbelastung in einzelnen Senaten diskutiert wurde[290] – intern zeigte die „Wagenburg“ der Bundesrichter, falls es sie denn gegeben haben sollte, jedenfalls schnell Risse, die im Übrigen auch der erste Präsident des BGH in seinem Dauerstreit mit Bundesrichter Willi Geiger vergrößerte, weil dieser auch nach Berufung an das Bundes-

284 Jagusch, Reform, in: *JZ* (1955), S. 3–5, hier S. 3.

285 BA, B 283/1000397, Mitglieder des IV. Zivilsenats an BGH-Präsident, 15.11.1963. Jaguschs Aufsatz war in der JMW 1963, S. 564 f. erschienen, die angesprochene Glosse in der Rechtsprechung zur Wiedergutmachung 1963, S. 393. Zur Beilegung des Streites war auch ein entschuldigender Brief von Jagusch an Ascher hilfreich, BA, B 283/1000038, Jagusch an Ascher, 18.5.1964.

286 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 172; Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 385.

287 S. IfZ München, ED 94/Nr. 218 Güde an Staatssekretär Walter Strauß, 18.7.1962.

288 BA, Pers 101/76248, Moericke an BGH-Präsident, 12.7.1954. Senatspräsident Moericke beschwerte sich hier, dass Bundesrichter Wofhart Werner „nur“ wegen einer Fangokur an den Senatssitzungen nicht teilnehmen wolle und sich habe krankschreiben lassen.

289 BA, Pers 101/76248, Werner an Senatspräsident Hörchner, 21.1.1957.

290 BA, Pers 101/48885, Schriftwechsel BGH-Präsident Weinkauff mit Bundesrichter Pagendarm, April 1956.

verfassungsgericht nicht sein Richteramt am BGH aufgeben wollte.[291] Das betraf durchaus auch vergangenheitspolitische Themen: Schon zu Beginn der 1950er Jahre hatte etwa Carl Kirchner vor der Berufung seines Leipziger Kollegen Fritz Lindenmaier gewarnt, den er für einen angepassten „Nazi" hielt, was sogar eine Spitze gegen den späteren BGH-Präsidenten Weinkauff enthielt, weil Kirchner nicht verstehen konnte, dass dieser sich an Lindenmaiers politische Verfehlungen nicht erinnern wollte.[292] Oberbundesanwalt Fränkel polemisierte Anfang der 1950er Jahre gerne öffentlich gegen ehemalige Wehrmachtsrichter, die er für Vollstrecker der Unrechtsjustiz in der Wehrmacht hielt, wohl wissend, dass es gerade unter seinen Kollegen am Bundesgerichtshof nicht gerade wenige gab, die in hohen Stellungen der Wehrmachtsjustiz tätig gewesen waren, was diese gegen ihn aufbrachte.[293] 1968 war es schließlich so weit, dass sich zwei Richterkollegen von Bundesrichter Friedrich Mattern so empörten, als sie von dessen Beteiligung an Todesurteilen in Brünn erfuhren, dass sie selbst die Öffentlichkeit darüber informierten.[294] Spätestens zu diesem Zeitpunkt dürfte ein „Korpsgeist", der die Vertuschung früherer NS-Belastung zum Ziel gehabt haben könnte, in der Breite der BGH-Richterschaft wohl nicht mehr bestanden haben.

Disziplin

Die Vorstellung einer inneren Geschlossenheit der Richterschaft geht – meist unausgesprochen – davon aus, dass eine starke Konformität des richterlichen Personals vorherrschend gewesen sei, die jedoch auch durch disziplinarische Probleme in Frage gestellt wird, die für den BGH in den 1950er und 1960er Jahren nachzuweisen sind. Solche Disziplinarfragen beschäftigten die Präsidenten auf sehr unterschiedlichem Niveau und in variierender Schwere von Vorfällen.

Typisch für die 1950er Jahre mit einem stark anwachsenden Individualverkehr waren Verkehrsstrafsachen, in die auch Richter des BGH verwickelt waren. Dabei kam es sogar vor, dass auch BGH-Richter Fahrerflucht begingen.[295] Streitigkeiten im privaten Umfeld ereigneten sich, die juristische Konsequenzen nach sich zogen und dann an den Dienstvorgesetzten der Bundesrichter, also den Präsidenten, herangetragen wurden.[296] Ernster wurden die Dinge, wenn, wie im Fall Jagusch, bei einer dienst-

291 S. dazu ausführlich Godau-Schüttke, Der Bundesgerichtshof, S. 334–381. Der § 70 des Deutschen Richtergesetzes von 1961 verbot dann die Doppelmitgliedschaft bei BGH und Bundesverfassungsgericht und wurde wegen des bekannten Streites zwischen Weinkauff und Geiger gerne auch „Lex Geiger" genannt.

292 STA Hamburg, Best. 221-11 Nr. L 1620, Erklärung Carl Kirchner, 26.6.1947.

293 Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 276, Fn. 32.

294 Früher Blutrichter, in: *Bild*, 25.3.1968.

295 S. etwa BA, Pers 101/75885 Strafbefehl, 30.10.1951; BA, Pers 101/48905, Urteil AG Immenstadt, 11.3.1964.

296 BA, Pers 101/48905, Bericht der Staatsanwaltschaft Baden-Baden, 7.7.1959.

lichen Äußerung nicht die Wahrheit gesagt wurde. Dass Jagusch gegenüber Präsident Bruno Heusinger log, als dieser ihn fragte, ob er der Autor eines anonym erschienenen justizkritischen Artikels im *Spiegel* sei, war nicht nur eine dienstliche Verfehlung, sondern auch ein eminenter Vertrauensbruch eines damals sehr exponierten Richters, den die Öffentlichkeit durchaus wahrnahm. Die Konsequenz waren am Ende ein Rücktritt vom Amt und der vorzeitige Ruhestand im Alter von 57 Jahren, ohne dass Jagusch der sonst übliche Dank für die geleistete Arbeit ausgesprochen wurde.[297]

Ein weiteres Problem war die regelmäßige Anwesenheit vor Ort im BGH. Hier drängte in den 1950er Jahren Hermann Weinkauff auf möglichst häufige Verfügbarkeit seiner Richter im Hause und hatte dabei gelegentlich massive Probleme, insbesondere mit Bundesrichter Hans-Eberhard Rotberg. Dieser war nach Meinung der Presse eine gewisse Ausnahmeerscheinung am BGH, weil er „groß und elegant, grandseigneural und geistreich“ mit einem „Sinn für Wirkung und Pointe“ sei.[298] Mit den unter Weinkauff üblichen Anwesenheitspflichten in Karlsruhe nahm es Rotberg nicht so genau, so dass es auch vor dem Hintergrund einer anonymen Anzeige zu den bereits geschilderten Auseinandersetzungen um seine regelmäßige Anwesenheit in Karlsruhe kam. Dies dürfte der Hintergrund für die von Hildebert Kirchner berichtete Anekdote sein, dass Rotberg gelegentlich mit einem Campingwagen vor dem BGH vorfuhr und darin Besprechungen abhielt.[299]

Auf einer ganz anderen Ebene lag ein Dienststrafverfahren, das Weinkauff 1957 gegen einen Wiedergutmachungsspezialisten in seiner Richterschaft einleitete. Gegen diesen war der Verdacht aufgekommen, er habe in der unmittelbaren Nachkriegszeit als Mitarbeiter des Justizministeriums in Stuttgart Wiedergutmachungsberechtigte beraten, die möglichst hohe Entschädigungszahlungen erwirken wollten. Diese Hilfeleistung habe er sich von den Betroffenen anschließend durch Barzuwendungen honorieren lassen, weil er damals, bedingt durch ein Scheidungsverfahren, in Geldnot gewesen sei. Weinkauff war der Auffassung:

> An das Verhalten eines richterlichen Mitglieds des Bundesgerichtshofes muss grundsätzlich ein sehr strenger Maßstab angelegt werden, und zwar auch an das Verhalten, das der Betreffende vor seiner Ernennung zum Bundesrichter an den Tag gelegt hat.

Infolgedessen und weil der betreffende Bundesrichter bei einer Befragung durch Weinkauff in keiner Weise kooperierte, wurde ein Disziplinarverfahren eingeleitet,

297 BA, Pers 101/74199, BMJ an Generalbundesanwalt beim BGH, 27.4.1967.

298 Von Jagusch zu Rotberg, in *StZ*, 18.12.1962.

299 Kirchner, Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 122, 123. Dass es sich bei der hier nicht namentlich erwähnten Person um Rotberg handelte, gaben verschiedene Zeitzeugen im Interview an.

das 1962 damit endete, dass der Richter zwar in allen Anklagepunkten für schuldig befunden, aber wegen Verjährung nicht bestraft wurde.[300]

4.6 Richter unter Beobachtung

Zum Richter-Sein am Karlsruher Bundesgerichtshof gehörte es von Anfang an, unter ständiger öffentlicher Beobachtung zu stehen. Richter, die in spektakulären Prozessen tätig waren, wie das beim 3. Strafsenat in Staatsschutzsachen häufig der Fall war, standen sicher am meisten im Blickfeld der Öffentlichkeit, weshalb manche einer Berufung an den BGH auch nur dann zustimmen wollten, wenn ihnen versichert wurde, nicht in diesem Senat Verwendung zu finden.[301] Aber auch in anderen Senaten, auch im Zivilrecht, gerieten die Richter des BGH und ihr Tun unter Beobachtung, man denke nur an die Wiedergutmachungsrechtsprechung oder das Eherecht.

Diese Beobachtung ging, wie in jedem demokratischen Rechtsstaat, zunächst einmal von der gewählten Volksvertretung aus. Allerdings lässt sich bei einem Blick in die Plenardebatten des Deutschen Bundestages ebenso wie bei der Untersuchung der Debatten im Rechtspflegeausschuss des Bundestages schnell feststellen, dass der BGH zu keinem Zeitpunkt grundsätzlich kritisiert wurde oder im Verdacht stand, eine erneute „Justizkrise“, ähnlich der in der Weimarer Republik, zu befördern. Zwar wurden einzelne Entscheidungen kritisiert, aber nicht einmal die zahlreichen Skandale um Richter, die wegen ihrer NS-Vergangenheit belastet waren, fanden größeren Widerhall in der Volksvertretung. Einer der profiliertesten Justizkritiker aus den Reihen der SPD, Adolf Arndt, blickte immer wieder einmal skeptisch auf den BGH, aber auch er war weit entfernt, dem BGH irgendeine Einstellung zu unterstellen, die mit dem Grundgesetz nicht vereinbar gewesen wäre.[302]

Eine weitere, mehr fachliche Kontrolle, übte die Rechtswissenschaft über die Rechtsprechung des BGH aus. Sie ist unter anderem Gegenstand auch der Analyse der Judikatur in diesem Band. Allerdings ist an dieser Stelle festzustellen, dass es auch in diesem Bereich in den 1950er und der ersten Hälfte der 1960er Jahre jenseits spezifischer Urteilsschelte und Fachdiskussionen über die Anwendung von Gesetzen keine grundsätzliche Kritik am BGH gegeben hat. Die Ursache dafür mag man mit Jörg Re-

300 BA, Pers 101/76276, BGH-Präsident an Oberbundesanwalt, 24.6.1957, Zitat aus ebd. Präsident BGH an BMJ, 24.6.1957, Generalbundesanwalt an BJM, 11.5.1962. Während des Verfahrens verstrickte sich der Richter zudem noch in eine Verkehrsstrafsache, in die seine zweite Ehefrau verwickelt war.

301 Jahresbericht 1965 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1965, S. 9.

302 Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 70, 76, 150. S. beispielhaft für die Diskussion über den BGH im Deutschen Bundestag Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 92. Sitzung, 18.10.1950, S. 3429, 131. Sitzung, 6.4.1951, S. 5036, die zeigen, wie schnell der BGH als oberste richterliche Instanz Anerkennung erfahren hat. Seine Entscheidungen wurden sodann wegweisend für einschlägige Debatten im Bundestag, s. zum Beispiel Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 246. Sitzung, 22.1.1953, S. 11731 oder 257. Sitzung, 25.3.1953, S. 12469.

quate in der eher konservativen Einstellung und einer „systemimmanenten“ Ausrichtung auch der Rechtwissenschaftler sehen.[303] Als Faktum bleibt in jedem Fall, dass der BGH auch von dieser Seite in seiner rechtsstaatlichen Bedeutung nicht in Frage gestellt worden ist. Etwas anders sieht dies freilich beim Blick auf die oft so genannte „vierte Staatsgewalt“, die freie Presse, aus, die den BGH seit seiner Eröffnung 1950 begleitete.

BGH und Presse

Das Verhältnis zwischen Justiz und Presse war in Deutschland schon in der Weimarer Republik belastet. Die Justiz hatte der Presse in den 1920er Jahren eine unkundige Berichterstattung vorgeworfen, die nur auf die sensationelle Schlagzeile ziele und die Arbeit der Justiz in unverantwortlicher, staatsabträglicher Weise diffamiere. Die Presse hingegen hatte die Justiz in einem Elfenbeinturm judizieren gesehen, fernab der Alltagssorgen der Menschen und vor allem in politischen Strafsachen höchst einseitig, so dass eine regelrechte „Vertrauenskrise“ hervorgerufen worden sei. Diese Differenzen waren auch nach 1945 keineswegs überwunden, die Frage war vor allem, ob und wie sich das Verhältnis zwischen Justiz und Presse unter der Herrschaft des Grundgesetzes weiter entwickeln könne. Natalie Le Bouëdec hat jüngst dieses Thema im Rahmen ihrer Habilitationsschrift bearbeitet und sieht gerade im Verhältnis der Justiz zur Presse einen Gradmesser für die Adaptation demokratischer Verhaltensweisen und Werte in der Justiz. Eine Justiz, die Einblicke in ihre Rechtsprechung und Kritik an Gericht und Richtern durch die Presse nicht nur zulässt, sondern als Teil einer notwendigen Kontrolle der Staatsgewalten akzeptiert und sogar fördert, zeigt demnach einen hohen Grad an demokratischer Verwurzelung.[304]

Nach Le Bouëdec hat sich nach einer weiterhin höchst konfrontativen Phase zwischen Presse und deutscher Justiz Ende der 1940er Jahre eine Phase relativer „Windstille“ in den 1950er Jahren angeschlossen. In dieser Phase habe man ein gegenseitiges Auskommen mit viel Rücksichtnahme aufeinander gesucht, ohne dass freilich die überkommenen Gegensätze und Auffassungsunterschiede grundsätzlich geklärt worden seien.[305] Das entsprach auch der allgemeinen Entwicklung des bundesdeutschen Journalismus, der bis etwa 1957 „die große Zeit der unkritischen Massenblätter, die den sozialen Konsens zur Leitlinie erhoben und Regierungskritik allenfalls in ge-

303 Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 73 f.

304 Le Bouëdec, L’impossible, Habilitationsschrift, S. 8. Sie bestätigt in ihrer noch nicht veröffentlichten Habilitationsschrift damit ältere Auffassungen von Justizkritikern wie Rudolf Wassermann. S. Wassermann, Ist Bonn doch Weimar, S. 35. Wassermann konstatiert ebd. S. 36, dass das Verhältnis zwischen Presse und Justiz sich allmählich gewandelt und in den 1970er Jahren grundlegend gebessert habe.

305 Le Bouëdec, L’impossible, S. 150.

dämpfter Form zuließen", erlebte, wie Christina von Hodenberg herausgearbeitet hat.[306]

Die Situation am BGH in den 1950er Jahren spiegelt diesen „Konsensjournalismus" in beiden Richtungen geradezu idealtypisch wider: Schon kurz vor der feierlichen Eröffnung des neuen Gerichts organisierte der designierte Präsident Herrmann Weinkauff zusammen mit seinem Kollegen von der Bundesanwaltschaft eine eigene Presseführung im Erbgroßherzoglichen Palais und ließ die anwesenden Journalisten wissen, dass „der Presse die bedeutsame Aufgabe zukomme im Volk die Achtung vor dem Recht zu verbreiten." „Wir wollen", so führte der Präsident des Bundesgerichtshofes aus, „auch Ihre Kritik." Dieses scheinbar angestrebte Einvernehmen schränkte Weinkauff allerdings mit der für „Konsensjournalismus" zeittypischen Auflage ein: „Die Kritik kann freilich nur dann helfen, wenn sie von sachlicher Leidenschaft getragen ist."[307] Berichterstattung über die Arbeit des Gerichts war also durchaus gewünscht, allerdings nur als aufbauende, die Arbeit des Gerichts der Breite der Bevölkerung vermittelnde und am besten von der Justiz gelenkte Berichterstattung. So hatte es auch schon Werner Sarstedt, der bald Präsident des Berliner Senats werden sollte, 1948 in einer Ausarbeitung über Presse und Justiz gefordert. Zwar meinte er, Richter sollten so widerstandsfähig sein, dass ihnen nicht bei der kleinsten Pressekritik „die Talare sausen". Aber wegen einzelner Fehlurteile die ganze Justiz schlecht zu machen, hielt er für unangemessen. Unzulängliche Presseberichterstattung führte er auf mangelnde juristische Fachkenntnis von Journalisten zurück und das in vielen Redaktionen anzutreffende Unverständnis über die doch eigentlich auch staatstragende Rolle, die die Presse habe. Denn nur durch deren Berichterstattung könne doch das Recht erst volkstümlich werden.[308]

Präsident Hermann Weinkauff ging in der Folgezeit auf die Presse zu: Bundesrichter Werner Hülle wurde, ohne Beachtung seiner politischen Belastung aus der NS-Zeit, vom Präsidium am 3. Oktober 1950 schon vor Eröffnung des Gerichts zum nebenamtlichen Pressereferenten bestellt. Wie ernst er seine Aufgabe nahm, mag man daran sehen, dass er einem Justizoberinspektor ein Diensttelefon verschaffen wollte, damit dieser außerhalb der Dienstzeit der Presse als Ansprechpartner zur Verfügung stehe. Das freilich lehnte Weinkauff ab und verlangte, dass diese Arbeit schon von Hülle selbst oder einem Stellvertreter des höheren Dienstes verrichtet werden müsse.[309] Für das Bedürfnis eines Presseraumes, das im Zuge der Neubaumaßnahmen geäußert wurde, hatte er durchaus Verständnis. Zudem arrangierte er sich mit dem Lokalblatt *Badische Neueste Nachrichten*, das einen studierten Juristen zum hauptverantwortli-

306 Hodenberg, Konsens und Krise, S. 184.

307 Arbeitsaufnahme, in: *BNN*, 3.10.1950.

308 Sarstedt, Presse und Justiz, Zitat S. 9.

309 BA, B 283/1000243, Leiter der Justizpressestelle an BGH-Präsident, 3.3.1952. Gleichwohl schätzten die Journalisten Hülle als Ansprechpartner sehr und bedauerten seinen Weggang nach Oldenburg lebhaft: SWR Hörfunkarchiv, W0128475, Hülle über Schiller und das Recht.

chen Redakteur für die Justizberichterstattung vorsah, der sich auch bei Hermann Weinkauff und Werner Hülle vorstellen wollte.[310] Sogar Tonaufnahmen aus dem Gerichtssaal wollte Weinkauff im Einvernehmen mit den Senatspräsidenten zunächst zulassen und war auch bereit zu persönlichen Interviews, sofern ihm die beabsichtigten Fragen vorab zugeleitet würden.[311] Umgekehrt war auch der *Süddeutsche Rundfunk* darum bemüht, sich mit dem BGH zu arrangieren, um die bereits erwähnte regelmäßige Sendung unter dem Titel *Aus der Residenz des Rechts* ausstrahlen zu können, in der über die Rechtsprechung des BGH wie über wichtige Veränderungen und Personalien berichtet werden sollte. Diese Sendung entsprach in ihrer völlig unkritischen Anlage und rein informativen, belehrenden Zielsetzung ganz dem Geschmack des Chefpräsidenten, der daher höchst alarmiert war, als die Redaktion 1955 umgebildet werden sollte. Den Intendanten des *Süddeutschen Rundfunks* Fritz Eberhard[312] ließ er wissen, man sei mit dem bisherigen Redakteur Haberer sehr zufrieden gewesen und lege „grossen Wert darauf, dass die Sendung ‚aus der Residenz des Rechtes' fortgeführt wird und dass sie in möglichst enger Berührung mit uns fortgeführt wird." Der Intendant konnte beruhigen: *Aus der Residenz des Rechts* wurde fortgeführt, und zwar von Dr. Becker, einem Volljuristen, der über Jahre hinweg diese sehr erfolgreiche Radiosendung verantwortete, mit der der BGH gleichsam ein „Sprachrohr" nach außen hatte, um seine Rechtsprechung der Bevölkerung näher zu bringen.[313] Vor diesem Hintergrund genehmigte Weinkauff in den folgenden zwei Jahren auch unschwer Interviews mit den Richterinnen und Richtern des BGH, einen eigenen Film über die Arbeitsweise des Gerichts oder aber die kursorische Anwesenheit eines Übertragungswagens des *SDR*, wenn besondere Ereignisse oder Feiern im BGH begangen wurden.[314]

Diese gewisse „Windstille" der 1950er Jahre zwischen Presse und Justiz zeigte freilich auch beim BGH schnell Risse, sobald die Richter selbst, etwa im Rahmen der „Blutrichterkampagne" der DDR, angegriffen wurden und die westdeutsche Presse dies aufnahm und überhaupt, als gegen Ende der 1950er Jahre auch im Rahmen von Veränderungen des Journalismus selbst allmählich ein kritischerer Ton in der Presseberichterstattung angeschlagen wurde. Hermann Weinkauff und seit jeher auch Bundesrichter Eberhard Rotberg oder der langjährige Pressereferent des BGH Günther Willms formulierten dann schnell Vorstellungen, die auf eine Einschränkung der Pressefreiheit zielten. Schon zu Beginn der 1950er Jahre war Rotberg noch im rheinland-pfälzischen Justizministerium an Arbeiten zur Verschärfung des Pressegesetzes betei-

310 BA, B 283/1000054, Chefredakteur Baur an BGH-Präsident, 15.4.1953.

311 BA, B 283/1000054, Chefredakteur Hans Küffner an Präsident Weinkauff, 30.1.1951, Leiter der Justizpressestelle BGH an Chefredakteur Küffner, 11.2.1951.

312 Zum Widerstandskämpfer und Mitglied des Parlamentarischen Rates Fritz Eberhard s. Sösemann, Fritz Eberhard.

313 BA, B 283/1000054, BGH-Präsident an Intendant des SDR, 21.5.1955 und Intendant SDR an BGH-Präsident, 3.6.1955.

314 BA, B 283 1000054, Südwestfunk, Abt. Frauenfunk an BGH-Präsident, 18.10.1955, SDR an Präsident BGH, 20.04.1956, Aktenvermerk 2.8.1957.

ligt.[315] Willms lehnte zwar jede Form von Strafmaßnahmen gegen die Presse ab, hatte sich aber schon in der Weimarer Republik gegen den seiner Ansicht nach negativen Einfluss auf die Volksmeinung gewandt, der von der Boulevardpresse und den Illustrierten ausgehe.[316] Diese Haltung behielt er auch in den 1950er Jahren, beklagte lebhaft, dass sich das Verhältnis zur Presse auch deshalb nicht bessere, weil die Justizverwaltung an einem hauptamtlichen Pressereferenten spare, der allein die Zeit hätte, der Presse in der notwendig „belehrenden" Weise zur Seite zu stehen.[317] Weinkauff forderte 1956 die Hilfe des Bundesjustizministeriums an, weil er die Ehre des BGH durch einen Beitrag des populären Journalisten Ernst Müller-Meiningen Jr. verletzt sah, der die Rechtsprechung des BGH mit der von Hilde Benjamin in der DDR verglichen habe, die er mit Recht als Exekutorin des DDR-Staatsunrechtes ansah. Dass weder der bayerische Generalstaatsanwalt noch das Bundesjustizministerium dagegen einschritten, empfand Weinkauff als skandalös.[318] Dabei gilt es allerdings zu beachten, dass nicht nur eher konservativ Gesinnte wie Weinkauff so dachten. Auch justizkritisch eingestellte Berufsangehörige wie Richard Schmid sahen die Presse ambivalent: 1967 noch formulierte er: „Seitdem das demokratische Element in unserem öffentlichen Leben, wenn auch nur sehr allmählich, wirksamer geworden ist, rechtlich verstärkt durch die vermehrten Mittel der Information und Kommunikation – seitdem ist die Justiz immer mehr der Kritik ausgesetzt, die oft begründet, aber auch oft unsachkundig und übelwollend ist."[319] Und überhaupt wird man feststellen müssen, dass Weinkauffs Auffassungen in etwa auch den Vorgehensweisen entsprachen, die die Bundesregierung unter Konrad Adenauer in ihrem Verhältnis zur Presse wählte.[320] Die zunehmend konfrontative Situation verschärfte sich schließlich mit dem Beginn der 1960er Jahre – und in der Tat auch am BGH.[321]

Die Ursache dafür war, dass in den Medien eine jüngere Journalistengeneration einflussreich wurde, die dem „Konsensjournalismus" der 1950er Jahre den Kampf ansagte und einen neuen „zeitkritischen" Journalismus praktizieren wollte, der kontroverse Themen und Tabus aufgriff, eine kritische Berichterstattung übte und mit „Skandalen" und polemischen Übertreibungen das Interesse eines großen Teils des Publikums erreichte.[322] Sachlicher Auslöser für diese zunehmende Kritik war unter anderem das durch NS-Prozesse wie den Jerusalemer Eichmann-Prozess oder den Ulmer Einsatzgruppenprozess erneut vor Augen tretende Grauen der NS-Verbrechen

315 Le Bouëdec, L'impossible, S. 138, 143.

316 Willms, Die Illustrierten Zeitungen, S. 11–13.

317 Willms, Pressesorgen, in: *JZ* (1955), S. 252 f. Le Bouëdec weist S. 220 nach, dass der Generalbundesanwalt mit der Pressearbeit von Willms unzufrieden war und ihn für nicht hinreichend qualifiziert hielt.

318 IfZ München, NL Walter Strauß, Nr. 386/218, Weinkauff an Strauß, 7.1.1956.

319 Schmid, Justiz in der Bundesrepublik, S. 76.

320 S. Münkel, Die Medienpolitik, S. 297–316, hier S. 298, 300.

321 Le Bouëdec, L'impossible, S. 284.

322 Hodenberg, Konsens und Krise, S. 293–297.

und die in immer neuen Wendungen deutlich werdende unzureichende strafrechtliche Belangung alter NS-Eliten.[323] Die Öffentlichkeit interessierte sich nun wieder vermehrt für die Verfolgung der NS-Verbrechen und all jene, die dabei, in welcher Weise auch immer, mitgeholfen hatten.[324] Und sie interessierte sich vermehrt auch für die Akteure bei alledem und deren Privatleben, was auch Fragen nach dem Hintergrund der in den Verfahren tätigen Richter einschloss.[325] Sogar die dem BGH stets wohl gesonnene Hörfunksendung *Aus der Residenz des Rechts* schwenkte in diesen Jahren und insbesondere nach dem Skandal um Generalbundesanwalt Wolfgang Fränkel 1962 auf eine kritischere Berichterstattung um.[326] Das aber traf auf einen BGH und seine Richter, die in keiner Weise darauf vorbereitet waren. Scharfer Kritik an den Urteilen stand man im BGH mit Verärgerung gegenüber und sah sie als Ausfluss unkundiger Berichterstattung. Anwürfe gegen einzelne Richter wegen ihrer NS-Vergangenheit wurden als Frechheit wahrgenommen, zumal die journalistische Skandalisierung Differenzierungen und Kontextualisierungen, die das vergangene Handeln diskussionswürdig problematisiert hätten, naturgemäß gar nicht anstrebte. Das Ergebnis war rasch ein regelrechtes Kommunikationsdesaster und Sprachlosigkeit auf Seiten der Justiz. Das gegenseitige Unverständnis verschärfte sich, und in der Öffentlichkeit verbreitete sich über die Presse das Bild einer unbelehrbaren, hoch belasteten Justiz, die sich in einer Wagenburg verschanze, wenn es gelte, die eigene NS-Vergangenheit angemessen aufzuarbeiten. Das mag in vielen Fällen auch der wahren Lage entsprochen haben, verstellte aber einen unbefangenen Blick auf die Ursachen der Haltung der Richter im Nationalsozialismus und die Lehren, die sie daraus womöglich für sich gezogen hatten. Verschärft wurde die Frontstellung zudem dadurch, dass es für manche Prozessbeteiligte eine echte Versuchung darstellte, Richtern mit der Einschaltung der

323 S. dazu Herbert, Liberalisierung als Lernprozeß, S. 7–49, hier S. 28 f.

324 Eichmüller, Die strafrechtliche Verfolgung, S. 68, 70, 71. 1958 waren bei einer Umfrage des Allensbacher Meinungsforschungsinstituts immerhin 54 Prozent der Befragten für eine fortgesetzte Aufklärung und Bestrafung von NS-Unrecht.

325 Requate, Die Lebedame, S. 55–66.

326 S. SWR Hörfunkarchiv, W1529016, Der Fall Fränkel und die Justiz im III. Reich, 16.7.1962. Der Hörfunkreporter berichtete, Fränkel habe sich darauf berufen, dass er nähere Angaben zu seiner Tätigkeit in der Reichsanwaltschaft nicht hätte machen müssen, weil seine Dienstvorgesetzten „nach dem Kriege unangefochten und in allen Ehren, gelegentlich sogar unter Mitwirkung der Besatzungsmächte bedeutende Posten bei den höchsten Gerichten einschließlich des Bundesgerichtshofes eingenommen hätten." Das verkenne aber, dass die Situation 1960 eben eine andere sei als 1947 oder 1950. In jedem Fall sei aber auch dem BMJ vorzuwerfen, sich nur ungenügend über die Biographie Fränkels informiert zu haben. Und in einem ganz neuen, scharfen Ton hielt der Sprecher fest: „Mit der vielberühmten und überschätzten Tradition und dem auf flecklosen hochglanzpolierten Nimbus des ehemaligen Reichsgerichts und der Reichsanwaltschaft allein lassen sich nämlich die Folgen der Vergangenheit in der Justiz nicht überwinden. Dazu muss man schon etwas tiefer in die Dinge einsteigen."

Presse zu drohen, um sie gefügiger zu machen. Für die Richter war das umgekehrt ein Beleg dafür, wie unverantwortlich das Treiben der „Skandalpresse“ am Ende sei.[327]

Solche Tendenzen zeigten sich schon 1958, als der gerade zum neuen Präsidenten des 3. Strafsenates ernannte Ernst Kanter von DDR-Anwalt Friedrich Karl Kaul mit einem Befangenheitsantrag konfrontiert und durch die Vorlage belastender Dokumente über Kanters wehrmachtsrichterliche Vergangenheit aus DDR-Archiven in aller Öffentlichkeit vorgeführt wurde. Zwar sah die westdeutsche Presse durchaus den propagandistischen Hintergrund der Vorwürfe, griff das Thema aber dennoch auf. Zum ersten Mal in der Geschichte des BGH führte Präsident Hermann Weinkauff daraufhin eine Pressekonferenz durch, die mit den von ihm vorgebrachten Argumenten für Kanter aber nicht durchdringen konnte.[328] Verärgert schrieb er an das BMJ: „Die Haltung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung gegen Dr. Kanter fängt allmählich an, unbegreiflich zu werden. Sie hatte schon über das Ablehnungsgesuch des Rechtsanwaltes Dr. Kaul in völlig entstellter und übertriebener Weise berichtet.“ Das sei vermutlich „auf die mangelnden intellektuellen Gaben des hiesigen Korrespondenten der Frankfurter Allgemeinen Zeitung zurückzuführen.“ Abhilfe erhoffte er durch den Einsatz seines Pressereferenten, der einige Journalisten kontaktieren und Dinge richtigstellen werde. Auf ein Abflauen der Kampagne in Deutschland zu setzen, sei aber wohl unrealistisch.

> Wir werden vielmehr bei jedem grösseren [sic] Prozess, dem Dr. Kanter vorsitzt, erneute theatralische Ablehnungsanträge mit erneuten ungeheuerlichen und bewusst unwahren Tatsachenbehauptungen erleben, die dann immer wieder in die Presse übergehen werden.[329]

Weinkauffs Vorgehen brachte keinen Erfolg, die *FAZ* berichtete wenige Tage später wieder negativ über die veröffentlichte Presseerklärung, wie er meinte, böswillig sinnentstellend.[330] Am Ende liefen sogar Beschwerden und Strafanzeigen gegen Kanter von Bürgern ein, die sich aufgrund der Presseberichterstattung von ihrem Gewissen gedrängt sahen, gegen eine vermutete „Renazifizierung“ der obersten Justizorgane eintreten zu müssen.[331]

In den folgenden Jahren verfestigte sich das im Fall Kanter gezeichnete Bild in vielen Variationen immer wieder und brachte manchem Bundesrichter schmerzliche Konfrontationen mit der Presse ein. Der BGH „schlitterte“ gleichsam ungebremst und hilflos, wie viele Bundes- und Landesregierungen und andere öffentliche Verwaltungen auch, in die „Zeit der Affären“, wie aus mediengeschichtlicher Warte die Jahre zwischen 1957 und 1964 beschrieben werden.[332] Dabei stellte der *Spiegel*-Skandal des

327 Sarstedt, Bundesrichter in der heutigen Gesellschaft, S. 247.
328 Miquel, Ahnden, S. 62 f. S. z. B. auch Dänischer Protest, in: *FAZ*, 22.10.1958.
329 BA, B 141/50449, BGH-Präsident an BMJ, 23.10.1958.
330 BA, B 141/50449, BGH-Präsident an BMJ, 29.10.1958.
331 BA, B 141/50449, BMJ an Studienrat Hans Schlieter, 8.7.1958; BA, B 141/50452, Strafanzeige von Walter A. Mittelstädt, München, 5.4.1960.
332 Hodenberg, Konsens und Krise, S. 323.

Jahres 1962, der ja auch den BGH beschäftigte, nur einen wichtigen Höhepunkt dar.[333] Mehrere „braune Vergangenheiten“ von BGH-Richtern wurden in diesen Jahren ans Licht der Öffentlichkeit gezerrt. 1966 beklagte die *Saarbrücker Zeitung* schon, dass kaum ein Jahr vergehe, ohne dass in Karlsruhe mal wieder ein neuer Richterskandal ruchbar und die nahezu notorische NS-Belastung der Justiz bekannt würde.[334] Klassische Abwehrmaßnahmen der Justiz gegen die Presse scheiterten dabei: Als 1960 Bundesrichter Kurt Weber unter Berufung auf seine stark hervorgehobene, im Fall Otto John gewahrte richterliche Unabhängigkeit öffentlich forderte, dass weder Politik noch Presse sich in laufende Verfahren einmischen sollten, bevor nicht die letzte Tatsachenverhandlung vorüber sei, ein Anspruch, der unter dem Begriff des *contempt of court* schon lange diskutiert wurde,[335] trug ihm das den beißenden Spott von Gerd Bucerius ein, der den Richter an seine Unabhängigkeit erinnerte und zu ein bisschen mehr Mut und weniger undemokratischen Presserestriktionen aufforderte.[336] So ging es weiter: 1963 geriet beispielsweise Bundesrichter Georg Graf in das Visier des britischen Observer, weil ein jüdischer Rechtsanwalt, der in Deutschland bei Wiedergutmachungsverfahren engagiert war, die Auffassung vertrat, es sei, wie der Fall Graf belege, nun so weit, dass die ehemaligen Täter auch noch bei der Entschädigung ihrer Opfer zu Gericht säßen. Graf warf er vor, in der Marine-SA gewesen zu sein. Dass die *Wochenschrift der Juden in Deutschland* sich von dem Vorwurf speziell im Hinblick auf den an sich hochgeschätzten Wiedergutmachungsrichter Georg Graf distanzierte, half nicht viel.[337] Im folgenden Jahr geriet Bundesrichter Friedrich Wilhelm Geier in die Kritik, weil er gegenüber einem Journalisten die Auffassung vertreten hatte, dass eine Reihe von Fehlurteilen bei der Aufarbeitung des NS-Unrechtes dadurch entstanden seien, dass sie Schwurgerichten übertragen würden. Dort wären die Laienbeisitzer nämlich immer häufiger der Ansicht, dass mal ein Schlussstrich unter das „Dritte Reich“ gemacht werden müsse, so dass es die Berufsrichter schwer hätten, mit Gegenargumenten so durchzudringen, dass notwendige Verurteilungen erfolgten. Geiers Analyse fand aber keine Resonanz, sondern wurde als billiger Versuch angesehen, die Schuld bei den Laien zu suchen und das zuständige Gericht zu kritisieren.[338]

Ganz schwierig wurde es, wenn einzelne Richter in dieser Situation dann auch noch versuchten, die Presse für ihre Interessen und die Verbreitung ihrer Auffassungen zu nutzen. Heinrich Jagusch etwa hatte es schon 1962 unternommen, in der *ZEIT*

333 Die als wichtige Zäsur in der bundesdeutschen Demokratiegeschichte mittlerweile angesehene „Spiegel-Affäre“ des Jahres 1962 wurde u. a. durch den Beschluss des BGH, das Verfahren gegen die prominenten Spiegel-Redakteure Augstein und Ahlers nicht zu eröffnen, beendet. S. dazu Hoffmann-Riem, Die Spiegel-Affäre, S. 130–149.

334 Karlsruhe schweigt, in: *Saarbrücker Zeitung*, 19.7.1966.

335 S. a. Eichmüller, Die strafrechtliche Verfolgung, S. 53–73, hier S. 58.

336 Götz, in: *DIE ZEIT*, 1960.

337 BA, B 141/50453, Leserbrief von Bertrand Russell in The Observer, 8.10.1963, Vermerk der Deutschen Botschaft London, 10.12.1963.

338 BA, B 283, 1000135, Geier an BGH-Präsident, 7.2.1964.

seine Auffassungen von einem zeitgemäßen Staatsschutz gegenüber der abweichenden Meinung von Max Güde durchzusetzen. Allgemein galt er zu diesem Zeitpunkt noch als scharfer Verfechter einer harten Linie, wenn es galt, kommunistische Unterwanderungsversuche welcher Art auch immer zu verhindern.[339] 1964 wandelte er aber vor dem Hintergrund der *Spiegel*-Affäre seine Auffassung und veröffentlichte just im *Spiegel* zwei anonyme Artikel, in denen er sich – man könnte meinen, in Fortentwicklung zu einer demokratischen Auffassung von der Rolle der Presse – für die Pressefreiheit einsetzte:

> Wer undurchsichtig – Wichtiges durchsichtig macht, wer im Gesamtinteresse politische Bestrebungen und Ambitionen durchleuchtet, wer das Volk, wo es um vielleicht unwiderrufliche Grundsatzentscheidungen geht, zum Mitreden bringen will, der handelt auch dann ehrenhaft, wenn er etwa irrt, und das Landesverrats-Odium kann ihn nicht berühren.[340]

Dass er Präsident Bruno Heusinger über seine Autorschaft der beiden Artikel anlog, kostete ihn, wie oben erläutert, das Amt. Rolf Lamprecht sieht ihn daher gleichsam als Märtyrer, der nur wegen „Standesverbrechen“ und Verstoßes gegen den Korpsgeist des BGH entlassen worden sei, weil man als Bundesrichter eben nicht im Skandalblatt *Spiegel* schreibe und sich dort auch noch über Kollegen beschwere.[341] Der Journalist Karl-Hermann Flach deutete in der *Frankfurter Rundschau* zeitgenössisch das Geschehen anders: Er sah die Gewissensnot Jaguschs, aber: „Er machte Fehler über Fehler, die nur zeigen, wie ungeübt höchste Richter im Umgang mit jener Oeffentlichkeit sind, über deren Vertreter sie gelegentlich zu urteilen haben.“[342]

In der Mitte der 1960er Jahre deutete sich dann allerdings zumindest ein vorsichtiger Wandel an, der für den Fall des BGH wiederum dem allgemeinen medienge-

339 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 172.

340 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 418. S. auch die anonym erschienenen Artikel: Handel mit Verrätern, in: *Der Spiegel*, 9.09.1964; Droht ein neuer Fall Ossietzky, in: *Der Spiegel*, 4.11.1964.

341 Lamprecht, Der unrühmliche Start, in: *NJW* (2015), S. 2941.

342 Gewissensnot, in: *FR*, 11.11.1964. Diese gewisse Ungeübtheit machte sich noch Jahre später der CSU-Vorsitzende Franz Josef Strauß zunutze, der sein unrühmliches Verhalten in der Spiegel-Affäre 1975 noch einmal in einem Interview mit der Zeitschrift *Esprit* zur rechtfertigen versuchte, indem er die Behauptung aufstellte, Jagusch sei wegen seiner verschwiegenen NS-Vergangenheit vom Spiegel unter Druck gesetzt worden, seine harte Haltung in Staatsschutzsachen zu revidieren. Seine geänderten Ansichten habe er dann gegen viel Geld im Spiegel veröffentlicht. Dagegen ging Jagusch vor und verklagte Strauß vor dem Landgericht Karlsruhe auf Unterlassung solcher Behauptungen. Strauß wiederum nutzte dies öffentlichkeitswirksam, um anhand der unterschiedlichen von Jagusch gegen ihn erhobenen Forderungen zu insinuieren, dass an seinen Spekulationen viel Wahres sei und nicht er, sondern Jagusch die eigentliche Skandalfigur in der Spiegel-Affäre gewesen sei. S. Strauß, in: *FAZ*, 10.2.1975; *Esprit*-Interview: Die Gretchenfrage der Nation: Wie gefährlich sind Sie, Herr Strauß?, hier S. 12. Bruno Heusinger riet Jagusch die Sache auf sich beruhen zu lassen. S. den Schriftwechsel in NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1, Nr. 13.

schichtlichen Trend entspricht.[343] Von Hodenberg sieht als Ursache wie als Effekt der „Zeit der Skandale“ einen Demokratisierungsschub in der Gesellschaft, der nun wirksam wurde. Der beim BGH festzustellende vorsichtige Wandel steht in engem Zusammenhang mit dem zweiten Präsidenten des BGH Bruno Heusinger, der nach Le Bouëdec in den 1950er Jahren zwar ein gutes Verhältnis zur Presse anstrebte, aber insgesamt doch eher als ein Vertreter eines restriktiven Kurses anzusehen war.[344] Wie sich Heusingers Richterbild wandelte, wandelte sich offensichtlich auch seine Einstellung zur Arbeit der Presse – zumindest zum Umgang mit ihr. Als sich 1965 der Deutsche Presserat zu einer Arbeitstagung in Karlsruhe traf, hielten er und sein Pressereferent Günther Willms Referate über das Verhältnis von Presse und Justiz. Während Willms ganz im Stil seiner älteren Äußerungen sich skeptisch über das damals diskutierte Informations*recht* der Presse im Rahmen der Pressefreiheit äußerte, waren von Heusinger andere Töne zu hören. Der Präsident betonte unter der Interjektion „muß das eigentlich immer noch einmal wiederholt werden?“ nicht nur, dass man für „jede fördernde Kritik nur dankbar“ sein könne, sondern er warb bei der Presse in warmen Worten um mehr Verständnis für die Schwierigkeit der richterlichen Aufgaben am BGH und war um Kommunikation auf „Augenhöhe“ bemüht:

> Wir tragen die Last der Vergangenheit nicht nur in uns: Wir versuchen, die Vergangenheit zu bewältigen, als letzte Instanz in Entschädigungssachen, als letzte Instanz in der langen Reihe von Strafverfahren, mit denen das Unrecht vor 1945 gesühnt werden soll. Wir erleben es täglich in unserer Arbeit, daß jede Macht des Staates, jeder Freiheit des einzelnen Grenzen gesetzt sein müssen. Es kann in einer pluralistischen Gesellschaft nicht anders sein, als daß wir mit manchen unserer Entscheidungen den Widerspruch Andersdenkender herausfordern, anderen wehe tun, auch solchen, die guten Willens gegenüber den Notwendigkeiten der Justiz sind. Wir wissen es, daß Freiheit und Bindung, Bindung und Freiheit erst im abgewogenen Einklang die menschliche Existenz darstellen.[345]

Heusinger hatte mit seiner Offerte durchaus Erfolg und konnte durch einen eigens von ihm entwickelten *Jahresbericht für den Bundesgerichtshof*,[346] der allerdings nur bis zu seinem Ausscheiden 1968 veröffentlicht wurde, die Kommunikation mit der Presse und die Sprachlosigkeit zumindest partiell verbessern. Der Öffentlichkeit wurde darin ein Einblick in die Probleme und aktuellen Aufgaben des BGH, viel über die Entwicklung des Personalstandes und der Arbeitslast, aber auch in berufspolitische Überlegungen und Internationalisierungsbemühungen am BGH geboten. Der Ton war erklärend, nicht mehr belehrend, Heusinger warb um Verständnis und versuchte öffentlich diskutierte Fragen, wie zum Beispiel die Forderung nach mehr Richterrecht, aus der Sicht des höchsten Gerichts ohne fachliche Überheblichkeit zu erläutern. Im Jahresbericht 1966 konnte er feststellen, das Verhältnis des BGH zur Presse habe sich

343 Hodenberg, Konsens und Krise, S. 344.
344 Le Bouëdec, L’impossible, S. 120 f., 263 f., 270.
345 Tagungen des Presserats, in: *DRiZ* (1965), S. 93.
346 Jahresbericht 1965, 1966, 1967, 1968/69 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1965–1970.

„weiter aufgelockert“, und nunmehr würden auch Filmaufnahmen im BGH bis zum Beginn der Sitzung zugelassen.[347] Insgesamt wird man aber wohl für den hier in Rede stehenden Zeitraum dem Resümee beipflichten müssen, das Senatspräsidentin Gerda Krüger-Nieland 1990 im Rückblick formuliert hat: Die deutsche Justiz im Allgemeinen wie der BGH im Besonderen habe im Hinblick auf seine Selbstdarstellung in der Öffentlichkeit schlicht „versagt“.[348]

Die „Blutrichterkampagne“ und die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz“

Dieses gewisse „Versagen“ im Umgang mit der Presse hängt auch damit zusammen, dass die Ende der 1950er Jahre einsetzende „zeitkritische“ Presseberichterstattung über die Justiz von einer gleichzeitig beginnenden Kampagnenpolitik der DDR befeuert wurde, auf die die westdeutschen Justizorgane zwar keine angemessene Antwort gefunden haben, die aber zugleich auch den allmählichen Prozess einer Neuorientierung – von deren Initiatoren sicher unbeabsichtigt – unterstützt hat.[349]

Im Mai 1957 startete die DDR ihre erste „vergangenheitspolitische Großkampagne“, die eine Antwort auf das im August 1956 vom Bundesverfassungsgericht bestätigte KPD-Verbot war. Ziel war es, durch kompromittierende Dokumente den „entlarvenden“ Nachweis zu erbringen, dass westdeutsche Juristen, die einst durch ihre Arbeit den NS-Staat unterstützt hatten, nunmehr im Dienste eines kapitalistisch-imperialistischen Systems erneut Unrecht verübten, indem sie Kommunisten verfolgten und das undemokratische „Adenauer-Regime“ unterstützten. Den Auftakt machte eine groß inszenierte Pressekonferenz des sogenannten Ausschusses für Deutsche Einheit,[350] bei der am 23. Mai 1957 der ZK-Sekretär Albert Norden[351] eine Broschüre unter dem Titel *Gestern Hitlers Blutrichter – heute Bonner Justizelite* vorstellte, in der 118 westdeutschen Richtern und Staatsanwälten eine Verstrickung in das NS-Justizunrecht vorgeworfen wurde.[352] Im Zeichen des Kalten Krieges und der ideologischen Blockkonfrontation reagierten die westdeutschen Behörden auf die Anwürfe geradezu reflexartig

347 Jahresbericht 1966 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1967, S. 8.

348 Krüger-Nieland, Richtermacht, S. 1.

349 S. dazu auch Niermann, Zwischen Unbehagen und Verdrängung, S. 103–129, hier S. 104.

350 Der Ausschuss für Deutsche Einheit war am 7.1.1954 auf Beschluss des DDR-Ministerrates gegründet worden und fungierte „als zentrale Regierungsstelle zur politisch-publizistischen Unterstützung der SED-Deutschlandpolitik“. S. Weinke, Die Verfolgung, S. 380, Fn. 13.

351 Albert Norden, geb. 1904, war Sohn eines jüdischen Rabbiners, der während der NS-Zeit in tschechischem, französischem, schließlich amerikanischem Exil gelebt hatte. 1946 war er nach Deutschland zurückgekehrt, 1949 Mitglied der Volkskammer und Abteilungsleiter im „Amt für Information“ geworden. 1954/55 war er Sekretär des Ausschusses für Deutsche Einheit und seit 1955 Mitglied des ZK der SED. S. Podewin, Norden.

352 Nach Podewin, Norden, S. 296, soll es um die Bezeichnung „Blutrichter“ heftige „interne“ Kontroversen gegeben haben, bei denen sich Norden aber mit diesem bewusst provokanten Propagandabegriff durchgesetzt habe.

mit dem Gegenvorwurf, hier handele es sich um rein politische „Zonenpropaganda“ ohne Wahrheitsgehalt. Als in den folgenden drei Jahren die DDR allerdings nahezu halbjährlich immer neue Broschüren mit teils wiederholten, teils neuen Vorwürfen nachlegte und auch polnische und tschechische Behörden ähnliche Veröffentlichungen herausbrachten, wurde die westdeutsche Presse hellhöriger, und im westlichen Ausland, vor allem in Großbritannien, fragten Abgeordnete besorgt, ob die westdeutsche Justiz sich wohl hinlänglich von belasteten Mitarbeitern getrennt hätte.[353] Damit wurde die Kampagne je länger, je mehr zu einem außenpolitischen Problem für die Reputation der Bundesrepublik, und das Auswärtige Amt drängte beim Bundesjustiz – wie beim Bundesinnenministerium auf Klärung und gegebenenfalls Bereinigung der Vorwürfe.[354] Über Jahre hinweg wiegelte man dort aber nur ab, berief sich auf die ehedem durchgeführte Entnazifizierung und Prüfungen bei der Wahl von Richtern, widersetzte sich neuen Überprüfungen und glaubte, durch Abstreiten der lästigen und peinlichen DDR-Kampagne schon auf Dauer Herr werden zu können. Mit der Weigerung, sich dem vergangenheitspolitischen Diskus zu stellen und die Vorwürfe gründlich zu klären, ja die Vergangenheit der Justiz im Nationalsozialismus wirklich wissenschaftlich aufzuarbeiten, spielte man der DDR-Propaganda letztlich nur in die Hände. Denn schon bald sollte immer deutlicher werden, dass eben längst nicht alles Propaganda war, sondern den Vorwürfen in vielen Fällen valides Beweismaterial zum Beispiel in Form von Todesurteilen der Sonder- und Wehrmachtsgerichte zugrunde lagen, unter denen die Unterschriften der angeschuldigten Richter standen.

Annette Weinke hat die in den Jahren bis zum Richtergesetz von 1961 währende Auseinandersetzung zwischen Auswärtigem Amt, Bundesjustizministerium und Länderjustizministern über einen adäquaten Umgang mit den „Blutrichterbroschüren“ sowie dem allmählich dann zugänglichen Beweismaterial nachgezeichnet und dabei deutlich machen können, wie stark die Verweigerungshaltung von Bundesjustizministerium und Deutschem Richterbund gewesen ist, wie halbherzig Aufklärung betrieben wurde und wie wenig man bereit war, die wahre Belastung der nach wie vor amtierenden Richter vorurteilsfrei zu erfassen. Im Zeichen des Kalten Krieges dauerte es Jahre, bis diplomatische Hürden überwunden waren, die einer Einsichtnahme westdeutscher Behördenvertreter in das in der DDR, Polen und der CSSR vorliegende Aktenmaterial entgegenstanden, selbst dann, wenn es galt, der 1958 gegründeten Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen in Ludwigsburg, die nunmehr die Verfolgung von NS-Straftaten übernahm, das nötige Beweismaterial zu verschaffen.[355]

In diesen Kontext lässt sich zwanglos auch das Verhalten des BGH gegenüber seinen Richtern, die in der „Blutrichterkampagne“ in das Fadenkreuz der DDR-Propagandisten geraten sind, einordnen. Bundesjustizminister Hans-Joachim von Merkatz stellte bereits am 19. August 1957 fest, dass die von der DDR erhobenen Vorwürfe, soweit

353 Weinke, Die Verfolgung, S. 76–78.
354 S. dazu schon Brochhagen, Nach Nürnberg, S. 228–239.
355 Weinke, Die Verfolgung, S. 80–100.

sie Bundesbedienstete, also auch die Richter des BGH, beträfen, nicht begründet seien und er es schon aus Gründen seiner Fürsorgepflicht ablehne, irgendwie weiter gegen seine nach 1945 bereits entnazifizierten Beamten vorzugehen oder zu ermitteln.[356] In einer Aktennotiz von Anfang Dezember 1957 wurde apodiktisch festgehalten, dass auch eine „bloße Zugehörigkeit zu einem früheren Sondergericht […] keinen Anlaß zu einer Erhebung“ gebe.[357] Etwa ein Jahr später wurde ergänzt: „Die bloße Zugehörigkeit zu einem früheren Kriegsgericht oder Sondergericht gibt keinen Anlaß zu einer Erhebung.“[358]

Als erster unter den Richtern des Bundesgerichtshofes musste sich vermutlich Bundesrichter Arthur Christoph erklären. BGH-Präsident Weinkauff gegenüber stellte er am 12. Dezember 1957 jedoch fest, dass er sich nicht mehr genau daran erinnern könne, ob er denn wirklich an jenem Todesurteil gegen einen tschechischen Widerstandskämpfer beteiligt gewesen sei, das ihm die DDR-Blutrichterkampagne in gleich mehreren Veröffentlichungen zur Last gelegt hatte. Er konnte nur mitteilen, dass er sich immer für milde Urteile eingesetzt habe. Nur wenige Tage später befand Staatssekretär Walther Strauß im Bundesjustizministerium, dass nach Christophs Aussagen „kein Anlass zu Weiterem“ bestehe.[359] Danach hatte Christoph erst einmal Ruhe. Erst Ende 1959 kam man auf die Sache zurück, weil der Druck, die Dinge aufzuklären, sich erhöht und der Rechtsausschuss des Bundestages sich mit seinem Fall beschäftigt hatte. Dort war man der Auffassung, dass es doch „unverständlich“ sei, wenn sich ein Richter so gar nicht daran erinnern könne, ob er an einem Todesurteil mitgewirkt habe. Christoph wurde erneut befragt, erklärte seine Erinnerungslücken mit einer damaligen Krankheit und hob darauf ab, dass er von der DDR verfolgt werde, weil er 1948 als Personalsachbearbeiter am Oberlandesgericht Gera aus der SBZ geflohen sei. Präsident Weinkauff seinerseits betonte in seinem Bericht an das Bundesjustizministerium, der mittlerweile 69-jährige pensionierte Richter sei in einer so schlechten gesundheitlichen Verfassung, dass eine weitere Aufklärung nicht zu erwarten sei und seine Erinnerungslücken glaubhaft seien.[360] Christoph wurde in der Folgezeit daraufhin nicht weiter mit den gegen ihn erhobenen Anschuldigungen konfrontiert, 1969 verstarb er.

1958 wurden Oskar Haidinger zu seiner Mitwirkung am Sondergericht Lodz und Ernst Kanter zu seiner wehrmachtsrichterlichen Tätigkeit in Dänemark näher befragt.[361] 1959 wurde Fritz Sauer aufgefordert, über seine Rolle bei Exekutionen in Mün-

356 BA, B 141/50449, BJM an Auswärtiges Amt, 19.8.1957.

357 BA, B 141/50449, Aktennotiz, 5.12.1957.

358 BA, B 141/554449, Aktenvermerk, 25.10.1958.

359 BA, B 141/59449, Christoph an BGH-Präsident, 12.12.1957, und Aktenvermerk Staatssekretär Walter Strauß, 20.12.1957.

360 BA, B 141/50451, BMJ an BGH-Präsident, 23.12.1959, Christoph an BGH-Präsident, 15.1.1960, BGH-Präsident an BMJ, 27.1.1961.

361 BA, B 141/50451, Haidinger an BMJ, 5.11.1958. Zu Kanter s. den umfänglichen Schriftwechsel in B 141/50449, 50451 und 50452.

chen Auskunft zu geben. In seinem Fall war schnell klar, dass er bei der reinen Durchführung von Exekutionen praktisch keinen Handlungsspielraum besessen hatte. Wohl aber merkte er, nicht ohne Spitze gegen das Bundesjustizministerium, an, zu Einzelheiten könne man der Einfachheit halber den Abteilungsleiter im Ministerium Walter Roemer befragen, der damals als Erster Staatsanwalt in München für die Vollstreckungen die eigentliche Verantwortung getragen habe.[362]

Obwohl schon durch diese Fälle erkennbar wurde, dass die DDR-Anschuldigungen neben aller politischen Propaganda doch auch in vielen Fällen mindestens zum Teil substantiiert waren, konnten sich Bund- und Länderjustizministerien zu keiner konsequenten Linie im Umgang mit politisch belasteten Richtern durchringen. Man setzte in dieser Situation auf den freiwilligen Rückzug jener, die selbst gut genug wussten, was sie in der NS-Zeit verantwortet hatten, zumal die öffentliche Kritik an jenen Belasteten immer nachdrücklicher wurde.

Dafür sorgte auch die nun von westdeutschen SDS-Studenten mit Dokumenten aus osteuropäischen Archiven konzipierte Ausstellung *Ungesühnte Nazijustiz*, die am 27. November 1959 im Kleinen Saal der Stadthalle Karlsruhe eröffnet wurde. Motor des Ausstellungsprojekts war der SDS-Aktivist Reinhard Strecker, in Karlsruhe fand er die Unterstützung des SDS-Vorsitzenden Wolfgang Koppel. Obwohl sich der SPD-Parteivorstand von dem Vorgehen der sozialistischen Studenten distanzierte, weil er befürchtete, dass das Vorhaben als Handlangerdienst für die ostdeutsche „Blutrichterkampagne“ wahrgenommen werden würde, erzielten die Studenten mit ihrer ganz einfachen, im Wesentlichen aus kopierten Dokumenten bestehenden Ausstellung großen Erfolg. Und das lag nicht zuletzt daran, dass die Ausstellung die Beachtung des Generalbundesanwalts und ehemaligen BGH-Richters Max Güde fand. Er besuchte die bald schon aus der Stadthalle vertriebene und in ein kleines Karlsruher Wirtshaus verlegte Ausstellung und attestierte dem vorgelegten Material Authentizität. Das brachte die Wende in der anfänglich negativen Presseberichterstattung. Fortan wurde an jedem Ausstellungsort über die ausgestellten Dokumente auch mit regionalen Bezügen berichtet. Güde hingegen brachte seine Einschätzung der Echtheit des ausgestellten Materials die Kritik vieler seiner Kollegen ein, zumal in den Begleitpublikationen zur Ausstellung im Laufe der Zeit nicht weniger als 18 ehemalige und aktive BGH-Richter als Belastete aufgeführt wurden.[363] In jedem Fall half sein Besuch der Ausstellung, unvoreingenommener wahrgenommen zu werden, und den Ausstellungsmachern, das Problem der unbewältigten NS-Vergangenheit der Justiz und vieler Richter als gesamtgesellschaftliches Problem adressieren zu können. Gegen 43 Richter erstatteten Strecker und Koppel schließlich am 18. Januar 1960 Strafanzeige, was eine Überprüfung der Tätigkeit der beschuldigten Richter zur Folge hatte, sofern sie noch im

362 BA, B 141/50451, Sauer an BGH-Präsident, 18.9.1959.

363 Siehe Koppel, Justiz im Zwielicht. Diese Publikation enthält die umfänglichsten Namenslisten belasteter Richter, die in der Ausstellung genannt wurden, darunter 18 ehemals oder damals aktiv am BGH tätige.

Dienst waren, und auch ein Beschluss der Justizministerkonferenz vom Oktober 1960, mit „Nachdruck“ die NS-Vergangenheit der Richter zu prüfen, bewegte etwas.[364]

Auch die Debatte um Verjährung der NS-Mordtaten 1960, filmische Auseinandersetzungen mit der Thematik wie Wolfgang Staudtes Kinofilm *Rosen für den Staatsanwalt*[365] oder auch offene Briefe westdeutscher Intellektueller, die Aufklärung in der Justiz forderten, erhöhten den Handlungsdruck. Zu einer Regelung, die das zwangsweise Ausscheiden der belasteten Richter bei erwiesener NS-Belastung vorgesehen hätte, ist es bei alledem jedoch nie gekommen. Auch das Deutsche Richtergesetz vom 14. Juni 1961 eröffnete in den Paragraphen 111a und 116 lediglich die großzügige Möglichkeit für all jene, die politisch belastet waren, sich bis zum Juni 1962 pensionieren zu lassen, ohne Abstriche bei ihren Ruhegehaltsbezügen, wovon aber lediglich 149 Richter bundesweit Gebrauch gemacht haben.[366]

Wie im Einzelfall die Überprüfungen im Gefolge der diversen Veröffentlichungen liefen und welche Tätigkeiten nun einer kritischeren Betrachtung unterzogen wurden, zeigen die Fälle Piepenbrock und Ebel. Sie machen zudem deutlich, welche Zusammenhänge die mangelnde Einsicht in die Unrechtmäßigkeit der Sondergerichtsrechtsprechung begünstigten.

Der 1953 zum Bundesrichter gewählte Johannes Piepenbrock war 1933 schon Parteigenosse geworden und offensichtlich als Oberlandesgerichtsrat in Hamm auch gelegentlich in Kriegszeiten am Landgericht Paderborn tätig.[367] 1960 fand man in alten Gefangenenakten des Gefängnisses Wolfenbüttel ein Todesurteil, das die Strafkammer des Landgerichts Paderborn am 8. Januar 1943 unter seiner Mitwirkung über einen Invaliden verhängt hatte, der sich an sieben Mädchen im Alter von unter 14 Jahren sexuell vergangen hatte. Das schwere Verbrechen an den Kindern musste natürlich geahndet werden, doch die Form des Urteils und die Strafzumessung riefen Bedenken hervor. Im Urteil hieß es zum Beispiel: „Er ist ein alter, verbrauchter Mann, der der Volksgemeinschaft nichts mehr nutzen kann.“ Er sei „ein für die Volksgemeinschaft wertloser Mensch […]; der Schutz der Volksgemeinschaft erfordert daher seinen Tod.“ Der Unwert des Täters sei so groß, dass er „ausgemerzt“ werden müsse.[368] Wer solche Formulierungen gebrauchte oder mitgetragen hatte, der musste entweder von diesem Unrechtsdenken überzeugt gewesen sein oder aber sich im gegenteiligen Fall in außerordentlicher Weise innerlich „verbogen“ haben. Bei Piepenbrock spricht viel für die erste Vermutung. Denn der Präsident des BGH erbat von Piepenbrock eine Stellungnahme, und der antwortete am 4. Mai 1960 denkbar kurz: „Das Urteil entsprach der damaligen Rechtslage. Ich habe bei der Mitwirkung an dem Urteil nach meiner

364 Glienke, Die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz“, S. 46, 48, 51, 55, 59, 174. S. dazu auch Brochhagen, Nach Nürnberg, S. 320 mit Abdruck der angezeigten 43 Richter und S. 327.

365 S. dazu auch Brochhagen, Nach Nürnberg, S. 224–226.

366 Weinke, Die Verfolgung, S. 100–129.

367 BA, Pers 101/76095, Personalblatt.

368 BA, Pers 101/76098, Justizministerium Niedersachsen an BMJ, 12.4.1960.

richterlichen Überzeugung gehandelt.“ Für den Präsidenten des BGH war das hinreichend, am 5. Mai teilte er dem BMJ mit, dass er keinen Hinweis auf irgendwie strafbare Handlungen Piepenbrocks erkennen könne. Auch der immerhin zusätzlich nun eingeschaltete Generalstaatsanwalt in Hamm war zwei Wochen später der Meinung, es gebe keinen Anhaltspunkt für das „Vorliegen einer Rechtsbeugung“, und daher brauche es kein Ermittlungsverfahren. Das war formal korrekt, da der BGH in seiner einschlägigen Rechtsprechung ja den Nachweis der Rechtsbeugung für die Strafbarkeit von Justizunrecht aus der NS-Zeit zur Bedingung gemacht hatte. Die rechtsstaatliche Problematik des Vorgehens von Piepenbrock und die Übernahme nationalsozialistischer Denkweisen und Argumentationsmuster in das Urteil wurden gar nicht zum Gegenstand gemacht. Möglicherweise verhinderte auch die unbestreitbare Verwerflichkeit der abzuurteilenden Tat die Beachtung der üblichen rechtsstaatlichen Standards sowohl bei Piepenbrock selbst wie bei der nachträglichen Überprüfung. Für Piepenbrock war die Sache damit erledigt.

Im Fall Ebel hatte ein Todesurteil aber noch ein längeres Nachspiel.[369] Ernst Ebel, der seit 1933 Parteigenosse gewesen war, weil er, wie er vor der Spruchkammer eingestand, sein Fortkommen sichern wollte, war 1938 Landgerichtsrat in Frankfurt am Main geworden. Dort wurde er auch zu Sitzungen des Sondergerichts hinzugezogen und wirkte auch mindestens an einem Todesurteil mit. In seinem Spruchkammerverfahren 1948 hatte er diese politisch bedeutsame Verwendung nicht angegeben, das Spruchkammerurteil wurde daher in Unkenntnis dieses Belastungsmoments gefällt.[370] Dem Richterwahlausschuss, der Ebel 1959 zum Bundesrichter wählte, war es aber bekannt. Mittlerweile war er auch in einer Veröffentlichung aus der DDR als „Blutrichter“ angeprangert worden.[371] Ein Jahr später aber wurde der Personalreferent des Bundesjustizministeriums Hans Winners vonseiten der Hessischen Justizverwaltung erneut darauf aufmerksam gemacht und erwog eine Überprüfung, die er letztlich auch durch die zuständige Staatsanwaltschaft durchführen ließ, obwohl der BGH-Präsident gleich die Auffassung vertrat, dies sei nicht nötig, da der Richterwahlausschuss ja in Kenntnis des Falles Ebel gewählt habe und auch sonst nicht erkennbar sei, dass sich Ebel bei dem als problematisch angesehenen Urteil falsch verhalten habe.[372]

Es ging bei dem fraglichen Urteil um einen einfachen, wegen Sittlichkeitsdelikten bereits vorbestraften Mann, der zum Tode verurteilt und hingerichtet worden war, weil er eine Frau, deren Mann im Felde stand, vergeblich versucht hatte zu vergewaltigen. Im Zuge der von Generalstaatsanwalt Fritz Bauer nun durchgeführten Überprü-

369 BA, Pers 101/76098, Piepenbrock an BGH-Präsident, 4.5.1960, BGH-Präsident an BMJ, 5.5.1960, Generalstaatsanwalt Hamm an Justizministerium NRW, 19.5.1960.

370 BA, Pers 101/75793, Tätigkeitsbericht für die Zeit 1933 bis 1945. Die Spruchkammerakte in HSTA Wiesbaden, Abt. 529/11 Nr. 46993.

371 Miquel, Ahnden, S. 387; BA, Pers 101/75791, Ebel an BGH-Präsident, 12.5.1960. Die Erklärung gegenüber dem Richterwahlausschuss aus dem Jahr 1959 liegt den Unterlagen bei.

372 BA, Pers 101/75791, Aktenvermerk Dr. Winners, 3.5.1960, BGH-Präsident an BMJ, 13.5.1960 und wieder 30.1.1961.

fungen ergab sich eine Diskussion, die die Unterschiede nicht nur der juristischen Bewertung des Falles zeigen, sondern auch fortdauernde Grundauffassungen aus der NS-Zeit beleuchten, die zu diesem Zeitpunkt nicht nur bei Ebel, sondern wohl auch in der Leitung des BGH noch vorhanden waren. Dem Präsidenten des BGH klagte Ebel im Februar 1961, der Generalstaatsanwalt in Frankfurt habe ihm gegenüber geäußert, dass die Verhängung der Todesstrafe in diesem Fall und überhaupt die Anwendung des Paragraphen 4 der „Verordnung gegen Volksschädlinge“ „objektiv rechtswidrig“ gewesen sei. Das sehe er nicht so und beschrieb die damals vorherrschenden schwierigen Zeitumstände.

> Es steht mit den allgemeinen Rechtsanschauungen der abendländischen Kulturwelt nicht in Widerspruch und ist nach den Erfahrungen, die alle kriegführenden Staaten gemacht haben, nicht zu vermeiden, daß in einer solchen Zeit Gesetzgebung und Rechtspflege den durch den Krieg verursachten besonderen Verhältnissen durch verschärfte Strafdrohungen und strenge Bestrafung Rechnung tragen und hierbei dem Gesichtspunkt der Abschreckung besondere Bedeutung beimessen.

Er wisse nicht mehr, wie er in der kollegialen Beratung des Sondergerichts abgestimmt habe bei der Diskussion des Strafmaßes, er habe sich dabei aber nicht unter Druck gefühlt, habe frei urteilen können. Es sei ordentlich verhandelt worden, nach sorgfältiger Prüfung habe angesichts der obwaltenden Umstände nicht anders entschieden werden können. Er sehe keinerlei Rechtsbeugung, auch die anderen Richter hätten seiner Meinung nach völlig korrekt gehandelt.[373]

Generalstaatsanwalt Fritz Bauer, der das Verfahren am Ende wegen „subjektiver Gründe“, also weil auch Ebel keine Rechtsbeugung nachzuweisen war, einstellte, belehrte ihn im Einstellungsbeschluss vom 17. April 1961 eines Besseren: Ebels Ansicht der objektiven Rechtmäßigkeit des Todesurteils sei rundweg falsch. Das Sondergericht habe extensiv die „Volksschädlingsverordnung“ interpretiert und ein unschwer mögliches leichteres Strafmaß gar nicht erwogen. Das Tatbestandsmerkmal des „gesunden Volksempfindens“, das in der Urteilsbegründung herangezogen wurde, sei sehr auslegungsbedürftig gewesen, hätte also auch zugunsten des Angeklagten gedehnt werden können. Die Todesstrafe sei in diesem Fall folglich eine übermäßig hohe, grausame Strafe, deren überzogener Charakter auch dadurch belegt wird, dass 250 Arbeitskollegen sich für den Angeklagten eingesetzt hätten und sogar das Opfer der Tat und ihr Ehemann gebeten hätten, ein Todesurteil zu vermeiden. Das Sondergericht aber habe diese Gesichtspunkte in keiner Weise gewürdigt und das Todesurteil verhängt. Nicht einmal ein Gnadenerweis, den sogar die Staatsanwaltschaft befürwortet habe, sei durch das Sondergericht erwogen worden. „Dem Beschuldigten ist indessen nicht nachzuweisen, dass er sich bei seiner Mitwirkung in dem Verfahren gegen [...] bewusst war, gegen das Recht zu verstossen,“ stellte Bauer abschließend fest, es ließe sich nicht beweisen, dass sich Ebel von außerhalb des Rechts stehenden Erwägungen

373 BA, Pers 101/75791, Ebel an BGH-Präsident, 21.2.1961.

habe leiten lassen. Daher müsse er das Verfahren einstellen.[374] Damit war die Sache für Ebel freilich noch nicht ausgestanden. 1962 machte der *Spiegel* das von ihm mitverantwortete Todesurteil nochmals zum Thema, Ebel echauffierte sich über diesen neuerlichen Angriff, der nach den kurz zuvor erfolgten Ermittlungen des Frankfurter Generalstaatsanwalts jedoch keine weiteren Folgen zeitigte. Ebel hat diese wiederkehrende Belastung und die öffentliche Diskussion über sein richterliches Verhalten aber offenbar nicht ertragen und ist aus Krankheitsgründen dann 1963 vorzeitig in den Ruhestand getreten.[375]

Die DDR hat auch nach der „Hoch-Zeit" der großen „Blutrichterkampagne", die wegen ihrer weitreichenden Wirkung in Westdeutschland von Walter Ulbricht wie von der Staatssicherheit als großer Erfolg betrachtet wurde,[376] ihre „Entlarvungs"-Bemühungen fortgesetzt, etwa in der 1965 beginnenden „Braunbuchkampagne", in deren Rahmen 1968 nochmals 1118 „NS-Juristen" genannt wurden.[377] Darüber hinaus wurde auch in Einzelfällen immer wieder versucht, die Verstrickung der westdeutschen Justizelite in den NS-Unrechtsstaat zu dokumentieren. Einzelpersonen, Organisationen[378] und Verbänden wie der VVN wurde auf Nachfrage Material zugespielt,[379] mit dem solche Vorwürfe auch im Westen öffentlich erhoben werden konnten. Der Druck auf die Karlsruher Richter blieb dadurch im gesamten Untersuchungszeitraum erhalten, das Thema verharrte beständig auf der Tagesordnung.

Dabei stand der 3. Strafsenat des BGH, an dem Staatschutzdelikte verhandelt wurden, naturgemäß im Zentrum des Interesses, weil hier immer wieder kommunistische Spionage und Unterwanderungsversuche der westdeutschen Demokratie verhandelt wurden. Zwischen 1954 und 1958 stand diesem damals noch als 6. Strafsenat firmierenden Spruchkörper Friedrich-Wilhelm Geier vor, der nie Parteigenosse gewesen war und sich schon am Obersten Gerichtshof für die Britische Zone durch Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 in der Verfolgung von NS-Verbrechen einen Namen gemacht hatte.[380] Geier galt bald als eigentlicher „Scharfmacher" in Staatsschutzsachen

374 BA, Pers 101/75791, Einstellungsbeschluss des Generalstaatsanwalts Frankfurt, 17.4.1961.

375 BA, Pers 101/75791, Ebel an BGH-Präsident, 21.7.1962, BGH-Präsident an BMJ, 26.9.1963.

376 Weinke, Die Verfolgung, S. 113 f.

377 Bästlein, „Nazi-Blutrichter als Stützen des Adenauer-Regimes", S. 408–443, hier S. 408. Allerdings fand die Kampagnenpolitik der DDR, anders als Bästlein angibt, mit dem Jahr 1968 kein Ende. S. dazu das Folgende.

378 BStU, Archiv Zentralstelle, MfS, HA/11 RHE, Nr. 34/86, Bd. 12, Aktionsgemeinschaft der deutschen Rechtsanwälte e. V., Vorsitzender Husmann an Staatsverlag der DDR, 12.10.1970. Nachgefragt wurde nach belastendem Material gegen Bundesrichter Friedrich Börtzeler, das in einem ehrengerichtlichen Verfahren gegen einen Würzburger Anwalt verwendet werden sollte, um einen Befangenheitsantrag gegen Börtzeler stellen zu können.

379 S. beispielsweise BStU, Archiv Zentralstelle, MfS, HA IX/11 RHE, Nr. 34/86, Bd. 9, VVN Präsidium an Generalstaatsanwalt der DDR, 8.10.1974. Die VVN bat um belastendes Material gegen die Bundesrichter Friedrich Börtzeler und Herbert Arndt.

380 Gleichwohl wehrte sich Geier gegen politische Überlegungen, belastete Richter zwangsweise zu pensionieren, und drohte mit einer Verfassungsklage. S. v. Miquel, Ahnden, S. 93. Motiviert war dieser

mit kommunistischem Hintergrund,[381] doch vermochte man gegen ihn vonseiten der DDR kein politisch belastendes Material in Stellung zu bringen.[382]

Das änderte sich, als 1958 Ernst Kanter den mittlerweile als 3. Strafsenat firmierenden Staatsschutzsenat übernahm. Kanter muss in der aufziehenden „Blutrichterkampagne“ den DDR-Propagandisten wie ein Geschenk des Himmels vorgekommen sein, denn durch seine hohe wehrmachtsrichterliche Tätigkeit im Krieg und zuvor schon am vom NS-Staat wiedergegründeten Reichskriegsgericht bot er eine Vielzahl von Angriffsflächen, die weidlich ausgenutzt werden konnten. Der DDR-Anwalt Friedrich Karl Kaul stellte, wohl in Absprache mit Albert Norden, bei erstbester Gelegenheit einen Befangenheitsantrag gegen Kanter und präsentierte genüsslich Beweismaterial, in dem Kanters Unterschrift auf Todesurteilen gegen dänische Widerstandskämpfer zu sehen war.[383] In diversen „Blutrichterbroschüren“ tauchte sein Name auf, auch kommunistisch gesinnte dänische Widerstandskämpfer meldeten sich mit Vorwürfen zu Wort,[384] und die DDR-Presse begleitete seine ersten Schritte im Amt des Senatspräsidenten des 3. BGH-Strafsenats mit entsprechenden diffamierenden Presseberichten.[385] Bemühungen Kanters, seine Tätigkeit im „Dritten Reich“ zu erläutern,[386] waren angesichts dieser Sachlage ebenso zwecklos wie der Versuch einiger Richterkollegen am BGH, eine öffentliche Ehrenerklärung für ihren neuen Kollegen abzugeben. Am Ende wurden auch sie direkt von der DDR-Presse als Komplizen eines NS-Verbrechers angegriffen.[387] Da die Affäre Kanter auch im westlichen Ausland zu Aufmerksamkeit führte und unangenehme Nachfragen erzeugte, seine Berufung sich mithin immer mehr als Desaster für den BGH herausstellte, resignierte Kanter, gesundheitlich angeschlagen, schon nach anderthalb Jahren und machte im Alter von 64 Jahren den Stuhl frei für einen Nachfolger.[388]

Doch auch mit Heinrich Jagusch, der 1959 zum Senatspräsidenten befördert, den 3. Strafsenat übernahm, hatte der BGH kein Glück. Jagusch war ebenfalls schon in den DDR-Blutrichterbroschüren genannt worden[389] und stand auf der Liste von Beschuldigten, die in den Publikationen der SDS-Studenten Strecker und Koppel später abge-

---

Schritt wohl durch die Besorgnis einer Beeinträchtigung der richterlichen Unabhängigkeit, die er in Abgrenzung zur NS-Justiz als zentral für einen Rechtsstaat ansah.

381 S. dazu Posser, Anwalt im Kalten Krieg, S. 123.

382 S. Wagner/Willms, Der 6. Strafsenat, S. 265–272; Pöpken, Vergangenheitspolitik, S. 401–424 portraitiert Geier sehr ambivalent, billigt ihm aber zu, die Verfolgung von NS-Verbrechern nach Kontrollratsgesetz Nr. 10 am Obersten Gerichtshof der Britischen Zone ähnlich intensiv betrieben zu haben wie sein Vorgesetzter Curt Staff.

383 V. Miquel, Ahnden, S. 62.

384 V. Miquel, Ahnden, S. 388.

385 S. z. B. Nazirichter, in: *Der Morgen*, 1.6.1958.

386 S. beispielsweise BA, B 141/50451, Vermerk Kanters, 27.11.1958.

387 S. z. B. Mörder, in: *Neues Deutschland*, 1.11.1958.

388 BA, Pers 101/48830, BGH-Präsident an BMJ, 16.7.1959.

389 V. Miquel, Ahnden, S. 119 f., 388.

druckt wurde.[390] Als Mitglied des „Geier-Senates“ war er als scharfer Staatsschützer bekannt geworden. Diese Linie setzte er auch als Vorsitzender des 3. Strafsenats fort und geriet so mit Generalbundesanwalt Max Güde in Konflikt, der Jaguschs überharte Urteilspraxis deutlich kritisierte. Ein auf Betreiben von BGH-Präsident Heusinger organisiertes, der Vermittlung der Standpunkte dienendes Gespräch im Bundesjustizministerium brachte keine Annäherung.[391] Auch mit dem Staranwalt der DDR, Friedrich Karl Kaul, legte sich Jagusch an und erklärte ihn auf Beschluss des Senats zum *advocatus inhabilis*, was praktisch den Ausschluss als Strafverteidiger bedeutete. Jahre später brandmarkte das Bundesverfassungsgericht diesen Schritt, den der Senat mit der Beeinflussung der Verteidigung Kauls durch politische Vorgaben aus der DDR begründet hatte, als rechtswidrig.[392] Gegen Ende seiner von vornherein nur auf begrenzte Dauer angelegten Dienstzeit als Vorsitzender des 3. Strafsenates publizierte 1962 die DDR eine eigene Broschüre über ihn, die ihn als Werkzeug des NS-Staates und Handlanger des westdeutschen Kapitalismus zu brandmarken suchte.[393] Ziel war es vor allem, Jagusch, der häufig nach außen als ehemaliges SPD-Mitglied der Weimarer Jahre und Gewerkschaftsmitglied, das sich aus eigener Kraft hochgearbeitet hatte und zu einem glänzenden Juristen geworden war, vorgestellt wurde, zu diskreditieren. Darin wurde behauptet, Jagusch sei in der späten Weimarer Republik ein Agent der NSBO gewesen, habe als Gau-Betriebsberater in der Gauwaltung der Berliner DAF gearbeitet, sei trotz fehlenden Abiturs von den neuen NS-Machthabern zum Studium zugelassen und dabei finanziell gefördert worden. Am Ende sei er zum Dank in die NSDAP eingetreten und habe in seiner Doktorarbeit den NS-Staat verherrlicht. „Der Jurist Jagusch ist eine Geburt der Hitlerfaschisten“, resümierte die Broschüre. Schlimmer aber noch sei es, dass er sich nach 1945 dann den „Bonner Ultras“ wieder zur Verfügung gestellt habe. „FORT MIT DEM FASCHISTEN JAGUSCH AUS DEM WESTDEUTSCHEN JUSTIZAPPARAT!“, forderte man. Soweit die erhaltenen Unterlagen beim Bundesbeauftragten für die Unterlagen des DDR-Staatssicherheitsdienstes dies noch erkennen lassen, hatte man zumindest für einige Behauptungen auch tatsächlich valide Zeugnisse: Jagusch war nach seinem in DDR-Archiven überlieferten Anstellungsvertrag seit dem 1. August 1933 hauptamtlich bei der DAF tätig gewesen, genau genommen allerdings vom 1. August 1933 bis zum 31. März 1934 beim gleichgeschalteten Deutschen Büro- und Behördenangestellten-Verband, Bezirk Berlin-Brandenburg, und vom 1. April 1934 bis 30. April 1934 bei der ebenso in die DAF überführten Deutschen Angestelltenschaft, Abteilung Rechtsberatung. Ab dem 1. Mai 1934 hatte er dann bei der Rechtsberatungsstelle

390 Koppel, Justiz im Zwielicht, S. 84.

391 Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 385.

392 S. Band 2, Kap. 2.9. S. a. Rosskopf, Friedrich Karl Kaul, S. 147.

393 BStU, Archiv der Zentralstelle, MfS – HA IX, Nr. 22589, Pressekonferenz des Nationalrats der Nationalen Front des demokratischen Deutschland am 14.12.1962 in Berlin: Die unbewältigte Vergangenheit des Dr. Heinrich Jagusch. Der Bonner Großinquisitor gegen Frieden und Demokratie – Vertrauensmann der Arbeitsfront und Totengräber der Freien Gewerkschaften. Großschreibung im folgenden Zitat im Original.

der DAF in Berlin gearbeitet.[394] Auch seine Mitgliedschaft in der NSDAP, die Jagusch bis dahin nie angegeben hatte, wurde korrekt von der DDR angezeigt.[395] Seine Doktorarbeit mit dem Titel *Die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront. Ihre Aufgaben, ihr Wesen und ihre Rechtsverhältnisse*, erschienen in Berlin 1940 in den vom Direktor des Instituts für Arbeitsrecht an der Universität Berlin herausgegebenen *Schriften zum Arbeitsrecht*, griff ein Thema der NS-Arbeitspolitik auf und zeigte fraglos etliche sprachliche Anklänge an den NS-Zeitgeist. Eine reine Eloge auf das NS-System, wie es die Broschüre insinuierte, stellt sie im engeren Sinne allerdings nicht dar. Alle anderen Anschuldigungen waren entweder überzogen, ausgeschmückt oder entbehrten – soweit sich dies in der Überlieferung des BStU prüfen lässt – völlig der Beweise. Insbesondere für die Behauptung, sein Studium der Rechtswissenschaften sei von NS-Dienststellen finanziert worden, fehlt es an Belegen. Gleichwohl konnte die DDR Jaguschs längst vereinbarten Rücktritt als Senatspräsident des 3. Strafsenates 1962 als weiteren Erfolg ihrer „Entlarvungstätigkeit“ feiern.[396]

Das dürfte Grund genug dafür gewesen sein, die Kampagnenpolitik auch bei Jaguschs Nachfolger Hans-Eberhard Rotberg fortzusetzen. „Statt Nazi jetzt Gewerkschaftsfeind. Freiheitssender 904 entlarvt Jagusch-Nachfolger Rotberg,“ überschrieb das *Neue Deutschland* einen Artikel, in dem nach Rotbergs Berufung seine angeblich gewerkschafts- und arbeiterfeindliche Haltung angegriffen wurde.[397] Ganz so leicht wie mit Kanter und Jagusch hatte es die DDR-Propaganda mit Rotberg allerdings nicht. Schon bei seinem Amtsantritt stellte die *Stuttgarter Zeitung* fest, dass er ganz anders sei als sein Vorgänger: „Jagusch ist klein und schmal, der Typ eines disziplinierten, scharfsinnigen und umsichtigen Verhandlungsführers; Rotberg dagegen groß und elegant, grandseigneural und geistreich. Er hat Sinn für Wirkung und Pointe.“[398] Und tatsächlich zog mit ihm eine viel mildere und umsichtigere Handhabung des Staats-

394 BStU, Archiv Zentralstelle, MfS, HA IX/11 ZJ 201, Akte 14, Anstellungsvertrag Jagusch.

395 BA, Pers 101/74199, BMJ an Generalbundesanwalt, 27.4.1967. Die dienstlichen Verhältnisse erhellen am besten aus dem Besoldungsblatt des Jahres 1938, das neben anderen Anstellungsunterlagen und einem Bild Jaguschs in einer NS-Uniform (vermutlich der DAF) zu finden ist in BA, C Rep 375-01-10, Nr. 595.

396 Änderungen, in: *Deutsche Zeitung*, 17.12.1962. Die Zulassung zum Studium der Rechtswissenschaften hatte sich Jagusch definitiv durch Absolvierung einer Begabtenprüfung beim Bildungsministerium erworben. Zur Begabtenprüfung s. Grüttner, Studenten, S. 152 f. Die Absolvierung der Begabtenprüfung setzte nach § 2 der Ordnung der Prüfung für die Zulassung zum Studium ohne Reifezeugnis an den deutschen Hochschulen vom 8.8.1938 voraus, dass der Bewerber „deutschen oder artverwandten Blutes“ war und „die Gewähr dafür biete[t], daß er jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat eintritt“. S. Huber/Senger, Das Studium ohne Reifezeugnis, S. 12 f. Zu Jaguschs Studienberechtigung und Dissertation s. Archiv der HU Berlin, Juristische Fakultät Nr. 341, Gesuch zum Doktor der Rechtswissenschaften, 20.04.1940, Lebenslauf, 8.1.1940. Pöpken, Vergangenheitspolitik, S. 424–441 stützt sich in seiner biographischen Skizze zu Jagusch sehr auf die DDR-Propagandaschrift und kommt zu einer insgesamt negativen Wertung.

397 Statt Nazi jetzt Gewerkschaftsfeind, in: *Neues Deutschland,* 29.12.1962.

398 Von Jagusch zu Rotberg, in: *StZ*, 18.12.1962.

schutzrechts in den 3. Strafsenat ein, so dass umgekehrt der nach der Fränkel-Affäre ernannte Generalbundesanwalt und frühere BGH-Richter Ludwig Martin nun den BGH für seine Nachsichtigkeit kritisierte.[399] Auch in der Bekämpfung des Rechtsradikalismus zeigte Rotberg Haltung und war daran beteiligt, Jugendliche, die Generalstaatsanwalt Fritz Bauer hatten ermorden wollen, zu zwei Jahren Haft zu verurteilen. Das Urteil fand klare Worte zum Rechtsradikalismus in der Bundesrepublik.[400]

Erst 1965 lieferte eine bis heute undurchsichtige Weiterleitung von Dokumenten an die in Hof erscheinende *Frankenpost* Material für eine breitere Propaganda gegen Rotberg. Der Regionalzeitung war das Protokoll einer Vernehmung Rotbergs zugeleitet worden, die die Gestapo Breslau 1943 durchgeführt hatte.[401] Der Anlass dafür war der Besuch eines Bekannten namens Dr. Weiß, der Rotberg nicht nur von seinen Widerstandsaktionen berichtet hatte, sondern auch mit ihm einer Meinung über den Niedergang Deutschlands unter dem NS-Regime gewesen war. Weiß flog nach seinem Besuch bei Rotberg auf und wurde wegen seiner Widerstandsaktionen hingerichtet. Die Gestapo ermittelte nun, inwieweit Rotberg in die Sache verwickelt sei und warum er nicht – wie es nach damaliger Rechtslage seine Pflicht gewesen wäre – Weiß angezeigt hatte. Die außerordentlich prekäre Situation hatte Rotberg dadurch zu meistern versucht, dass er alles relevante Wissen über die Tätigkeit seines Bekannten abstritt und sich selbst als überzeugten Nationalsozialisten darstellte. Besonders hob er hervor, dass er Mitarbeiter des SD des Reichsführers SS sei – eine kühne Aussage, hatte er doch lediglich Examenskandidaten betreut, die ihre Prüfungsarbeiten im Rahmen des II. Staatsexamens über Themen schrieben, die den SD betrafen. Immerhin konnte er so den Kopf aus der Schlinge ziehen, obwohl in seinen Personalakten zum damaligen Zeitpunkt schon hinreichend Anhaltspunkte dafür vorhanden waren, dass er als geprägter Katholik kein überzeugter Nationalsozialist war, sondern sich lediglich so weit angepasst hatte, wie es nötig war, um die eigene Karriere nicht zu gefährden.[402] Für die Presse im Jahr 1965 war das nur bedingt zu durchschauen, so dass das Meinungsspektrum über Rotbergs Fall sehr breit wurde. Die DDR-Propaganda griff naturgemäß nur das heraus, was hilfreich war, um Rotberg als „Nazi“ charakterisieren zu können. Und so entwickelte sich auch in diesem Fall eine umfängliche Presseberichterstattung, die den BGH im Zwielicht belasteter Richter erscheinen ließ. Einige fragten aber nun auch, wer wohl jenseits der DDR ein Interesse habe, die aktenmäßig längst

399 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 411.

400 S. Band 2, Kap. 2.10 und Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 381.

401 Die einschlägige Presseberichterstattung um den Fall Rotberg findet sich umfänglich in BStU, Archiv Zentralstelle, MfS – HA IX, Nr. 23045.

402 Diese Sachlage geht schon aus den in seiner Personalakte in BA, Pers 101/48920 vorhandenen Dokumenten hervor, insbesondere Rotberg an Gauinspekteur NSRB, 11.2.1942; BA, Pers 101/48918 Rotberg an OLG-Präsident Köln, 2.5.1944, Schreiben der Gestapo Breslau, 11.8.1943, Schreiben des SS- und Polizeigerichts Breslau, 10.9.1943, Auskunft der Gestapo Koblenz, 11.9.1943.

bekannte Verwicklung Rotbergs in den Fall Weiß wieder aufzuwärmen und vermuteten undurchsichtige interne Intrigen.[403]

Als Rotberg 1966, wie schon von Anfang an geplant, den Vorsitz im 3. Strafsenat abgab, konnte er seinem Nachfolger Carlhans Scharpenseel einen weitgehend leeren Schreibtisch übergeben, da immer weniger Staatsschutzsachen aufgelaufen waren und die erstinstanzliche Zuständigkeit bald schon weitgehend an die Oberlandesgerichte delegiert wurde.[404] Scharpenseel selbst war zwar als ehemaliger Hilfsarbeiter des Reichsjustizministeriums auch in den Blutrichterbroschüren genannt worden[405] und hatte zu Zeiten von Senatspräsident Friedrich-Wilhelm Geier, als der Senat noch scharf gegen kommunistische Infiltration vorging, schon im 3. Strafsenat gearbeitet.[406] Doch gegen den ebenfalls sehr stark katholisch geprägten Richter, der wegen seiner antinationalsozialistischen Einstellung lange Jahre von der Gauleitung Westfalen-Süd abgelehnt worden war,[407] gab es kaum belastendes Material, so dass die DDR-Kampagnenpolitik gegen die Senatspräsidenten des 3. Strafsenates mit ihm ein Ende fand.

1968 wurden die Berliner BGH-Richter noch einmal durch einen Bericht im *Neuen Deutschland* unter der Überschrift *Bonner Nazis in Westberlin* ins Visier genommen und als „Blutrichter" gebrandmarkt, doch zielte diese Kampagne mehr auf die Infragestellung des Status von West-Berlin und wurde in der Öffentlichkeit auch als Vorspiel für ein Durchreiseverbot durch die DDR für Bundesbeamte wahrgenommen.[408] Immerhin wurden auf diese „Enthüllungen" hin auch die angegriffenen Richter aufgefordert, sich gegenüber dem Chefpräsidenten über die vorgetragenen Belastungsmomente zu erklären. Bundesrichter Rudolf Börker tat dies drei Tage nach Erscheinen des Artikels im *Neuen Deutschland* und gab freimütig zu, dass die meisten Anschuldigungen korrekt waren. Dass seine wehrmachtsrichterliche Tätigkeit in Torgau gar nicht erwähnt wurde, wunderte ihn sogar. In einem dann wohl wieder gestrichenen Teil des Briefes an den Präsidenten des BGH erklärte er, warum er 1962 nicht die Möglichkeit ergriffen hatte, sich wegen seiner Belastungen aus der NS-Zeit gemäß Paragraph 116 des Deutschen Richtergesetzes pensionieren zu lassen. Damals sei er 56 Jahre alt gewesen und habe seine Kinder noch versorgen müssen, jetzt aber wäre er bereit, sich aus „persönlichen u. dienstlichen Gründen" in den Ruhestand versetzen zu las-

403 S. dazu BStU, Archiv Zentralstelle, MfS – HA IX, Nr. 23045. Auch die Radiosendung *Aus der Residenz des Rechts* fragte nach den Hintergründen der Skandalisierung des Falles Rotberg. S. SWR Hörfunkarchiv, W1531043, Gestapo-Protokoll Rotberg, 22.11.1965. Präsident Heusinger war der Auffassung, dass jeder, der Personalakten zu lesen verstehe, direkt sehen könne, dass Rotberg alles andere als ein „Nazi" gewesen sei. Den neuerlichen, unnötigen Skandal hielt er für ein besonderes „Ärgernis". S. NLA Wolfenbüttel, Best. 333 N, Zg. 2016/1, Nr. 18, Heusinger an Staatssekretär Strauß, 2.12.1965.

404 Wechsel im Dritten, in: *FR*, 9.12.1966.

405 V. Miquel, Ahnden, S. 389.

406 Wechsel im Dritten, in: *FR*, 9.12.1966.

407 BA, Pers 101/76150, Zeugnis der Gauleitung Westfalen-Süd, 31.8.1937. Erst 1940 wurde Scharpenseel nach sieben Jahren Assessorenzeit eine Planstelle als Amtsgerichtsrat in Iserlohn übertragen.

408 Bonner Nazis, in: *Neues Deutschland*, 24.4.1968; Bonn, in: *Der Tagesspiegel*, 25.4.1968.

sen.[409] Wenig später machte Börker wegen seiner Beteiligung an dem Rehse-Urteil und einem Leserbrief von sich reden, der seine Befangenheit in dem Verfahren bewirkte. Die Folge war eine offizielle Missbilligung durch den Präsidenten Robert Fischer. Im August 1970 trat er vorzeitig in den Ruhestand.[410]

Auch in der Folgezeit verlor die Staatssicherheit der DDR ihr hochwirksames Kampagneninstrument nicht aus den Augen. Noch 1986 plante man im MfS, eine Sammlung von Sondergerichtsurteilen, die ehemals führende Juristen der Bundesrepublik zu verantworten gehabt hatten, herauszubringen, um die starke Belastung der frühen bundesdeutschen Justiz durch ehemalige „NS-Richter“ in Erinnerung zu rufen. Ein IM „Ludwig“ war bereits auf den Bundesverfassungsrichter Martin Hirsch angesetzt und dieser für die Herausgeberschaft gewonnen worden. Der Niedergang der DDR verhinderte aber schließlich die Realisierung dieses Projektes.[411]

Der BGH als wissenschaftliches Untersuchungsobjekt

Es war aber nicht nur die Presse und die DDR-Propaganda, die sich für die bundesdeutsche Nachkriegsjustiz im Allgemeinen und das oberste Gericht in Zivil- und Strafsachen interessierte, auch die Wissenschaft blickte auf die neue bundesdeutsche Justiz und fragte nach, inwiefern sich deren personelle Zusammensetzung und Judikatur in den demokratischen Rechtsstaat einfügte.

Die Frage nach Herkunft und Urteilsverhalten der Richterinnen und Richter ist alt: Schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts wurde im politischen Raum die These vertreten, dass das Herkunftsmilieu der Richter einen Einfluss auf deren Urteile habe, dass also Richter einer „Oberschicht“ über Angehörige der „Unterschicht“, deren Lebensbedingungen sie nicht kennen würden, urteilten. In der Weimarer Justiz brandmarkten vor allem linke Parteien die Urteilspraxis deutscher Gerichte als „Klassenjustiz“. Ende der 1950er Jahre aber bekamen soziologische Untersuchungen Konjunktur, die auf der empirischen Sozialforschung in den USA aufbauten und versuchten, das Zustandekommen der Entscheidungen des dortigen *Supreme Court* zu ergründen. Im Kern ging es dabei um zwei zentrale Fragen: 1) Wie ist das Herkunftsmilieu der amtierenden Richterschaft zu beschreiben? Und 2) Welchen Zusammenhang gibt es zwischen persönlichen Faktoren und der Urteilspraxis der Richter?[412] Nach Hubert Rottleuthner sind beide Fragen bis heute wissenschaftlich nicht wirklich befriedigend

409 Privatnachlass Börker, Berlin, Börker an BGH-Präsident, 27.4.1968 (Konzept).

410 Privatnachlass Börker, Berlin, Ruhestandsurkunde, 16.2.1970. Schon 1959 scheint sich Börker mit dem Gedanken getragen zu haben, den BGH zu verlassen und sich vorzeitig pensionieren zu lassen. Jedenfalls erbat er bei seiner *alma mater* in Marburg eine Bescheinigung über seine Studienzeiten für einen Antrag gem. § 116a des Bundesbeamtengesetzes, der die Zurruhesetzung von Beamten regelt. S. UA Marburg, Best. 307b, Nr. 1419, Börker an den Dekan der juristischen Fakultät, 30.5.1959.

411 BStU, Archiv der Zentralstelle, MfS, HA IX/11RHE, Nr. 34/86, Bd. 1 Vorlage vom 4.9.1986.

412 Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 120 f.

beantwortet worden, und sowohl in den USA wie in Deutschland hat das Interesse nach derlei Forschungen Ende der 1960er Jahren dann wieder spürbar nachgelassen.[413] Für unseren Zusammenhang sind sie dennoch interessant, weil sie am Ende der 1950er Jahre gleichsam die „Beobachtungsintensität" der deutschen Richterschaft im Allgemeinen und der Tätigkeit der Bundesrichter am BGH im Speziellen erhöht haben.

Erste Ansätze einer neuen „Richtersoziologie" formulierte 1959 Albrecht Wagner in seinem Buch über die „Richter."[414] Empirisch und wissenschaftlich ungleich fundierter und mit weit größerer Ausstrahlung waren die Studien von Walther Richter und Ralf Dahrendorf 1960, denen die Personalbögen von 859 Richtern an den deutschen Oberlandesgerichten zugrunde lagen.[415] Sie führten zu der vielfach zitierten und hochumstrittenen Aussage Dahrendorfs, dass „in unseren Gerichten die eine Hälfte der Gesellschaft über die ihr unbekannte Hälfte zu urteilen befugt ist." 1968 ergänzte Walther Richter seine Untersuchung durch eine weitere Forschungsarbeit, in der er 2.062 zwischen 1961 und 1965 ernannte Richter hinsichtlich ihrer sozialen Herkunft untersuchte und die These untermauerte, dass die alte Behauptung der Richterschaft, die deutschen Richter kämen aus allen Schichten der Bevölkerung, schlicht falsch sei. Richters Ansatz war hier aber weniger kritisch als Dahrendorfs. Er stellte fest: „Auch die Richter ringen um ihr Selbstverständnis und um die Grundlagen für ein neues Verhältnis zur öffentlichen Meinung." Sehr viele hätten sich in den letzten Jahren mit der Stellung des Richters befasst: „Die Diskussion läßt deutlich werden, daß bisher Selbstverständliches zweifelhaft geworden ist und daß auch die Richter ein gewisses Gefühl der Unsicherheit erfaßt hat."[416]

1963 geriet der BGH zum ersten Mal dezidierter in das Blickfeld solcher Untersuchungen, und zwar in einer Arbeit von Friedrich Karl Kübler, der in der deutschen Richterschaft eine Tradition verfassungs- und demokratiefeindlicher Einstellungen erkennen zu können glaubte. Die von BGH-Präsident Hermann Weinkauff propagierte Naturrechtsrenaissance wollte er nicht als Sicherungsinstrument gegen einen Rückfall in NS-Denkweisen verstanden wissen, sondern als Beleg für ein tiefes Misstrauen gegenüber dem westdeutschen Staat und seiner Verfasstheit. Dies machte er auch an BGH-Entscheidungen der 1950er Jahre fest, die er mit der Herkunft der BGH-Richter in Verbindung brachte, wobei er einräumte, dass Vergleichbares in der letzten Zeit nicht mehr festzustellen gewesen sei.[417] Noch nachhaltiger als Küblers Arbeit dürfe die 1965 veröffentlichte Studie von Johannes Feest beim BGH und seinen Richtern gewirkt ha-

413 Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 104 f.

414 Wagner, Der Richter, S. 136 f.

415 Rottleuthner, Einführung in die Rechtssoziologie, S. 102. S. dazu Richter, Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik, S. 241–259 und Dahrendorf, Bemerkungen zur sozialen Herkunft, S. 260–275.

416 Richter, Zur soziologischen Struktur, S. 3.

417 Kübler, Der deutsche Richter, in: *AcP* (1963), S. 104–128.

ben.[418] Feest veröffentlichte erstmals etliche Daten zu Herkunft, Konfession und Laufbahnentwicklung der obersten Straf- und Zivilrichter des Landes und zog daraus weitgehende Schlüsse – mit allerdings etlichen Fehlern. Bemerkenswert an seiner Untersuchung ist zunächst die noch sehr starke Orientierung an den Verhältnissen am Reichsgericht. Dass sich der BGH in vielerlei Hinsicht ganz anders aufgestellt hatte als die Vorgängerinstitution, wurde durch sein Zahlenmaterial deutlich. Ohne weitere Begründung aber insinuierte er dann eine nationalsozialistische Grundhaltung bei allen, die ein berufliches Fortkommen im „Dritten Reich" erreicht hatten, sprach von nur fünf Prozent Entlassener oder Vertriebener am BGH, ohne die Begriffe zu erläutern oder qualitativ zu validieren. Vor allem aber attestierte er dem BGH, weit weniger ehemalige Emigranten wieder angestellt zu haben als das Bundesverfassungsgericht, ohne die völlig unterschiedliche Größenordnung der beiden Gerichte auch nur zu erwähnen. Hier dürfte die bis heute vielfach zu hörende, aber, wie hier dargetan wird, zu undifferenzierte These, der BGH sei überwiegend aus politisch schwer belasteten Richtern zusammengesetzt worden, während das Bundesverfassungsgericht auch personalpolitisch ganz neue Wege gegangen sei, einen wichtigen Ausgangspunkt gefunden haben. Denn Feest stellte zugleich einen engen Zusammenhang zwischen tatsächlicher oder vermeintlicher NS-Belastung und selbstentlastender, problematischer Rechtsprechung her.[419] Dies gilt umso mehr, als im gleichen Jahr auch Ralf Dahrendorf seine vielgelesene Publikation *Gesellschaft und Demokratie in Deutschland* veröffentlichte, die sich an die Arbeiten des Amerikaners Walter Weyrauch anlehnte, und in dem Kapitel zur Justiz zu dem Ergebnis kam, dass diese von sehr konservativen, obrigkeitsstaatlich orientierten, der Demokratie nur eingeschränkt zugeneigten Amtsträgern dominiert sei.[420] Gegen solche allzu pauschale Interpretationen nahmen der Deutsche Richterbund in seiner Verbandszeitschrift wie auch einzelne Interessierte mit guten Argumenten Stellung.[421] Auch die 1966 veröffentlichte Studie von Klaus Zwingmann über die Soziologie des Richters in der Bundesrepublik nahm in vielen Punkten Stellung gegen Dahrendorf, indem sie systematisch Rahmenbedingungen und Einflussfaktoren richterlichen Verhaltens analysierte.[422] Am BGH war es vor allem Werner Sarstedt, der im Ansatz solcher Arbeiten schon einen Fehler sah: Nicht die Herkunft sei entscheidend für das richterliche Verhalten, sondern vielmehr die berufliche Sozialisation, die er freilich bei der überwiegenden Mehrheit im Rahmen der Demokratie und des Grundgesetzes als gelungen ansah.[423] Auf dieser Linie bewegte sich schließlich auch eine kritische resümierende Betrachtung von Andreas Heldrich 1982, der die Ergebnisse der Untersuchungen zusammenfasste und zu dem Ergebnis kam,

418 Feest, Die Bundesrichter, S. 95–113.
419 Feest, Die Bundesrichter, S. 104–106.
420 Dahrendorf, Gesellschaft. S. dazu auch Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 127.
421 S. dazu Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 129.
422 Zwingmann, Zur Soziologie des Richters.
423 Sarstedt, Justiz in der Demokratie, S. 44–61, 229–248, hier S. 47 und 230.

dass zwar auch die Richter des BGH selbst der Ansicht seien, ihre Rechtsprechung würde von einer Reihe von Persönlichkeitsfaktoren beeinflusst, doch welche Einflussfaktoren wie wirkten, sei mitnichten bewiesen und schon gar nicht mit mathematischer Genauigkeit festzustellen.[424]

4.7 Kein zweites Leipzig: Vom höchstrichterlichen Alltag in Karlsruhe

Eigentlich hätte der BGH ja die direkte Fortführung des Reichsgerichts werden, Karlsruhe sich gleichsam zu einem zweiten Leipzig entwickeln sollen.[425] Doch daraus wurde schon deshalb nichts, weil die Rahmenbedingungen richterlicher Arbeit und der Alltag der Richter im Karlsruhe der Nachkriegszeit so ganz anders waren als die Arbeitsverhältnisse im Leipzig des späten 19. und der ersten vier Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts. Auch dies dürfte die Arbeit der Karlsruher BGH-Richter und ihre Entwicklung im demokratischen Rechtsstaat beeinflusst haben.

Vorbild Reichsgericht

Ein Blick auf die wichtigsten Rahmenbedingungen der Arbeit am Reichsgericht macht sehr schnell die Unterschiede deutlich: Von der Kleinheit und Bescheidenheit des Erbgroßherzoglichen Palais im Vergleich zum Leipziger Reichsgerichtsgebäude, das neben dem Reichstag der wichtigste Repräsentationsbau war, den das Kaiserreich geschaffen hat,[426] war schon die Rede. Nach Arno Buschmann sind solche Bauten „Manifestationen der Bedeutung, die den Institutionen, die in diesen Gebäuden untergebracht sind, beigemessen wird.“[427] Aber nicht nur das Gebäude, sondern auch seine künstlerische Ausgestaltung und Funktionalität machte einen weiteren Unterschied. Nicht nur, dass an Statuen und Reliefs mit allegorischen Anspielungen auf Recht und Rechtsprechung nicht gespart wurde,[428] das Gebäude erfüllte auch den Zweck einer repräsentativen Wohnung für den Präsidenten des Reichsgerichts. Neben „riesigen“ und reich ausgestatteten Wohnräumen stand ihm ein rund 200 Quadratmeter großer Festsaal zur Verfügung, in dem er regelmäßige Empfänge und Soireen veranstalten

424 Heldrich, Juristen, S. 525–535, hier S. 527. So im Übrigen ja auch schon Zweigert.
425 Zu den tatsächlichen historischen Verbindungen zwischen Leipzig und Karlsruhe s. Fischer, Zwischen Leipzig und Karlsruhe, S. 93–138.
426 S. Müller, Der Hüter des Rechts, S. 47.
427 S. Buschmann, Das Reichsgericht, S. 41–75, hier S. 53.
428 Müller, Die Innenarchitektur des Reichsgerichts, S. 75–101. S. a. die Aufsätze Müller, Das Reichsgericht in Leipzig; Lück, Ausgewählte rechtsikonographische Ensembles, S. 45–62, 219–240, 241–258.

konnte.[429] Besuche der höchsten Repräsentanten des Staates waren Gang und Gäbe, bei der monatelang vorbereiteten 50-Jahrfeier 1929 empfing man noch über tausend Gäste und die wichtigste staatliche Prominenz.[430] Die dadurch zum Ausdruck kommende außerordentlich hohe Stellung des Gerichts und seiner Richter, die Kaiser Wilhelm II. so gewünscht hat, drückte sich im kaiserzeitlichen Deutschland auch in Titeln, hohen Gehältern und dem Recht der Führungselite des Gerichts aus, den Zeitpunkt des eigenen Ruhestandes selbst bestimmen zu können.[431] Manch einem wurde sogar das Privileg zuteil, von seiner Majestät dem Kaiser zum Essen eingeladen zu werden, wenn man sich zufällig am gleichen Kurort aufhielt.[432] Ob das Justizministerium überhaupt als vorgesetzte Behörde anzusehen sei, war unter den gravitätischen, meist mit langem Bart auftretenden Richtern in Leipzig eine offene Frage.[433] Eine hohe soziale Homogenität der Richterschaft des Reichsgerichts war die Folge.[434]

Abb. 10: Saal im Reichsgericht Leipzig
Quelle: StA Leipzig, Fotothek, BB055062.tif

429 Müller, Der Hüter des Rechts, S. 48.
430 Lobe, Die äußere Geschichte, S. 13–15; Kolbe, Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke, S. 75.
431 Müller, Der Hüter des Rechts, S. 94–98, 101. Der Präsident und später auch die Senatspräsidenten durften in der Regel den Titel eines Wirklichen Geheimen Rates tragen und waren als Exzellenzen anzureden.
432 So Reichsgerichtsrat Henrici, Lebenserinnerungen, S. 189.
433 Lobe, Die äußere Geschichte, S. 1–19, hier S. 7. Von dem Selbstbewusstsein der Reichsgerichtsräte zeugt auch eine prachtvolle Festschrift, die dem Reichsgerichtsrat Dr. Plattner 1881 gewidmet wurde. Sie ist in der Bibliothek des BGH unter der Signatur A 10002 erhalten.
434 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 23.

Abb. 11: Festsaal im Reichsgericht Leipzig
Quelle: StA Leipzig, Fotothek, Z0042509.tif

Die Stadt war zum Sitz des obersten Gerichtshofes geworden, weil sie unter anderem ein Baugebiet in bevorzugter Lage, das sogenannte Musikerviertel, ausweisen konnte, in dem die Richter mit ihren Familien in repräsentativen Wohnungen, in Stadt- und doch auch in Parknähe unterkommen konnten.[435] Wenn sich diese Richterelite zweimal im Jahr zu großen Bällen und Ausflügen aufmachte, war dies in der boomenden Industrie- und Handelsstadt Leipzig ein gesellschaftliches Ereignis.[436] Richter am Reichsgericht zu werden, war unter Juristen des 19. Jahrhunderts die Krönung einer juristischen Laufbahn, und selbst ein herausragender Richter wie Ludwig Ebermayer erinnerte sich später noch, wie er „mit Bangen und Zagen“ zum Dienstantritt nach Leipzig gefahren sei und sich gefragt habe, ob er wohl „in diesem Parterre von Königen“ bestehen würde.[437] Gewiss änderte sich im Laufe der Jahrzehnte und durch den politischen Systemwechsel 1919 dann doch einiges auch an diesem Gericht. Eine gewisse Verbürgerlichung und beamtenmäßige Einpassung in den republikanischen Staatsapparat fand auch gehaltsmäßig statt.[438] Doch der Anspruch auf einen herausgehobenen Rang und ein elitäres Selbstverständnis blieben. BGH-Präsident Hermann Weinkauff, der in den 1930er Jahren Reichsgerichtsrat geworden war, beschrieb 1954 die Situation in der Weimarer Zeit rückblickend so: Zwar habe die Vermehrung der Richterstellen am Reichsgericht, deren „völlige Verbeamtung“ und schlechter werdende Bezahlung den Reiz des Reichsgerichts vermindert, doch hätten sich dort nach wie vor „die besten Kräfte“ gefunden.

> Durchaus kennzeichnend war, daß die Mitglieder des Reichsgerichts im Allgemeinen nicht nur sogenannte gute Juristen waren – das verstand sich von selbst –, sondern in aller Regel auch selbständige, größtenteils sogar eigenwillige Persönlichkeiten von oft hohem menschlichen Range, von umfassender, oft sogar von musischer Bildung. Den Typus des engen Fachmannes fand man fast nie unter ihnen. Das gesellschaftliche Leben war reich entwickelt; es bot ungemein viel Anregungen, auch für den Beruf. Das menschliche Verhältnis der Mitglieder des Reichsgerichts untereinander war ausgezeichnet.[439]

435 S. Reckling, Nur dem Gesetz, S. 102–115, hier S. 104; Topfstedt, Der Bau, S. 54–74, hier S. 54.

436 Süpfle, Die Reichsgerichtsgesellschaft, S. 238–239.

437 Ebermayer, Fünfzig Jahre Dienst, S. 54. Ebermayer bezeichnet darin S. 93 die Tätigkeit als Senatspräsident am Reichsgericht als das Schönste, was sich ein Jurist erträumen könne.

438 Die Erinnerungen des Reichsgerichtsrats Bruno Schuster, Ein Richterleben, S. 355–365, klingen weit weniger euphorisch als das nachfolgende Resümee von Hermann Weinkauff, doch lässt auch diese Darstellung den gehobenen Lebensstandard und die herausgehobene gesellschaftliche Stellung der Leipziger Richter durchaus erkennen. Der gehobene Wohlstand der in den 1930er Jahren am Reichsgericht tätigen Anwälte Helmuth Delbrück und Hans Drost, die 1950 zu Richtern am BGH wurden, erhellt aus BA, Lastenausgleichsarchiv Bayreuth, ZLA 1_11372796 (Drost) und ZLA 1_10125413 (Delbrück).

439 Weinkauff, 75 Jahre Reichsgericht, S. 48 f.

Soziale Lage der BGH-Richterschaft

Rund 70 Jahre später, nach drei politischen Systemwechseln, zwei Weltkriegen und den Verbrechen des Nationalsozialismus war die Lage in Karlsruhe bei der Gründung des Bundesgerichtshofes eine völlig andere. Gewiss wird man den Dienstantritt des 71-jährigen Bundesrichters Emil Lersch, der 1950 an der Pforte des BGH unrasiert, mit Rucksack und ohne Zähne ankam, um sich bei Präsident Weinkauff zu melden und den die Pförtner wegen seines jammervollen Zustandes nicht vorlassen wollten, nicht verallgemeinern können.[440] Und es hatte auch keine langfristigen Folgen, dass die am gerade fertiggestellten Gebäude angebrachte Bronzetafel *Deutscher Bundesgerichtshof* von Metalldieben alsbald gestohlen wurde.[441] Doch beides wirft ein alltagsgeschichtlich vielsagendes Schlaglicht auf die unmittelbare Ausgangslage des Gerichts.

Für die Karlsruher Richter und ihre Familien ging es nun zunächst einmal darum, die Grundbedürfnisse des Lebens in der neuen „Residenz des Rechts“ zu organisieren, zumal wenn sie als Flüchtlinge mit kaum mehr als dem, was in einen Rucksack passte, hier ankamen. Grundbedingung dafür war die Verfügbarkeit über ein auskömmliches Gehalt. Wenn die Vermutung Hubert Rottleuthners richtig ist, „daß die Loyalität des Rechtsstabes, insbesondere der Richterschaft, in hohem Maße von der jeweiligen Besoldungshöhe, genauer: der Zufriedenheit mit der Besoldung abhängt,“[442] dann hatte der BGH und die Bundesrepublik den Richtern zunächst wenig zu bieten – gemessen an der allgemeinen Situation freilich war die Aussicht auf eine neuerliche bürgerliche Existenz, die sich mit dem Dienst am BGH verband, nicht nur ein Hoffnungsschimmer in eigentlich trostloser Zeit, sondern gegenüber der Mehrheitsbevölkerung schon ein beachtliches Glück. Der spätere BGH-Präsident Gerd Pfeiffer hat im Rückblick einmal festgehalten, welche Wirkung aber die Not der Nachkriegszeit auf die Richter gehabt hat: „In jenen Jahren waren Klassenunterschiede eingeebnet; denn die Entbehrungen betrafen im wesentlichen alle und gleichmäßig. In diesen Zeiten hat man gelernt, was Hilfe, Verständnis, Rücksichtnahme und Menschenwürde wert sind.“[443]

Das Gehalt der Richter wurde auch nach dem Krieg noch nach der Reichsbesoldungsordnung berechnet, die Richter in die allgemeine Beamtenhierarchie einordnete;[444] erst 1957 trat ein neues Bundesbesoldungsgesetz in Kraft. Als der BGH 1950 eröffnet wurde, waren immerhin gerade Gehaltskürzungen für Beamte von bis zu 23 v. H., die in den Notjahren 1931 und 1932 erlassen worden waren, wieder aufgehoben wor-

440 Kirchner, Nochmals: Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 289–296, hier S. 293 f.
441 Bronzetafel, in: *Offenburger Tageblatt*, 12.2.1951.
442 Rottleuthner, Die gebrochene Bürgerlichkeit, S. 145–173, hier S. 161. Schon Zweigert, Zur inneren Unabhängigkeit, S. 722 machte 1967 darauf aufmerksam, dass eine zu geringe Besoldung der Richter unter anderem auch dazu führe, dass an Bildungsveranstaltungen und außerberuflichen Interessen, die aber den intellektuellen Horizont der Richter erweitern könnten, gespart werden müsse. Das sei auch im Sinne der Rechtsprechung nicht wünschenswert.
443 Präsidentenwechsel, in: *DRiZ* (1988), S. 85.
444 S. dazu Gerloff, Die Beamtenbesoldung.

den, so dass in etwa das Gehaltsniveau erreicht wurde, das 1928 gegolten hatte. Zwischen 1950 und 1963 erhöhten sich in den B-Besoldungsgruppen, denen, meist beginnend mit der Stufe B 5, die Bundesrichter in aller Regel zugeordnet waren, die Gesamtbezüge um 100,4 v. H. Bei einer Steigerung des Preisindexes für Lebenshaltungskosten im gleichen Zeitraum um 39,1 v. H. stieg damit das Gehaltsniveau allmählich und führte zu einer Verbesserung der Einkommenssituation auch in den Haushalten der Bundesrichter. Allerdings blieben die Beamtenbezüge, wie eine Studie des Wirtschaftswissenschaftlichen Instituts der Gewerkschaften 1965 nachwies, klar hinter der allgemeinen Entwicklung des Volkseinkommens, das im gleichen Zeitraum Steigerungsraten um 200 v. H. aufwies, zurück.[445] Die von Hermann Weinkauff im Rahmen seiner Justizreformpläne immer wieder propagierte viel bessere Bezahlung bei gleichzeitiger Verminderung der Anzahl der Richter und Reduzierung des Aufgabenspektrums der ordentlichen Justiz wurde also in keiner Weise umgesetzt.[446] Und eine eigene Besoldungsordnung für Richter, die man sich gewünscht hatte und die bereits im Parlamentarischen Rat diskutiert worden war, wurde auch erst Mitte der 1970er Jahre verwirklicht.[447]

Vor diesem Hintergrund sind die unterschiedlichen Aussagen und Forderungen zum Gehalt der höchsten Bundesrichter zu sehen und zu werten, die sich verstreut in den Quellen finden. Zunächst und im Angesicht der allgemeinen Notlage der Nachkriegszeit fügten sich die BGH-Richter in das Unvermeidliche und kamen mit weit weniger aus, als dereinst im Kaiserreich und den guten Zeiten der Republik die Reichsgerichtsräte verdient hatten.[448] Auch standen die ehemaligen Privilegien der Reichsgerichtsräte, um die man in normalen Zeiten hart gerungen hätte, gar nicht mehr zur Diskussion. Dass die Reichsgerichtsräte nur durch Plenarbeschluss des Reichsgerichts des Amtes hatten enthoben werden, gleichwohl aber auch danach ihr volles Gehalt hatten erhalten können, galt nun beispielsweise nicht mehr. Bundesrichter sollten nach Beschluss der Bundesdisziplinarkammer amtsenthoben und ihre Gehälter sollten einbehalten werden können. Die Altersgrenze für den richterlichen Dienst wurde anders als zuvor generell auf 68 Jahre festgelegt, das Ruhegehalt nicht

445 Christmann/Skiba, Die Entwicklung der Gehälter, S. 9–11, 13, 26.

446 S. Schubert, Quellen zum Deutschen Richtergesetz, S. 340. Hermann Weinkauff und Willi Geiger plädierten bei einer Besprechung des Bundesjustizministeriums mit Vertretern der Länderjustizverwaltungen und anderen am Richtergesetz beteiligten Organen vom 4. bis 6.10.1954 für eine deutliche Gehaltsanhebung, zumal, wie Geiger betonte, die Richter in aller Regel nach dem Krieg „weder Privateinkommen noch Grundbesitz“ mehr hätten. Allgemein wurde die Auffassung vertreten, dass die Richterbesoldung selbst kein Teil des geplanten Richtergesetzes werden solle, sondern außerhalb dieses Vorhabens zu regeln sei. Dabei war es dem Bundesinnenministerium wichtig, das „Besoldungsgefüge zwischen Richtern und übriger Beamtenschaft“ zu erhalten und nicht „zu erschüttern“. S. ebd. S. 449.

447 Schubert, Quellen zum Deutsches Richtergesetz, S. 39. S. a. Deutscher Richterbund, Eigenständige Richterbesoldung, S. 1.

448 Weinkauff, 75 Jahre Reichsgericht, S. 48, wurde nicht müde, diesen finanziellen Unterschied und die damit einhergehende fortgesetzte „Verbeamtung“ des Richtertums zu betonen.

mehr auf 100 Prozent wie bei den Reichsgerichtsräten, sondern auf nur maximal 75 Prozent festgelegt. Und Hilfsrichter alter Art wie am Reichsgericht sollte es am BGH auch nicht mehr geben.[449]

Bemerkenswert ist zunächst, dass manch ein Rechtsanwalt, dessen Einsatz im Staatsdienst nun als Reformweg für die NS-belastete deutsche Justiz von vielen empfohlen wurde, unter diesen Umständen kaum gewillt war, zu arbeiten. So hatte der Celler Oberlandesgerichtspräsident Hodo Freiherr von Hodenberg, der, wie oben erwähnt, 1950 auch als BGH-Präsident im Gespräch war, mit der britischen Militärregierung bei Wiedereröffnung des Gerichts einen Sondervertrag ausgehandelt, weil das ihm angebotene Präsidentengehalt in keiner Weise mit dem konkurrieren konnte, was er bislang in seiner gut gehenden Rechtsanwaltspraxis an Einkommen hatte erzielen können. Als sich nun die niedersächsische Landesregierung 1949 gezwungen sah, die Gehälter im öffentlichen Dienst angesichts der Finanzlage des Landes mit der 3. Verordnung über Sparmaßnahmen auf dem Gebiet des Beamten-, Besoldungs- und Versorgungsrechts zu deckeln, klagte er gegen die Absenkung seines vereinbarten Gehaltes.[450]

Was die finanziellen Einschränkungen konkret für eine Richterfamilie bedeuteten, rechnete Bundesrichter Fritz Artl dem BGH-Präsidenten im gleichen Jahr vor: Sein Nettoeinkommen am BGH betrage 1.150,75 DM. Rechne er davon die Ausgaben für seinen erwachsenen Sohn ab, den er bis zum Ende seiner Berufsausbildung in Düsseldorf noch unterstützen müsse, blieben rund 1.000 DM übrig. Davon gingen Miete, Heizung und der Lohn für eine Hausangestellte ab. So blieben 560 DM. Monatlich seien für seine Tochter 70 DM Schulgeld zu bezahlen, so dass am Ende noch ganze 490 DM übrigblieben, wovon alle laufenden Kosten (Kleidung, Essen etc.) getragen werden müssten. Urlaub könne er sich davon nicht mehr leisten. Und werde er zu einem Umzug nach Karlsruhe gezwungen, dann bekäme er kein Trennungsgeld mehr und werde auch den Nebenverdienst als Dozent verlieren.[451] Artls Interesse am Trennungsgeld, das Weinkauff einsparen wollte, beeinflusste sicher auch diese für den Richter tendenziös negative Berechnung. Dass er bei zwei Kindern eine damals allerdings nur geringfügig bezahlte Hausangestellte glaubte zu benötigen, die ja auch in der Wohnung unterzubringen war, könnte auf ein noch vorhandenes Standesbewusstsein hindeuten, das aber eben nun mit den erheblichen finanziellen Einschränkungen fertig werden musste. In der überwiegenden Mehrheit der BGH-Richterhaushalte gab es solche Hausangestellten jedenfalls nicht mehr,[452] allenfalls bei kinderreichen Fami-

449 IfZ München, NL Walter Strauß, ED 94/Nr. 160, Vermerk Ministerialrat Dr. Rinck, 30.9.1954.

450 Einer für seine Person, in: *Der Spiegel* (1952). S. a. Wagner, Der Richter, S. 159: „Das Einkommen von Rechtsanwälten mit guter Praxis liegt erheblich über dem Gehalt eines Senatspräsidenten und oft über dem eines Bundesrichters."

451 BA, Pers 101/75746, Artl an BMJ, 23.5.1952.

452 S. Zeitzeugeninterviews: Nur drei von 14 befragten Richterkindern, die dazu Angaben machen konnten, können sich an eine dauerhaft und im Haushalt wohnende Hausangestellte erinnern.

lien (mehr als vier Kinder) wurde eine solche Haushaltshilfe als unumgänglich angesehen. Auch die Möglichkeit, das Gehalt durch Nebentätigkeiten wie die Erstellung von Rechtsgutachten oder die Übernahme einer schiedsgerichtlichen Tätigkeit aufzubessern, war in den 1950er Jahren am BGH grundsätzlich ausgeschlossen worden, um die völlige Unbeeinflussbarkeit der höchsten Richter sicherzustellen.[453]

Insgesamt deutet Artls Berechnung an, was praktisch alle Kinder der frühen BGH-Richter erinnern: Man war froh über das sichere Einkommen des Vaters in schwieriger, unübersichtlicher Zeit, und im Vergleich zu einem Arbeiterhaushalt war man sicher in einer privilegierten Position. Aber die Familien mussten sparsam mit diesem Einkommen umgehen, größere Anschaffungen, welcher Art auch immer, waren eine Herausforderung. Das galt umso mehr, als bei den allermeisten kein weiteres Privatvermögen vorhanden war, aus dem Zusatzeinnahmen zu generieren waren.[454] So wurden praktisch durchgängig die Kinder zu Sparsamkeit angehalten. Man achtete auf eine kostenbewusste Haushaltsführung und fügte sich in eine bürgerliche Existenz und einen von bildungsbürgerlichen Idealen geprägten Lebensstil, der den Verhältnissen in anderen Beamtenhaushalten des höheren Dienstes weitgehend entsprochen haben dürfte.[455]

Mit der Zeit und dem sichtbar werdenden Erfolg des deutschen „Wirtschaftswunders“ stiegen freilich auch die Forderungen der Richter auf auskömmliche Entlohnung. In einer Denkschrift des Deutschen Richterbundes *Zur Besoldung der Richter an den oberen Bundesgerichten und der Angehörigen der Bundesanwaltschaft bei dem Bundesgerichtshof* vom März 1956, an der auch der damals 67-jährige BGH-Senatspräsident Karl Canter als „Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft der Richter an den oberen Bundesgerichten“ mitgeschrieben hatte, hieß es:

> Die eminent wichtigen und verantwortungsreichen Aufgaben der oberen Bundesgerichte können nur erfüllt werden, wenn die fähigsten Richterkräfte herangezogen werden, die nach Wissen, Begabung und Erfahrung den höchsten an einen Richter zu stellenden Anforderungen genügen, kurz die Elite der Richterschaft. Dies durch angemessene wirtschaftliche Ausstattung, in der sich auch die Würde der höchsten Gerichte spiegelt, zu erreichen, sollte sich ein Rechtsstaat angelegen sein lassen.

Die Gehälter dürften nicht schlechter sein als die der obersten Verwaltungsbeamten, forderte man vor allem. Wie beim Reichsgericht müssten es Spitzengehälter sein, die gezahlt werden. Das diskutierte Grundgehalt für einen Bundesrichter liege in der Stufe B 5, also bei 2.000 DM pro Monat. Damit sei der Richterbund einverstanden, denn es

453 S. BA, N 1817/4, Wilde an OLG-Präsident Düsseldorf, 31.3.1952.

454 S. dazu Geiger, Voraussetzungen der richterlichen Unabhängigkeit, S. 53–61, hier S. 60.

455 S. Zeitzeugeninterviews: Zwölf von 16 befragten Richterkindern, die dazu Angaben machen konnten, erinnern sich an eine stets angespannte Haushaltslage und die Ermahnung der Eltern zu Sparsamkeit. Das galt insbesondere in kinderreichen Richterhaushalten. In vier Fällen, die keine merklichen finanziellen Einschränkungen berichteten, waren Nebeneinkünfte oder Einkünfte aus tradiertem familiärem Besitz verfügbar.

entspreche einem Ministerialdirigentengehalt. Um die Zurücksetzungen, die der Justiz gegenüber den Verwaltungsbeamten im Nationalsozialismus widerfahren seien, wieder rückgängig zu machen, dürften allerdings keine Sonderzulagen für die Ministerialverwaltung gezahlt werden. Senatspräsidenten an den oberen Bundesgerichten sollten ein B7-Gehalt bekommen, also rund 2.250 DM, pro Monat, die Präsidenten der oberen Bundesgerichte müssten wie Staatssekretäre mit B 11, also 3.300 DM pro Monat bezahlt werden.[456] Bis solche Forderungen erfüllt waren, sollte es freilich noch etliche Jahre dauern.

Die Publikation über den *Richter* von Albrecht Wagner, die 1959 erschienen ist, hatte das Ziel, die Zurücksetzung und Missachtung des deutschen Richters durch internationalen Vergleich zu belegen, und ist insofern gewiss tendenziös. Sie zeigt aber bei der Thematisierung der Richterbesoldung, worauf es dem Richterstand damals im Kern ankam: Nicht das Realeinkommen war in den 1950er Jahren Stein des Anstoßes, vielmehr wurden die Gehaltsrelationen zu anderen Beamtenkategorien kritisiert. So machte Wagner darauf aufmerksam, dass der höchste Richter des Landes, der Präsident des Bundesverfassungsgerichts, besoldungsmäßig gerade einmal auf der Stufe eines Staatssekretärs stehe, von denen es 1959 aber nicht weniger als 17 auf Bundesebene gab. Die Präsidenten der oberen Bundesgerichte, also auch die BGH-Präsidenten, waren noch niedriger eingereiht. In der Besoldung standen sie auf einer ähnlichen Stufe wie Generäle der Bundeswehr. Gewöhnliche Bundesrichter und Senatspräsidenten konnten sich auf einer Stufe mit Ministerialdirigenten in der Verwaltung und niederen Generalsrängen wähnen.[457]

In den folgenden Jahren weitete sich die Schere zwischen Beamten- und Richterbesoldung ein weiteres Mal. 1966 war es schließlich so weit, dass die ersten Richter in der Öffentlichkeit für eine Besserung ihrer Besoldungssituation eintraten, und zwar mit bemerkenswert einhelliger Unterstützung der Presse. In der *WELT* hieß es etwa: „Obwohl seit jeher in geradezu rührender Unfähigkeit zur Wahrung ihrer Berufsinteressen befangen," hätten die Richter nunmehr endlich den Mut gefunden, öffentlich für eine gerechtere Entlohnung im Vergleich zu den bevorzugten Verwaltungsbeamten einzutreten. „Das Einkommensgefälle zwischen Justizdienst und höherem Verwaltungsdienst ist, aufs Ganze gesehen, unbestreitbar; es hat sich während der letzten Jahre zur faktischen Diskriminierung der Richterschaft ausgewachsen." Grund dafür seien die indirekten Besoldungsbestandteile, die im Unterschied zu den Verwaltungsbeamten bei den Richtern nicht angehoben wurden, sowie strukturelle Probleme wie mangelnde Beförderungsstellen.[458] Sogar der sonst sehr justizkritische Journalist Ernst Müller-Meiningen Jr. vertrat in der *Süddeutschen Zeitung* die Auffassung, dass das „Aufbegehren der benachteiligten Richter in der Sache völlig berechtigt ist", weil ansonsten nicht nur ein weiterer Ansehensverlust drohe, sondern auch ein Qualitätsein-

456 IfZ München, NL Walter Strauß, ED 94/Nr. 153. Unterstreichung im Original.
457 Wagner, Der Richter, S. 158–161.
458 Gerechte Besoldung, in: *DIE WELT*, 29.3.1966.

bruch zu erwarten sei, da man keine hochqualifizierten Kräfte mehr für den Staatsdienst bis in die obersten Funktionsstellen der Bundesjustiz gewinnen könne.[459] Doch es sollte auch jetzt noch Jahre dauern, bis der Gesetzgeber eine eigenständige Richterbesoldung mit finanziellen Verbesserungen zugestand.

Entsprechend der Einkommenssituation verhielt sich die Wohnsituation der BGH-Richter. Der Wohnungsmarkt der Nachkriegsjahre war angesichts der enormen Kriegsschäden generell geprägt von einem kaum zu sättigenden Bedarf und einem nur allzu langsam anlaufenden Wohnungsbaumarkt. Als der BGH 1950 eröffnet wurde, konnten zwar so viele Wohnungen wie bislang nie in Westdeutschland fertig gestellt werden (nämlich 371.924), doch der „Koreaboom" verteuerte das Bauen massiv und ließ vor dem Hintergrund neuer Kriegsangst die günstige Entwicklung wieder abflauen.[460] Insofern musste jeder froh sein, wenn er überhaupt menschenwürdigen Wohnraum ergattern konnte.[461] Und so war auch das, was den nach Karlsruhe umziehenden Richtern von dem für Wohnungsvermittlung zuständigen Sachbearbeiter im BGH, der mit dem städtischen Wohnungsamt zusammenarbeitete, angeboten werden konnte, alles andere als luxuriös. Dementsprechend kam es immer wieder zu Unmutsäußerungen bis hin zur Drohung, den BGH wieder zu verlassen, wenn nicht ein hinreichender Wohnraum zur Verfügung gestellt werden könne.

Was Bundesrichter Joseph Engels angeboten wurde, war vermutlich eher der Ausnahmefall einer besonders schlechten Wohnung: Es handelte sich um einen Teil eines ehemaligen Jagdhauses in der Nähe eines Industriegeländes, das kein Bad hatte und kaum hinreichend zu heizen war. Vor allem aber mussten nebenan wohnende Pensionsgäste ständig durch die Wohnung des Richters laufen, um den Ausgang zu erreichen. Engels beschwerte sich, doch das half nichts: Durch Streichung des Trennungsgeldes wurde er gezwungen, nach Karlsruhe zu ziehen.[462] Noch Ende 1958 schimpfte Bundesrichter Wolfhart Werner, die Hauptursache für seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen seien „die unerträglichen Wohnverhältnisse". Er brauche dringend „in einer ruhigen Gegend eine menschenwürdige Wohnung."[463] Die im Rahmen der Zeitzeugenbefragung interviewten Kinder von BGH-Richtern erinnern sich noch heute gut an die beengten Wohnverhältnisse auch in Neu- oder renovierten Altbauwohnungen, die die Stadt Karlsruhe speziell den Richtern anbot: In aller Regel mussten sich zwei

459 Die Langmut, in: *SZ*, 19.7.1966. S. a. Deutscher Richterbund, Eigenständige Richterbesoldung mit Abdruck einer Vielzahl von einschlägigen Presseartikeln.

460 Schulz, Wiederaufbau in Deutschland, S. 266–271.

461 S. dazu Schulz, Lebenswelt und Kultur, S. 41.

462 BA, Pers 101/75806, Engels an Amtmann Schrod/BGH, 17.3.1951, 18.4.1951, Verfügung 14.6.1952.

463 BA, Pers 101/76248, Werner an BGH-Präsident, 3.12.1958. Ganz ähnlich war die Wohnsituation zur gleichen Zeit für den damals noch als Oberlandesgerichtsrat in Karlsruhe arbeitenden Heinz Pikart (Berufung an den BGH 1965), der in Karlsruhe mit Ehefrau und zwei Kindern in einer Dreizimmerwohnung auf 59 Quadratmetern leben musste. S. BGH, PA Heinz Pikart, Pikart an Justizministerium Baden-Württemberg, 22.3.1958. Pikart erbat vom Ministerium einen Gehaltsvorschuss von 3.000 DM, um sich bei einer Wohnbaugenossenschaft einkaufen zu können.

oder drei Kinder ein Zimmer teilen, zumal dann, wenn bei den üblichen Vier-Zimmer-Wohnungen ein Arbeitszimmer für den Vater nötig war, weil der BGH selbst ja längst nicht jedem Richter ein Dienstzimmer zur Verfügung stellen konnte. Das Spielzimmer war dann in der Regel der Innenhof eines Gebäudes oder die Straße vor der Haustüre.[464] Richter, die vorerst keine Wohnung in Karlsruhe fanden oder noch nicht umziehen wollten, weil sie nur als Hilfskräfte angestellt waren, wohnten gewöhnlich in möblierten Zimmern und fuhren am Wochenende nach Hause.[465]

Erst Ende der 1950er Jahre oder bei manchen auch erst zu Beginn der 1960er Jahre war die wirtschaftliche Situation so, dass ein Eigenheimbau oder der Erwerb einer größeren Immobilie, meist in einem der Vororte von Karlsruhe, finanziell erreichbar war. Die errichteten oder gekauften Einfamilienhäuser entsprachen dabei dem Standard und den (bildungs-)bürgerlichen Lebensvorstellungen dieser Zeit. Die nachfolgenden Fotographien der Karlsruher Wohnungen der Richterfamilie Pagendarm dürften die Wohnsituation der meisten BGH-Richter und ihre Veränderung anschaulich widerspiegeln.

Abb. 12: Erste Mietwohnung der Richterfamilie Pagendarm in Karlsruhe
Quelle: Peter Pagendarm, Waldkirch

464 S. Zeitzeugeninterviews: Zwölf von 17 Befragten erinnern sich an beengte oder gar extrem beengte Wohnverhältnisse in den Karlsruher Mietwohnungen der Anfangszeit. Vier Befragte erhoben darüber keine Klagen, wobei aber zu beachten ist, dass es sich in diesen Fällen um Richterfamilien in Berlin handelte, wo generell die Wohnungslage für die BGH-Richter besser gewesen zu sein scheint, und solche, die erst zu Beginn der 1960er Jahre nach Karlsruhe gekommen sind, als sich der Wohnungsmarkt entspannt hatte.

465 So etwa handhabte es der spätere BGH-Präsident Gerd Pfeiffer. S. Pfeiffer, Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts, S. 11.

Abb. 13: Eigenheim der Familie Pagendarm
Quelle: Peter Pagendarm, Waldkirch

Anders als in Karlsruhe bekamen die Richter des 5. Strafsenats in Berlin schneller angemessenen Wohnraum. Rudolf Börker zog, ähnlich wie Werner Sarstedt, sofort in eine renovierte Sechs-Zimmer-Bundeswohnung in Berlin-Schlachtensee ein, über die seine Frau in einem privaten Brief jubelte:

> So etwas komfortables [sic] habe ich noch nicht gesehen! Und da soll ich ausgerechnet nun rein. Ich will sie Dir kurz beschreiben: 6 Zi + Mansarde, Bodenkammer, Keller, Bad, 2 Klos, fl. Wasser im Schlafzimmer, Gasthermen in Küche und Bad, Zentralheizung, Doppelfenster, Jalousien, großer Wintergarten, Wohnräume nach Süden, 2 Zi mit Parkett, alles einheitlich mit hellgrünem leicht gemasertem Linoleum ausgelegt. Die Wohnung ist in tadellosem Zustand, sodaß wir sofort einziehen können.[466]

Das „Wirtschaftswunder“ und die Richter

Michael Wildt hat in einer Studie unter dem Titel *Vom kleinen Wohlstand* die westdeutsche Konsumgeschichte der 1950er Jahre im Blick auf Arbeiterhaushalte nachgezeichnet, wobei er Konsum nicht als Besitz, sondern als Handlungsfeld, „Aneignungs-

466 Privatnachlass Börker, Berlin, Brigitte Börker an Irene, 14.2.1952.

weise“ und soziale Praxis begreift.[467] Dabei wird deutlich, dass die Zeit zwischen 1950 und ca. 1958 zwar einen beständigen Aufschwung brachte, aber der Konsumalltag sich doch weit grauer dargestellt hat, als die bekannten Schlagworte von der „Konsumgesellschaft“ und dem „Wirtschaftswunder“ es erwarten lassen. Das Haushaltsbudget blieb erst einmal schmal, Wohnungsreinrichtung und Hausrat mussten nach den Verlusten des Krieges neu angeschafft oder ergänzt werden, auch die Kleidung bedurfte der Erneuerung. Kreditaufnahmen zur Deckung dieses Bedarfs wurden im Angesicht einer unübersichtlichen Lage und einer als gefährlich wahrgenommenen politischen Entwicklung ängstlich vermieden.[468]

Was für Arbeiter- und Angestelltenhaushalte galt, galt *mutatis mutandis* auch für die Karlsruher Richterhaushalte. Die Richterkinder berichten von Essgewohnheiten in den 1950er Jahren, die keinen Luxus erkennen lassen, von der Kaufzurückhaltung von Müttern und Vätern, die das Geld zusammenhielten, von der Kleidung älterer Geschwister, die von den Jüngeren „aufgetragen“ werden musste, von vielen Kinderwünschen, die nicht einfach so, sondern nur nach hartem Sparen erfüllt werden konnten. Erst allmählich, retardierend, verzögert änderte sich diese Lage. Der entscheidende Wendepunkt lag auch hier um 1958. Hatte es in Einzelfällen schon zuvor moderne Haushaltsgeräte wie Waschmaschinen, Kühlschränke oder Staubsauger in den Familien gegeben, so hielten sie flächendeckend wohl erst an der Wende zu den 1960er Jahren Einzug in den Richterhaushalten.[469]

Was in den 1960er Jahren in Hinsicht auf den Konsum stattfand, war aber nicht einfach nur ein Wachstum des Verbrauchs, sondern eine zunehmende

> Diversifizierung von Möglichkeiten, die Varietät von Praktiken […] Pluralität war die Signatur jener Konsumgesellschaft, die sich in Westdeutschland Ende der fünfziger Jahre zu entwickeln begann. […] Aus der Vielfalt der Konsumoptionen, einen distinkten Stil zu entwickeln, wurde zur Hauptaufgabe der Konsumenten

und dies wiederum lockerte „die autoritäre und erstarrte gesellschaftliche Verfasstheit Westdeutschlands“ Zug um Zug auf.[470] Der Kühlschrank oder die Waschmaschine führten zu grundlegenden Veränderungen im Alltagsleben und erweiterten die Freizeit der Familienmitglieder. Der eigene Pkw veränderte nicht nur das Alltags-, sondern auch das Urlaubsverhalten. Mit Radio und Fernsehen erweiterten sich die Informationsmöglichkeiten. Die Erinnerungen der Richterkinder zeigen nahezu übereinstimmend, dass Kühlschrank und Waschmaschine spätestens Mitte der 1950er Jahre in viele Richterhaushalte kamen, wobei zum Teil sehr alte, nicht elektrifizierte Ge-

467 Wildt, Vom kleinen Wohlstand, S. 10 f.
468 Wildt, Vom kleinen Wohlstand, S. 228 f.
469 S. Zeitzeugeninterviews passim.
470 Wildt, Vom kleinen Wohlstand, S. 238–241.

räte, die täglich mit Eis befüllt werden mussten, noch lange genutzt wurden.[471] Radios waren noch aus der Vorkriegszeit in praktisch jedem Haushalt vorhanden.

Am Beispiel des Fernsehgerätes zeigt sich, wie sich ein spezifischer bildungsbürgerlicher Konsum in den Richterfamilien etablierte, denn Fernseher waren in den Familien praktisch aller Befragten geradezu verpönt und wurden, wenn überhaupt, sehr spät erworben, meist erst, wenn die Kinder aus dem Hause waren, weil man negative Einflüsse auf deren Entwicklung befürchtete.[472] Dies spiegelte sich auch in dem Freizeitverhalten wider, das die Eltern vorlebten: Wenn Väter etwas anderes taten als arbeiten, dann gärtnerten sie, unter Umständen auch in einem gepachteten Schrebergarten, sie sammelten Briefmarken, suchten Pilze, wanderten mit naturkundlichem Interesse oder fuhren Fahrrad. Etliche musizierten, waren zum Teil auch in privaten Ensembles aktiv. Der Berliner Richter Rudolf Börker übersetzte gerne klassische philosophische Werke aus dem Lateinischen oder Altgriechischen.[473] Manche mögen, ähnlich wie die damals unter Juristen viel diskutierten Autoren des sogenannten technokratischen Konservatismus Ernst Forsthoff, Arnold Gehlen oder Helmut Schelsky, die Entwicklung hin zu einem „Wohlfahrtsstaat“, der nach Gehlen „die Züge einer Milchkuh“ angenommen habe, beklagt haben, wie dies mit dem Schwund bürgerlicher Ideale einherging. Aber dieser Wohlstandstrend wurde übermächtig und weitreichend wirksam.[474]

Auch Pkw wurden von den Richtern bis in die 1960er Jahre hinein nur zurückhaltend erworben. Viele Richter besaßen nicht einmal einen Führerschein, selbst wenn sie Senaten angehörten, in denen der BGH das moderne Verkehrsrecht entwickelte.[475] Aber Urlaube, vor allem auch Bildungsurlaube, fanden in vielen Fällen ab Mitte der 1950er Jahre statt. Waren zuerst der nahe gelegene Schwarzwald, die Alpen oder aber Nord- und Ostsee das Ziel (und blieben es auch in vielen Familien), besuchten einige nur das vom Bayerischen Richter- und vom Bayerischen Notarverein getragene Richtererholungsheim in Fischbachau.[476] Erst später, meist erst in den 1960er Jahren, kamen besonders gerne Italienurlaube hinzu. Bei Bundesrichter Kurt Pagendarm wurde der erste Italienurlaub mit einem geliehenen Pkw durchgeführt und auf Campingplät-

471 S. beispielhaft die Situation in der Familie des Bundesrichters Hanebeck.

472 S. Zeitzeugeninterviews: An das „Problem“ Fernsehen erinnern sich 13 von 17 Befragten. Bei allen wurde die Anschaffung eines Fernsehers von den Eltern entweder generell abgelehnt oder erst sehr spät in den 1960er Jahren durchgeführt.

473 S. Zeitzeugeninterviews: Alle 17 Befragten erinnerten sich an alltägliche Hobbies der Väter, fünf betonten die Leidenschaft, selbst zu musizieren (und dies auch den Kindern beizubringen).

474 Zit. nach Séville, Demokratieskepsis, S. 231–249, hier S. 231 f.

475 S. Zeitzeugeninterviews: 15 von 17 Befragten konnten Angaben über die Anschaffung eines Privat-Pkw machen. In fünf Familien wurde nie ein Pkw angeschafft, in zehn Familien überwiegend erst gegen Ende der 1950er Jahre oder zu Beginn der 1960er Jahre. Das eindeutig bevorzugte Modell war der VW Käfer.

476 S. https://www.aurachhof.de/hotel/geschichte.html [abgerufen am 23.1.2024]. Das Haus war in den 1920er Jahren eröffnet worden und war unter Richtern auch nach 1945 sehr beliebt, weil es kostengünstige Urlaube ermöglichte – freilich bei nur geringem Komfort.

zen unter einfachsten Verhältnissen in Selbstversorgung verbracht. Ständige kunsthistorische Erläuterungen während der Fahrt durch den Vater (während die Mutter den Wagen lenkte!) wurden den Kindern von Bundesrichter Friedrich Mattern bisweilen zuviel und sind bis heute in lebhafter Erinnerung geblieben.[477]

Man kann dieses Verhalten als einen Versuch der Reanimierung von bürgerlicher Kultur und Lebensstilen des 19. Jahrhunderts interpretieren, der eine gewisse Distanz zur Massenkultur intendierte.[478] Dass dadurch eine wirkliche Abschottung gegenüber der Mehrheitsgesellschaft stattgefunden hätte, gleichsam „feine Unterschiede" dauerhaft und erfolgreich als Distinktionskriterium definiert worden wären, lässt sich aus den Interviews mit den betroffenen Kindern aber in keiner Weise ableiten. Die Richterkinder besuchten die üblichen Schulen in Karlsruhe, vielfach das dortige Bismarckgymnasium, und nahmen so auch die Konsumgewohnheiten ihrer Mitschülerinnen und Mitschüler wahr. Bemühungen der Eltern um Konsumverzicht, Förderung hochkultureller Bildung, Abstinenz von Fernsehkonsum waren nicht selten – zumindest mittelfristig – von Erfolglosigkeit gekennzeichnet. Die Kinder stillten das Bedürfnis nach Fernsehen schließlich andernorts, und in vielerlei Hinsicht (vor allem auch bei politischen Präferenzen) gingen die Richterkinder am Ende doch ganz andere, eigene Wege.

Das spätere RAF-Mitglied Lutz Taufer, ein Mitschüler eines Sohnes von Bundesrichter Kurt Pagendarm, hat in seinen Erinnerungen über die „stinkreaktionäre Beamtenstadt Karlsruhe" das Erleben der Nachkriegswidersprüche in Schule und Familie nachgezeichnet – Lehrer mit NS-Vergangenheit ebenso wie Kriegstraumatisierte, Kriegsversehrte und Reformbemühte, die familiäre Enge ebenso wie die Ausbruchsversuche einer jungen Generation. Der Bericht lässt erkennen, dass den elterlichen bürgerlichen Erziehungsvorstellungen schon hier gleichsam „wirkmächtige", in eine ganz andere Richtung weisende Erziehungs-„Konkurrenz" entstand.[479] Nicht wenige Eltern haben am Ende mit dem Zeitgeist der Wirtschaftswunderjahre Kompromisse machen müssen oder sich einfach damit arrangiert.[480] So wurden auch die Richterfamilien Teil der in mancherlei (nicht in jeder) Hinsicht egalisierenden Konsumgesellschaft.[481] Dieser gerade beim Urlaubs- und Reiseverhalten festzustellende Ausbruch aus der Enge des über Krieg und Nachkriegszeit und über so viele Jahre erlebten Mangels passte am Ende „schlecht zu einer konservativ starren politischen Kultur," er versetzte auch die BGH-Richter und ihre Familien in den breiten Erfahrungshorizont der

477 S. Zeitzeugeninterviews passim, bes. schriftliche Ergänzungen durch Familie Mattern und Pagendarm.

478 Budde, Bürgertum und Konsum, S. 131–144, hier S. 142 f.

479 Taufer, Über Grenzen, S. 24–29, Zitat S. 24. Den Hinweis auf diesen Erlebnisbericht verdanke ich Peter Pagendarm, nach dessen Meinung Taufer die von ihm so erlebten Verhältnisse ziemlich präzise darstelle.

480 S. Zeitzeugeninterviews passim.

481 Spode, Der Aufstieg des Massentourismus, S. 114–128, hier S. 126 f.

modernen Massen- und Konsumgesellschaft, und das dürfte bei vielen auch Denk- und Verhaltensgewohnheiten verändert haben.[482]

Das betraf am Ende auch den Wandel des anfänglich noch ganz traditionellen Familienbildes, das sich in sehr vielen Bundesrichterfamilien für die 1950er Jahre feststellen lässt. Die allermeisten befragten Kinder (15 von 17) berichten von einer klassischen Rollenaufteilung in ihren Familien, bei der die Ehefrau nach der Heirat den Beruf aufgegeben hat und als Hausfrau und Mutter fungierte.[483] Die in diesen Familien praktizierten Erziehungsstile und vor allem die Haltung des Vaters gegenüber den Kindern wurden teils als patriarchalisch oder autoritär beschrieben (sieben Befragte), teils aber auch als jovial und fördernd (zehn Befragte). Von Anfang an gab es aber auch besondere Ausprägungen, die die Spannbreite familiärer Rahmenbedingungen unter den Bundesrichtern erkennen lassen: Die Familie Scheffler, in der Erna Scheffler am Bundesverfassungsgericht eine eigene Karriere machte, stellt eine solche Ausnahme dar, aber auch die Frau von Bundesrichter Claus Seibert, die als Künstlerin ihre eigene berufliche Perspektive verfolgte, oder auch die Gattin von Albrecht Spengler, die aus einem wohlhabenden Unternehmerhaushalt kam, zwar selbst auch nicht berufstätig war (obwohl ausgebildete Gymnastiklehrerin), aber aufgrund ihres Wohlstandes ein eigenbestimmtes Leben führte und mit den meisten Ehefrauen der Berufskollegen ihres Mannes wenig Kontakt pflegte.[484]

Arbeitsalltag und Arbeitslast

Den eher bescheidenen Anfängen im Hinblick auf Gehalt und Wohnen, die sich wirklich spürbar erst gegen Ende der 1950er und Anfang der 1960er Jahre änderten, stand von Anfang an eine enorme Arbeitslast gegenüber. Arbeitsüberlastung war in der Nachkriegsjustiz ein allgemein bekanntes Phänomen mit einer Vielzahl daraus abzuleitender negativer Auswirkungen auf die Rechtsprechung[485] – doch der BGH verzeichnete in dieser Hinsicht besondere „Rekorde“. Schon am Reichsgericht war über einen hohen Arbeitsanfall geklagt worden. Doch nach übereinstimmender Auffassung der Betroffenen und auch rein statistisch übertraf das Arbeitspensum am BGH die Anforderungen am Reichsgericht, und das bei einem doch beträchtlich verkleinerten Staatsgebiet. Die Gesetzgebungsmaschinerie der Bundesrepublik produzierte zudem noch viel intensiver als zuvor in Weimarer Republik und Kaiserreich neues Recht, das höchstrichterlich anzuwenden oder zu ergänzen war.[486] Es blieb daher eine beständige Sorge der Präsidenten, die immense Überlastung des Gerichts und die nicht aufzu-

482 Wildt, Vom kleinen Wohlstand, S. 242.
483 S. dazu auch Schulz, Lebenswelt und Kultur, S. 43.
484 S. dazu Zeitzeugeninterview mit Barbara Spengler-Axiopoulos, 17.12.2023.
485 So schon Wagner, Der Richter, S. 170–172. S. a. Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 341–345.
486 Kirchner, Bestandsaufbau bei der Bibliothek des Bundesgerichtshofs, S. 175–192, hier S. 182.

holenden Rückstände insbesondere im Zivilrecht zu beseitigen. Tatsächlich wurden dem Gericht auch schnell mehr Richterstellen zugesprochen, was jedoch nur bedingt half, weil die Sicherstellung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung – eine der Hauptaufgaben des BGH – bei einem zu großen Gericht und zu vielen Senaten kaum noch zu leisten war. Auch das Heraufsetzen von Streitwertgrenzen für ein Revisionsverfahren am BGH half nur bedingt.[487] So stürzten sich die Richter in die immense Arbeit und waren bemüht, der Verfahrensflut Herr zu werden, dabei aber einen hohen Stand der Rechtsprechung zu garantieren. Nimmt man die übereinstimmenden Erzählungen der Richterkinder ernst, die ganz überwiegend von einem ständig, auch am Wochenende arbeitenden Vater erzählen, der wegen schwieriger rechtlicher Probleme oft angespannt gewesen sei,[488] so drängt sich der Eindruck auf, dass die frühen BGH-Richter geradezu von einer Arbeits*wut* besessen gewesen sein müssen. Denn an Klagen des Vaters wegen dieser Überlastung erinnert sich niemand. Man könnte vor diesem Hintergrund vermuten, dass der enorme Arbeitsfleiß, der als Kernkompetenz für die Auswahl als Bundesrichter angesehen wurde, gleichsam kompensatorischen Charakter hatte. Wer so viel arbeitete und dem Wiederaufbau eines neuen deutschen Staates diente, der hatte keine Zeit, über die Vergangenheit nachzudenken oder sie wirklich aufzuarbeiten.[489]

Für diese Vermutung spricht auch, dass neun der interviewten 17 Richterkinder sich nicht daran erinnern können, dass der Vater über den Nationalsozialismus oder den Zweiten Weltkrieg geredet hätte, dass dies ein Thema bei den familiären Diskussionen gewesen wäre. Hermann Lübbes Wort vom kollektiven und kommunikativen „Beschweigen“ der NS-Zeit in den 1950er Jahren scheint sich insoweit hier zu bestätigen.[490] Nicht einmal die „Blutrichterkampagne“ der DDR, die viel öffentliches Aufsehen und Presseberichterstattung erregte, war Thema in den Familien, selbst wenn der Vater in den Broschüren genannt war und der Nationalsozialismus damit gleichsam zwangsweise zum Thema hätte werden können. In vielen Fällen hörten die Kinder beim Interview zum ersten Mal von den dort öffentlich gemachten Belastungsmomenten über ihren Vater. Veränderungen scheinen sich in dieser Hinsicht, wenn überhaupt, erst Anfang der 1960er Jahre eingestellt zu haben. Der Sohn von Bundesrichter

487 An der Diskussion über Mittel und Wege, wie der Arbeitsüberlastung abzuhelfen sei, beteiligten sich auch einige Richter am BGH. S. beispielsweise Jagusch, Reform, in: *JZ* (1955), S. 3–5; Sarstedt, Die Überlastung, in: *DRiZ* (1957) der befürchtete, dass u. a. durch die Überlastung „das Menschentum des Richteramtes“ verloren ginge.

488 S. Zeitzeugeninterviews: In 16 von 17 Fällen erinnerten sich die Kinder an die Arbeitslast der Väter. Zehn sprachen von einer hohen bis extrem hohen Arbeitslast, sechs erinnerten sich an einen normalen Alltag ihres Vaters. Bei Letzterem ist zu berücksichtigen, dass dies den offenbar weniger überlasteten Berliner Senat betraf und in zwei Fällen die Väter sehr spezielle Rechtsgebiete am BGH vertraten.

489 S. Lahusen, „Der Dienstbetrieb ist nicht gestört“, S. 60.

490 Lübbe, Der Nationalsozialismus, S. 579–599. Sechs Richterkinder sprachen von punktuellen Gesprächen, an intensive Auseinandersetzungen erinnerte sich keine/keiner der Befragten.

Wilhelm Claßen (*1914) erinnert sich beispielsweise lebhaft daran, dass der Vater bei einer Reise nach Österreich, die in dieser Zeit stattgefunden hat, darauf bestand, dass sich die Familie die Gedenkstätte im ehemaligen KZ Mauthausen ansah.[491]

Das Arbeitsideal war für viele Richter die stille, nach außen unauffällige, ja anonyme richtende Tätigkeit, bei der die Person des Richters völlig zurücktrat. Als Bundesrichter Fritz Lindenmaier 1953 mit 72 Jahren in den Ruhestand trat, charakterisierte ihn Präsident Hermann Weinkauff folgendermaßen:

> Das ist ja überhaupt ein besonderes Kennzeichen Ihrer Persönlichkeit, daß Sie sich im Dienst des Rechts und des Richteramts buchstäblich aufgezehrt haben, daß Sie sich in diesem Ihrem geliebten Berufe nicht Ruhe und nicht Rast gönnten, daß Sie in einem schönen und in einem ganz wörtlichen Sinne Ihr ganzes Leben dem Rechte widmeten.

„In serviendo consumor“, so hätte, meinte Weinkauf, Lindenmaiers Wahlspruch heißen können,[492] und zweifellos hätten auch viele andere Richter des BGH diesen für sich in Anspruch genommen.

In den 1950er Jahren hatte die enorme Arbeitslast jedenfalls auch Konsequenzen für die Gesundheit der Richter.[493] Nicht wenige hielten dem Arbeitsdruck nicht stand. Zuerst traf es naturgemäß die alten Reichsgerichtsräte: Der 71-jährige, schon pensionierte Reichsgerichtsrat Carl Hertel etwa gehörte 1950 zu den Gründungsmitgliedern des BGH und half beim Aufbau des Gerichts mit seiner Erfahrung. 1951 aber schon litt er an Herzschwäche und musste 1952 dann erneut zur Ruhe gesetzt werden. 1958 verstarb er.[494] Max Hörchner, einst Oberstaatsanwalt beim Reichsgericht, seit 1953 Senatspräsident am BGH, verstarb 1957 mit 58 Jahren während einer Präsidiumssitzung an einem Herzschlag.[495] Der enge Zusammenhang zwischen der Arbeitsbelastung und der Leistungsfähigkeit der Richter lässt sich am Beispiel des 1954 56-jährigen Bundesrichters Wilhelm Dotterweich belegen: Er war mehrfach und lange Zeit wegen schwerer Erkrankungen ausgefallen. Nicht verbrauchten Urlaub wollte er nun nutzen, um seine Gesundheit zu stabilisieren. Dagegen wandte sich jedoch Hermann Weinkauff entschieden: Er bat das Bundesjustizministerium Urlaubsansprüche, die Dotterweich erheben würde, entschieden zurückzuweisen, weil der 2. Strafsenat, dem er angehöre, keine weiteren Ausfälle mehr verkraften könne.[496] Aus einem solch angespannten Klima heraus wird verständlich, wenn Bundesrichter Adolf Schmidt sich 1957 völlig zerknirscht bei Weinkauff für seine Erkrankung entschuldigte: „Zum Schluß möchte ich

491 Zeitzeugeninterview mit Karl Claßen, 17.12.2023.

492 BA, Pers 101/39998, Abschiedsrede Weinkauff.

493 Darauf hat bereits Keßler, 25 Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1975), S. 294–310, hier S. 296 nachdrücklich hingewiesen. Einer der ersten Berichte über die Arbeit des BGH, geschrieben von Bundesrichter Johannsen, Der Bundesgerichtshof, in: *Schleswig-Holsteinische Anzeigen* (1951), S. 133–138, hier S. 136 sprach von einem Krankenstand beim BGH von bis zu 12 Prozent.

494 BA, Pers 101/39973, Weinkauff an BMJ, 11.3.1952.

495 BA, Pers 101/48825, Bulletin des BGH 127/S. 12040, 16.7.1957.

496 BA, Pers 101/48782, BGH-Präsident an BMJ, 9.4.1954.

nochmals hervorheben, wie sehr ich es bedauere, Ihnen, hochverehrter Herr Chefpräsident, sowie allen Kollegen durch meine Dienstunfähigkeit Mühe und Mehrarbeit verursachen zu müssen."[497] Kamen unter solcher Arbeitslast dann noch öffentliche Angriffe in der Presse wegen politischer Belastungen aus der NS-Vergangenheit hinzu, hielten die meisten dem nicht mehr stand. Das belegt sogar das Beispiel von Heinrich Jagusch, der in seinem öffentlichen Auftreten und seinem Umgang mit Kollegen und Medien gewiss nicht zart besaitet gewesen ist.[498] BGH-Präsident Heusinger hat dies 1965 ganz offen auch gegenüber der Presse eingestanden und betont, dass gerade eine Tätigkeit im Staatsschutzsenat mit den damit verbundenen „geistigen Auseinandersetzungen, die Gewissensanspannung eines jeden [...] eine äußerst schwere Belastung für die dem Senat angehörenden Richter" mit sich brächte. „Außenstehende werden sich hiervon kaum eine hinreichende Vorstellung machen können."[499] Dass auch eine solche Situation die Rechtsprechung negativ beeinflusst, hat Konrad Zweigert bereits 1967 betont.[500]

So verlief der Arbeitsalltag der Richter, die in den 1950er Jahren vor allem wegen der fehlenden Büros am BGH selbst bei beengten häuslichen Verhältnissen zu Hause arbeiteten, in klar vorgezeichneten Bahnen: Mehrmals täglich brachte ein speziell umgebauter Wagen des Gerichts Akten und benötigte wissenschaftliche Literatur vorbei, so dass sich intensives Aktenstudium und Auseinandersetzung mit der wissenschaftlichen Literatur ablösten. Wurden die Fälle mündlich verhandelt, waren in vielen Sitzungen und in Beratungen bis in die Nachtstunden hinein die Urteile des Kollegialgerichts unter dessen Mitgliedern zu erarbeiten und zu formulieren. Je nach Zusammensetzung des Richterkollegiums und der Komplexität des Falles konnte das sehr viel Zeit und diverse lange Schriftsätze beanspruchen.[501] Geredet wurde in den Familien wenig über die Arbeit des Vaters. Einige Väter berichteten ohne Nennung von Namen über schwierige Fälle und fragten Ehefrau und Kinder, was sie in einem solchen Fall für „gerecht" erachteten, um sich gleichsam einen Eindruck von der *vox populi* in der betreffenden Fallkonstellation zu verschaffen. Hans Hanebeck stellte seinen Kindern häufiger anhand von Fällen, die er bearbeitete, vor Augen, wohin Fehlverhalten führen kann.[502] Eine gewisse Abwechslung brachte in diesen Alltag der Besuch von wissenschaftlichen Tagungen innerhalb des verwalteten Fachgebiets, die allerdings nur in Abhängigkeit von dem Arbeitsstand des betreffenden Senats genehmigt wurden.

497 BA, Pers 101/76151, Adolf Schmidt an BGH-Präsident, 21.3.1957.
498 BA, Pers 101/74199, Staatliches Gesundheitsamt Karlsruhe an BGH-Präsident, 23.11.1964.
499 Jahresbericht 1965 für den BGH, Karlsruhe 1965, S. 8.
500 Zweigert, Zur inneren Unabhängigkeit, S. 722.
501 Keßler, 25 Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1975), S. 294–310, hier S. 296.
502 S. Zeitzeugeninterviews: Nur fünf von 17 Befragten erinnerten sich daran, dass der Vater über die von ihm bearbeiteten Fälle berichtete. S. a. Interview mit Edith Nothnagel, 6.7.2023.

Sehr erwünscht war in jedem Fall der internationale Kontakt innerhalb der Fachcommunity, der nach dem Krieg erstaunlich schnell wieder hergestellt werden konnte. Bundesrichter Otto Riese hatte seit 1935 durch seine Professur in Lausanne und seine Expertise im Luftverkehrsrecht ohnehin nie eine Unterbrechung der internationalen Kontakte erfahren.[503] Und Wilhelm Meiß nahm nach dem Krieg sehr schnell wieder Verbindung ins Ausland durch die deutsch-französische Juristenvereinigung auf, so dass beide schon 1952 im Ausland wieder gern gesehene Gäste waren.[504] Auch als Institution empfing der BGH bald schon internationale Delegationen, um Einblick in den Aufbau des deutschen Rechtswesens nach dem Krieg zu ermöglichen, und besuchte umgekehrt auch auswärtige Partner. 1955 reiste Weinkauff dann auch bereits zur Internationalen Juristenkommission nach Athen.[505]

Eher selten, dafür umso spektakulärer für die Richter, waren Fortbildungsveranstaltungen wie 1953 bei der Deutschen Bundesbahn, die während eines ganztägigen Ausflugs den Karlsruher Richtern des für Verkehrssachen zuständigen VI. Zivilsenats und einigen Strafrichtern Einblicke in Betriebsabläufe sowie neueste Signal- und Sicherheitstechnik gewährte, um einen lebendigen Eindruck vom technischen Stand dieses Verkehrsmittels zu ermöglichen.[506]

In einer besonderen Lage war der 5. Strafsenat in Berlin, weil die Austauschmöglichkeit mit anderen Kollegen der Karlsruher Senate und damit die so wichtige Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch die Entfernung behindert war.[507] Das hatte weitere organisatorische Folgen: So fehlte es in Berlin an einer hinlänglichen Fachbibliothek, was schließlich durch räumliche Anlehnung an die Bibliothek des Berliner Kammergerichts gelöst wurde, für die der BGH Buchanschaffungen mitfinanzierte.[508] Auch die besondere Situation des Kalten Krieges machte Probleme: Dienstreisen von und nach Karlsruhe konnten schwierig werden. So wurde Senatspräsident Sarstedt einmal an der Grenze von DDR-Grenzschützern angehalten, durchsucht und befragt. Gelegentlich kam das Gerücht auf, die DDR werde ihre Grenze für hohe Bundesbeamte sperren und deren Verkehr von und nach Berlin einschränken.[509] Einzelne Bundesrichter mussten aus Sicherheitsgründen kostenintensiv mit dem Flugzeug die Reise nach Karlsruhe antreten.[510] Gerade vor diesem Hintergrund war es

503 BA, Pers 101/48910, Personalblatt.

504 SWR Hörfunkarchiv, WO113245, Das Zusammenwirken des BGH mit ausländischen Juristen.

505 BA, Pers 101/39881, BGH-Präsident an BMJ, 27.5.1953.

506 Kleinewerfers, Besichtigungsfahrt, in: *NJW* (1953), S. 1701 f.

507 SWR Hörfunkarchiv, WO111830, Notwendigkeit der Verbindung Berlin-Karlsruhe, Verabschiedung Senatspräsident Geier.

508 BA, Pers 101/39874, Senatspräsident Neumann an Bundesrichter Willi Geiger, 8.6.1951.

509 Sarstedt, Durchreise-Verbot, in: *Tsp*, 26.4.1968. Sarstedt lehnte nach eigenen Angaben hier auch das Angebot des DDR-Staranwalts Friedrich Karl Kaul ab, ihm einen Sonderausweis für ein leichteres Passieren der Grenze zu verschaffen, wohl um nicht erpressbar zu sein.

510 BA, Pers 101/75921, Präsident 5. Strafsenat an Bundesrichter Friedrich Kersting, 2.4.1962. Der blinde Bundesrichter Hans-Eugen Schulze hatte u. a. Kontakte zu Blindenorganisationen in der DDR. Ver-

wohl mehr als ein kleines familieninternes Problem, als sich 1957 der 13-jährige Sohn des Berliner Senatspräsidenten Werner Sarstedt aus dem Staub machte und in Ostberlin von den DDR-Behörden aufgegriffen wurde. Aus einem DDR-Kinderheim konnte er dann aber bald schon in sein Elternhaus in Berlin-Schlachtensee rücküberstellt werden.[511]

Freundschaftliche oder gesellige Kontakte zu Berufskollegen wurden in den meisten Fällen nur innerhalb des Senats unterhalten und fanden ihren Ausdruck in einem gemeinsamen Ausflug mit Einkehr in einem Restaurant, den man einmal im Jahr mit allen Mitgliedern des Senats unternahm, oder in einer kleinen Jahresfeier, die wechselnd von einem Richter und seiner Familie zu Hause ausgerichtet wurden. Dabei ist in den Erzählungen der Kinder nie von größeren Abendgesellschaften oder Festessen die Rede, vielmehr von einfachen Geselligkeiten mit Wein und kleiner Verpflegung.[512] Bemerkenswert ist, dass konfessionelle Orientierungen für diese Kontakte ebenso wenig eine Rolle spielten wie die individuelle Vergangenheit der Richter in der NS-Zeit. Jene, die verfolgt worden waren, kamen zwanglos auch mit Kollegen zusammen, die wenige Jahre zuvor es womöglich noch vor dem Hintergrund des nationalsozialistischen Antisemitismus nicht gewagt oder gewollt hätten, einen solchen Kontakt zu einem „Juden“ oder „jüdischen Mischling“ zu unterhalten. Dass bei solchen Treffen über die NS-Vergangenheit geredet worden wäre, wird von niemandem erinnert. Der 1959 zum Bundesrichter ernannte Wolfgang Gähtgens berichtete seiner zu diesem Zeitpunkt noch in Schleswig lebenden Frau brieflich von seinem ersten geselligen Senatstreffen im Hause seines Senatspräsidenten Willi Geiger und charakterisierte die so unterschiedlichen anwesenden Kollegen und ihre Ehefrauen: Geiger sei „hier ein Begriff [...] sehr lebhaft, sehr katholisch, mit etwas ‚listiger‘ süddeutscher Art“. Über Bundesrichter Herbert Arndt schrieb er: „sehr klug, vielseitig interessiert [...] ausgesprochener Genießer und Anlage zum Schwerenöter“, den Kollegen Friedrich Kreft hielt er für einen „westfälischen Bauernsohn, der auch im Urlaub in sein Dorf zurückfährt.“ Das Senatsmitglied Helmut Beyer hingegen erschien ihm als „abgeschobener Ministerialbeamter“. Die Atmosphäre solcher Treffen und das dabei Sagbare erhellt aus Gähtgens Bemerkung: „Alles Religiöse wird natürlich peinlich gemieden, über Politik spricht man nur vertraut. Die Gegensätze sind zu groß.“ Äußerlichkeiten spielten eine erhebliche Rolle. Gähtgens vermerkte: „Wir waren alle befehlsgemäß in hellem Anzug da“ und verwundert äußerte er sich über ein auffälliges Kleid von Frau Bey-

schlusssachen sollten ihm daher nicht vorgelegt werden. S. BA, Pers 101/76181, BMJ an BGH-Präsident, 19.2.1963.

511 S. 13-jähriger, in: *BNN*, 28.1.1957. Der Vater wollte sich gegenüber der Presse zu dem Vorfall nicht äußern.

512 S. Zeitzeugeninterviews: Zwölf von 17 Befragten erinnerten sich an Gesellschaften mit Arbeitskollegen aus dem Senat. Von einem Richter wurde berichtet, dass er auch zu denjenigen Kontakt hielt, die mit ihm an den BGH berufen worden waren. Auch scheint es einen engeren Kontakt der streng katholisch eingestellten Richter gegeben zu haben.

er.[513] Auch bei solchen Gelegenheiten wurde auf eine prononciert bildungsbürgerliche Atmosphäre geachtet und etwa ein Hauskonzert geboten oder gar selbst verfasste lateinische Prosa vorgetragen, wie das Bundesrichter Werner Birnbach, ehemals lange Zeit Chiffrieroffizier im „Führerhauptquartier", bei einer Einladung von Bundesrichter Günther Wilde tat, der wegen seiner jüdischen Ehefrau 1933 bis 1945 zahlreiche Diskriminierungen hatte erleiden müssen.[514] Bemerkenswert ist allerdings auch, dass immerhin fünf von 17 Befragten angaben, ihre Väter hätten Kontakte zu Kollegen gemieden und an solch geselligen Veranstaltungen nicht oder höchst ungern teilgenommen – ein deutlicher Hinweis auf ein hohes Maß an Individualismus unter den BGH-Richtern.

Abb. 14: Senatsausflug nach Weißenburg, am kleinen Tisch Bundesrichterin Gerda Krüger-Nieland
Quelle: Privatarchiv Barbara Spengler-Axiopoulos, Heidelberg

Auch die Ehefrauen der Richter waren in die Geselligkeit ihrer Männer eingebunden. Manche Ehefrauen hielten beim „Damenkaffee"/„Damentee" Kontakt oder nahmen gemeinsam an kultivierten Rätselraten-Sendungen im Radio teil.[515] Zum *comment* am Ge-

513 Privatnachlass Gähtgens-Maier, Gähtgens an Ehefrau Trude, 31.5.1959.
514 BA, N 1817/4, Birnbach an Wilde, 30.11.1958.
515 S. Zeitzeugeninterviews: 15 von 17 Befragten konnten Angaben zu diesem Punkt machen. Sieben erinnerten sich an „Damenkaffees", acht berichteten, dass ihre Mütter Derlei gemieden und nicht veranstaltet haben.

richt gehörte exklusiver gesellschaftlicher Umgang oder standesbewusste Abkapselung nicht. Es scheint so, als hätten vor allem jene Ehefrauen, die nach ihrer Heirat sich in erster Linie als Ehefrau und Mutter verstanden haben und damit das damals am meisten verbreitete „klassische" Familienbild lebten, solche Kontakte gesucht. Die Frau von Bundesrichter Claus Seibert, die als Künstlerin einen Namen hatte, konnte damit ebenso wenig etwas anfangen wie Frau Hanebeck, die sich lieber in ihrer evangelischen Gemeinde engagiert hat. Der BGH in Gänze traf und feierte sich nur einmal im Jahr beim „BGH-Ball", der in Baden-Baden abgehalten wurde. Wann dieses gesellschaftliche Ereignis eingeführt wurde und wie lange es in der ursprünglichen Form bestand – darüber findet sich nichts mehr in den erhaltenen Unterlagen. Der Ball wurde gerne auch von den älteren Kindern der Richter besucht, die darin eine Möglichkeit sahen, Bekanntschaften zu machen. Einzelne Richter konnten sich damit allerdings auch gar nicht anfreunden und überließen es ihren Kindern, alleine dorthin zu gehen.[516]

Abb. 15: Bundesrichter Claus Seibert mit Ehefrau bei einem geselligen Senatsabend
Quelle: Privatarchiv Seibert, Berlin

516 S. Zeitzeugeninterviews: vier von 17 Befragten berichteten, dass ihre Eltern diese Bälle wenn überhaupt, dann nur ungerne besucht hätten. S. a. Interview mit Thomas Mormann, 24.7.2023, der keinerlei Erinnerung an diesen Ball hatte und sicher ist, dass sein Vater diesen Ball nicht besucht hat oder Interview mit Edith Nothnagel (Tochter von Bundesrichter Hans Hanebeck), 6.7.2023, die sich erinnert, dass ihr Vater den Ball nicht besuchen wollte, sehr wohl aber die Kinder sich darauf gefreut haben. Einem Vergleich mit den Bällen am Reichsgericht hielten die Bälle des BGH aber wohl nicht stand. Der ehemalige Reichsanwalt und Bundesrichter Carl Kirchner schwärmte auch später noch vom unvergleichlichen Glanz, den die Reichsgerichtsveranstaltungen ausgestrahlt hätten. S. SWR Hörfunkarchiv, WO111829, Kirchner im Ruhestand.

Nahezu übereinstimmend haben die Kinder der Richter einen zwanglosen Umgang mit dem BGH-Gebäude selbst und der umgebenden Parkanlage wie auch mit den Pförtnern und sonstigen Bediensteten des obersten Bundesgerichts erinnert. Bevor das Gericht in Zeiten des RAF-Terrorismus 1977 sicherheitstechnisch aufrüsten musste und Sicherheitsschleusen, Eingangskontrollen und Überwachung üblich wurden, war es für die Kinder unschwer möglich, den Vater mit Hilfe der Pförtner am Gericht zu besuchen, wenn er sich denn dort aufhielt. Im Winter war es für die meisten ein Vergnügen, die leichte Anhöhe, auf der das Erbgroßherzogliche Palais steht, als Schlittenbahn zu nutzen[517] – auch durch solche Gewohnheiten verlor das Gericht ein Stück weit jene Unnahbarkeit, die dem Reichsgerichtsgebäude eigen gewesen war.

Abb. 16: Schlittenfahren im Palaisgarten, ca. 1950er Jahre
Quelle: StA Karlsruhe, 8_Bildstelle_I_310_017.tif

Insgesamt, so wird man festhalten können, belegen die Erinnerungen der Kinder, dass zwar schon der Versuch unternommen wurde, eine gewisse Geselligkeit unter den Richtern des Gerichts in Anlehnung an die Traditionen des Reichsgerichts zu arrangieren, doch fiel am Ende alles viel bescheidener und kleiner, ja bürgerlicher aus als in Leipzig. Aus den gedachten, auch sonst vielseitig begabten Virtuosen des Rechts mit

517 Kirchner, Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, S. 113–138, hier S. 118. S. a. Zeitzeugeninterviews: Fünf von 17 Interviewten erinnerten sich, am Erbgroßherzoglichen Palais Schlitten gefahren zu sein oder den Vater im Gericht besucht zu haben. Dabei spielte der jeweilige Wohnort natürlich auch eine Rolle.

hohem Standesbewusstsein, großem Lebensstil und Ehrfurcht gebietenden langen Bärten, wie es sie in Leipzig – und auch hier gewiss nur idealerweise – gegeben hat, waren offenbar bürgerlich sehr geerdete harte Rechtsarbeiter geworden, die sich ganz überwiegend und entsagungsreich der Bewältigung ihrer Tagesarbeit widmeten. Werner Sarstedt, der Präsident des Berliner Senats, hat dies einmal reflektiert und davon gesprochen, dass die Bundesrichter in der rasanten Nachkriegsentwicklung gezwungen gewesen seien, sich fachlich immer mehr zu spezialisieren, höchste Sachkompetenz in den ihnen anvertrauten Rechtsgebieten zu erwerben. Das habe dazu geführt, dass die von Weinkauff noch favorisierte Idee des „königlichen Richters" nach 1945 nie habe Realität werden können, aber auch die Folge gehabt, dass den BGH-Richtern ihre Macht auch nicht zu Kopfe gestiegen sei, weil sie am Ende eben doch auch in erster Linie die Arbeit hätten bewältigen müssen.

> Im großen Ganzen leisten sie eine stille Referentenarbeit an ihrem Schreibtisch, in der Bücherei, in der freundnachbarlichen Ruhe des Beratungszimmers, vielleicht auch auf einsamen Spaziergängen oder schlaflos im Bett liegend [...] Daß wir ganz gewöhnliche Menschen mit ganz gewöhnlichen Sorgen, mit alltäglichem Ärger und manchmal auch mit Angst vor dem Leben sind, mit Frau und Kindern und einem Hund, der *auch* nicht folgt – das wird ihnen [gemeint sind Presse und Öffentlichkeit, d.Verf.] wohl nicht immer bewußt.[518]

4.8 Über den Zusammenhang von Richterbiographie und Urteilspraxis

Am Ende bleibt allerdings die Frage, ob und wie sich all die geschilderten Rahmenbedingungen der höchstrichterlichen Tätigkeit in Karlsruhe, die vielen so unterschiedlichen Erfahrungshaushalte der BGH-Richterinnen und -Richter, ihre Prägungen und extrafunktionalen Qualifikationen in ihrer Urteilspraxis niedergeschlagen haben. Häufig genug wird ja beispielsweise die Annahme formuliert, eine politische Belastung aus der NS-Zeit habe insbesondere bei erinnerungspolitisch relevanten Prozessstoffen eine ausschlaggebende Wirkung gehabt und gerade auch die defizitäre Aufarbeitung justitiellen Unrechts aus der NS-Zeit legt die Vermutung nahe, dass die politische Belastung eines Großteils der Nachkriegsrichter zumindest mitursächlich für diese unbefriedigende Tatsache sei.[519]

Bei der Untersuchung einer solchen Annahme ergibt sich freilich sofort das Problem, dass die Urteile des in Straf- wie Zivilsachen als Kollegialgericht arbeitenden BGH grundsätzlich nicht auf eine Richterpersönlichkeit zurückzuführen, sondern das Ergebnis eines Beratungsprozesses sind, über den in der Regel keinerlei Unterlagen mehr existieren, die belegen könnten, wie und mit welchen Einzelvoten das Urteil zu-

518 Sarstedt, Bundesrichter in der heutigen Gesellschaft, S. 237 f., Zitat 245 und 248.

519 So etwa Rottleuthner, Karrieren, S. 98, 115. Er bezeichnet diesen Zusammenhang als „Krähenjustiz" und „Hackhemmung".

stande gekommen ist. Hinzu kommt, dass kaum erklärlich ist, wie angesichts der großen Diversität der Richterschaft selbst in vergangenheitspolitisch relevanten Prozessen ein rascher Konsens über das zu fällende Urteil hätte gefunden werden können. Genauso wenig wie die Richtersoziologie es bislang vermocht hat, zuverlässig soziale Bedingungsfaktoren für die Urteilspraxis der deutschen Richterschaft zu definieren, genauso wenig kann der Historiker historische Rahmenbedingungen formulieren, die es möglich machen würden, mit gleichsam mathematischer Genauigkeit ein Urteil aus der Biographie und dem Erfahrungshaushalt eines Richters oder einer Richterin zu erklären.

Trotz all dieser Vorbehalte fallen Zusammenhänge auf, die entweder mit einer nicht genau zu beziffernden, aber hohen Wahrscheinlichkeit Abhängigkeiten zwischen Richterbiographie und Urteil zeigen oder aber im Gegenteil solch voreilig formulierte Gewissheiten in Frage stellen.

Die wohl häufigste Annahme ist die, dass politisch belastete Richter sich einer angemessenen Aufarbeitung der NS-Vergangenheit versagt und im Zweifel gegen die Opfer judiziert hätten. Gewiss gibt es auch in der Rechtsprechung des BGH Fälle, die eine solche Vermutung bestärken – aber es gibt auch ebenso häufig genau gegenteilige Konstellationen. Ein Beispiel dafür ist das am 25. Februar 1953 vom II. Zivilsenat des BGH verkündete gesellschaftsrechtliche Urteil unter dem Aktenzeichen II ZR 108/52.[520] Es ging in dem Verfahren um einen 62-Jährigen, aus dem Ersten Weltkrieg zu 70 Prozent schwerkriegsbeschädigten Kläger, der bereits 1931 in Ruhestand gegangen, aber, weil alter Kämpfer der Partei Hitlers, 1933 reaktiviert worden war. Er war gleich zum Direktor der Zweigniederlassung einer Bank gemacht worden, die die DAF im Mai 1933 widerrechtlich von den zerschlagenen freien Gewerkschaften übernommen hatte. 1942 billigte der Vorstand dieser Bank dem Direktor ein gutes Ruhegehalt zu, das dieser Anfang 1945 wegen dauerhafter Berufsunfähigkeit auch beanspruchte. Allerdings wurde ihm die Zurruhesetzung nur telefonisch genehmigt, ein Schriftverkehr darüber fand in den Wirren des untergehenden „Dritten Reiches“ nicht statt, und eine definitive Entscheidung wurde nicht mehr gefällt. Nach 20 Monaten Internierung und einer Entnazifizierung in die Gruppe der Mitläufer verlangte der ehemalige Direktor nun seine Rente, obwohl der Geschäftsbetrieb der den Gewerkschaften entwendeten Bank eingestellt und ihr Vermögen von der Militärregierung eingezogen worden war. Die Gewerkschaftsbank, die ihr Eigentum mittlerweile zurückerhalten hatte, wehrte sich gegen den Anspruch, unter anderem mit dem Hinweis auf die unrechtmäßige Enteignung und die Einstellung des Direktors aus rein politischen Gründen. Während die Vorinstanzen dem Direktor mit seinem Ruhegehaltsanspruch Recht gegeben hatten, wies der II. Zivilsenat des BGH nun dessen Begehren zurück und stellte fest: „Den Ausführungen des Berufungsgerichts, mit denen es den Anspruch des Klägers auf Ruhegehalt bejaht, kann jedoch nicht zugestimmt werden, da sie der besonderen Sach- und Rechtslage des vorliegenden Falles nicht gerecht werden.“ Den Gewerkschaften

520 BGH v. 25.2.1953 – II ZR 108/52 (BGHZ 9, 94).

sei die Bank „durch einen machtpolitischen Akt der NSDAP widerrechtlich entzogen worden“. Den Gewerkschaften sei ihr Eigentum zurückzugeben, und diese Rückübertragung dürfe nicht dadurch beeinträchtigt werden, „daß gerade solche Forderungen befriedigt werden, die aus einer Tätigkeit abgeleitet werden, die im engsten Zusammenhang mit dem Unrechtsakt gestanden hat.“ Der Direktor habe „an der rechtswidrigen Besitzergreifung des Vermögens der Rechtsvorgängerin [...] tätig mitgewirkt“, weil er sich, gestützt auf seine langjährige Parteimitgliedschaft in der NSDAP,

> die Stellung des gewaltsam entfernten bisherigen Filialleiters hat übertragen lassen. Die Durchführung des von der NSDAP an den Gewerkschaften begangenen Unrechts wäre nicht möglich gewesen, wenn die NSDAP nicht in der Person von alten Parteimitgliedern diejenigen Kräfte gefunden hätte, die durch Übernahme der leitenden Stellen in der angeeigneten Bank die zu deren weiteren Betrieb erforderliche Tätigkeit geleistet hätten. Über diese Sachlage kann der Kläger nicht im Unklaren gewesen sein, und er hat sie zu seinen Gunsten ausgenutzt.

Es sei den Gewerkschaften nicht zuzumuten, das zurück zu übertragende Bankkapital nun auch noch dafür einsetzen zu müssen, dass sie einem Manne Rentenzahlungen leisten sollten, der sich an der unrechtmäßigen Enteignung der Gewerkschaftsbank aktiv beteiligt habe.

Wer waren nun die Richter, die ein solches, heute wohl mehrheitlich als gut und rechtens angesehenes Urteil, das in angemessener Weise ein NS-Unrecht rückgängig machte, gefällt haben? Waren sie politisch Unbelastete mit hohem Aufarbeitungswillen und womöglich einer Nähe zur Gewerkschaftsbewegung? Ein Blick in die Biographien der urteilenden Richter belegt nahezu das Gegenteil.

Vorsitzender Richter war Senatspräsident Karl Canter, ein 64 Jahre alter Zentrumsmann, der nie in die NSDAP eingetreten war, aber als Oberfeldrichter im Zweiten Weltkrieg mindestens drei Todesurteile gefällt hatte. In seiner Rechtsprechung orientierte er sich stark am Reichsgericht.[521] Dem Reichsgericht war auch der 71-jährige Bundesrichter Hans Drost eng verbunden geblieben, hatte er doch dort als Rechtsanwalt gewirkt. Ein Gewerkschaftsfreund war der Besitzer eines Gutes im bayerischen Dietramszell, der im Krieg weiteren Immobilienbesitz im Osten verloren hatte, sicher nicht. Auch politisch unbelastet war er nicht: Als förderndes Mitglied der SS und Mitglied des deutschnationalen Juristenbundes 1933 hatte er sich im politischen Wendejahr umzustellen versucht, noch 1942 wollte er Parteimitglied werden, wurde aber wegen seines hohen Alters abgelehnt. Als Student hatte er in Breslau der Studentenverbindung Wratislawa angehört, die Juden aus ihren Reihen ausschied. Präsident Weinkauff förderte seine Wiedereinstellung in den BGH nach Kräften, weil er ihn für eine hochqualifizierte Kraft hielt, die eine reiche Erfahrung vom Reichsgericht mitbrachte.[522] Sodann wirkte an dem Urteil Oskar Haidinger mit, der 1942 Parteigenosse

521 BA, Pers 101/39944, Personalblatt; Weiß, Der Richter hinter dem Recht, S. 483.

522 BA, Pers 101/39794, Personalblatt; BA, Pers 101/39792, Vorschlag zur Wahl als Bundesrichter, 27.11.1950, darin Gutachten Hermann Weinkauff; BA, Pers 101/39793, Personalblatt, Anlage Fragebogen;

geworden war und seit 1939 am Landgericht Litzmannstadt gewirkt hatte. Haidinger selbst bestritt stets seine Verwicklung in den Nationalsozialismus. Dagegen steht allerdings eine vom *Spiegel* 1971 bekanntgemachte, antisemitische und nationalsozialistisch gefärbte Chronik des Amts- und Landgericht Litzmannstadt, die ihm zugeschrieben wurde und seine mittlerweile nachgewiesene Tätigkeit am Sondergericht in Litzmannstadt, die er wahrheitswidrig bestritten hat. Eine parteiamtliche Beurteilung aus dem Jahr 1941 attestierte ihm darüber hinaus eine ablehnende Einstellung gegenüber den Polen.[523] Wie intensiv Karl-Emil Meyer an dem Urteil mitgewirkt hat, ist schwer zu sagen, da der Vorsitzende für ihn als Erkrankten unterschrieb. So bleibt nur noch Robert Fischer als letzter und allerdings politisch völlig unbelasteter Mitwirkender übrig.[524] Dass ihm alleine dieses Urteil zuzuschreiben ist, dürfte allerdings unwahrscheinlich sein. Canter, Drost und Haidinger, von denen *prima vista* angesichts ihrer Belastungen, ein solches Urteil nicht zu erwarten gewesen wäre, hätten ihn jedenfalls unschwer überstimmen können.

Dass umgekehrt auch politisch Unbelastete Urteile fällen konnten, die uns heute jedenfalls unverständlich erscheinen, belegt ein Urteil des 1. Strafsenates vom 24. Juli 1962.[525] Verhandelt wurde eine Revision der Staatsanwaltschaft gegen ein Urteil des Schwurgerichts Trier vom 20. Dezember 1961. Darin ging es um zwei Sanitäter im Konzentrationslager/SS-Sonderlager Hintzert, die Häftlingen auf Befehl Zyankalispritzen verabreicht und sie damit getötet hatten. Den Opfern war mitgeteilt worden, sie würden geimpft werden. Die Sanitäter hatten die Giftspritzen verabreicht, nachdem ihnen gesagt worden war, es handle sich bei den Delinquenten um zum Tode verurteilte Partisanen. Das Schwurgericht hatte die beiden Sanitäter freigesprochen, weil ihnen nicht nachzuweisen sei, dass sie die eigentlichen Hintergründe des Geschehens und die Rechtswidrigkeit ihres Tuns wirklich durchschaut hätten. Formale Mängelrügen (Nichtvereidigung von Zeugen) wies der BGH zurück, in der Sache schloss sich der 1. Strafsenat des BGH dem Schwurgerichtsurteil an, obwohl „ernste und gewichtige Beweisanzeichen für die Schuld der Angeklagten sprachen."

Den Vorsitz bei diesem Verfahren hatte Bundesrichter Claus Seibert inne, dessen politische Belastungen auf den ersten Blick als Ausschlag gebend für das Urteil eingeschätzt werden könnten, war Seibert doch seit 1933 Parteigenosse gewesen, 1944 noch als Kriegsgerichtsrat an einem Todesurteil beteiligt und zuvor, wenn auch nur sehr kurz, an einem Sondergericht tätig gewesen, bei dem er aber nur Urteile über kurzzei-

---

BA, R 9361-II.182 551, Beschluß Gaugericht Sachsen, 4.9.1942. S. a. Gelhoit, Korporationen in Breslau, S. 185 f.

523 BA, Pers 101/75885 Personalblatt; BA, NS 45/1629, Kreisamtsleiter Litzmannstadt an Gauleitung Wartehland, 29.4.1941, S. a. Engelmann, Rechtsverfall, S. 224–234, Miquel, Ahnden, S. 388, Schlüter, Menschlichkeit, S. 56, Fn. 277.

524 Zu Robert Fischer s. oben.

525 BGH v. 24.7.1962 – 1 StR 272/62 (Rüter/de Mildt, Bd. XVIII, Nr. 527b, S. 169 ff.).

tige Freiheitsstrafen mitzuverantworten gehabt hatte.[526] Seibert war allerdings aus dem Krieg nach dem glaubhaften Zeugnis vieler, die ihn kannten, als sehr nachdenklicher Mensch zurückgekehrt und empfand seine Mitverantwortung in der NS-Justiz tatsächlich als schwere Last, mit der er sich auch auseinandersetzte.[527] An einer Vertuschung oder Reinwaschung von NS-Gewaltverbrechen sich noch 1962 zu beteiligen, dürfte mit großer Wahrscheinlichkeit für Bundesrichter Claus Seibert auszuschließen sein.

Das gilt auch für alle übrigen Mitwirkenden: Bundesrichter Günther Willms stammte aus einem zutiefst demokratischen Elternhaus und hatte sich nach 1945 aktiv für die Gestaltung der bundesdeutschen Demokratie eingesetzt. Belastet war er allenfalls durch einige verbale Verbeugungen vor dem Regime in seiner Dissertation aus dem Jahre 1938.[528] Bundesrichter Engelbert Hübner war nie der Hitlerpartei beigetreten, hatte sich während der NS-Zeit sehr zurückgezogen und im Krieg sein ganzes Hab und Gut verloren.[529] Eine auffallende Zurückgezogenheit, die von der NS-Parteileitung gelegentlich kritisiert wurde, hatte auch das Verhalten von Bundesrichter Friedrich Fischer gekennzeichnet, der 1935 in der „Bayerischen Ostmark“ im Zuge der sogenannten Schemm-Aktion zwar noch Parteigenosse geworden war, tatsächlich aber keine Nähe zum Regime hatte erkennen lassen.[530] Und bei Bundesrichter Ernst Mai handelte es sich um einen schwer kriegsbeschädigten Nicht-Parteigenossen, der in amerikanischer Kriegsgefangenschaft in Virginia einen Umerziehungslehrgang im *POW Special Project* in Fort Gustin durchlaufen hatte, den er selbst als sehr positiv einordnete. Später erwarb er sich als sehr verständnisvoller Richter in der Wiedergutmachungsrechtsprechung einen guten Namen.[531] Keinem dieser Richter wird man eine nationalsozia-

526 S. Miquel, Ahnden, S. 389; LA NRW, NW Pe Nr. 3160, Personalblatt; BA, Pers 101/76186, Seibert an Heusinger, 17.8.1962.

527 Kohlhaas, Claus Seibert, in: *NJW* (1977), S. 796; Von einem Bundesrichter [d. i. Claus Seibert], Aus einem Juristenleben, S. 139–145, S. 142 f.: Hier schildert Seibert, wie er bei seiner Tätigkeit im Sondergericht bei einem Urteil überstimmt wurde und anschließend auch noch das ihm widerstrebende Urteil hat schreiben müssen. Sein ganzes Bemühen war danach darauf gerichtet, vom Sondergericht fortzukommen. In der Entnazifizierung machte er sich selbst Vorwürfe wegen seiner Parteimitgliedschaft und des mangelnden Mutes, aus der Partei wieder auszutreten, s. BA, Pers 101/6192, Beilage zum Fragebogen, 24.1.1947. Auch Posser, Anwalt im Kalten Krieg, S. 296 nahm Seibert sehr positiv wahr.

528 S. Willms, Geträumte Republik, S. 20, 30, 34; Eichmüller, Keine Generalamnestie, S. 194; HSTA Wiesbaden, Abt. 520/14 Nr. 68662 und die darin enthaltenen Zeugnissen über seinen frühen Einsatz für die Demokratie nach 1945. Seine Dissertation hatte den Titel *Die Beschränkung der Prozeßvertretung bei den Arbeitsgerichten und die Wandlungen in der Begründung dieser Maßnahme*, Diss. jur. Marburg 1939.

529 BA, Pers 101/48826, Personalblatt; BA, Pers 101/48829, Lebenslauf, 23.5.1947.

530 BA, Pers 101/48788, Landgerichtspräsident Passau an OLG-Präsident München, 18.2.1947, Gutachten des Vorprüfungsausschusses Passau, 5.6.1946.

531 BA, Pers 101/75971, Personalblatt und BGH-Präsident an BMJ, 21.1.1983. S. a. BA, Pers 101/75973, Lebenslauf, 16.4.1946. Zu den Umerziehungskursen in US-Kriegsgefangenschaft s. Smith, Angloamerikanische Umerziehungsprogramme, S. 974–989.

listische Grundeinstellung oder eine ablehnende Haltung gegenüber der Aufarbeitung von NS-Unrecht nachsagen können. Vielmehr sind es offensichtlich vorwiegend juristische Erwägungen gewesen, die zu dem geschilderten Urteil geführt haben.

Hinzu kamen allerdings sehr individuelle Erfahrungshorizonte, die die Entscheidung zumindest von Bundesrichter Claus Seibert bestimmt haben. In einer nicht vollendeten und bislang nicht gedruckten Autobiographie unter dem Titel *Vor Gericht* reflektierte Seibert viel später genau dieses Urteil und das, was ihn dabei 1962 bewegt hatte. Unter der Kapitelüberschrift *Die Versuchung – Schwierige Lagen* gestand er ein, dass ihm dieses Urteil „schlaflose Nächte bereitet" habe. „Roma locuta, causa finita. So mag mancher denken. Ich aber denke so nicht." Er quälte sich mit dem Gedanken, dass den so heimtückisch Getöteten nicht nur Unrecht geschehen sei, sondern sie nicht einmal Gelegenheit gehabt hätten, mit ihrem Leben abzuschließen. Bei der Urteilsfindung und der Einschätzung der Sanitäter habe ihn eine eigene Erfahrung aus einem ganz anderen Kontext umgetrieben: 1923 habe er nach bestandenem ersten Staatsexamen während des Referendariats in einer Drahtfabrik mit Hilfsarbeit Geld verdienen müssen, da sein Vater finanziell nicht in der Lage war, ihn zu unterstützen und er während des Referendariats keine Vergütung erhielt. In dieser Fabrik sei ihm eines Tages befohlen worden, schwere Drahtrollen für die Reichspost auf einen Güterwaggon zu verladen, die für Telefonleitungen genutzt werden sollten. Da die Reichspost korrodierte Rollen aber nicht annehmen wollte, habe er den Auftrag erhalten, Drähte mit Rostauflage bei bereits ausgesonderten Drahtrollen mit Hilfe einer Zange nach innen zu drehen, während der Postkontrolleur bei einem Frühstück abgelenkt worden sei:

> Genau orientiert war ich nicht. Ich ahnte nur, dass die Sache nicht mit rechten Dingen zuging. Gegenüber dem bulligen Oberingenieur zu protestieren, wagte ich nicht. […] Abends berichtete ich meinem Vater von dieser Manipulation. Er war sehr entrüstet und sorgte dafür, dass mein Arbeitsverhältnis mit sofortiger Wirkung sein Ende fand.

Beim Prozess 1962 kam ihm nun dieses Erlebnis wieder in den Sinn und er dachte

> bei dem Einwand jener Angeklagten im SS-Prozess, sie seien von den Ereignissen überfahren worden, an die Lage, in der ich mich damals 1923 als Hilfsarbeiter befand gegenüber den einen Widerspruch geradezu ausschließenden, autoritären Anordnungen des Oberingenieurs. Auch ich war sozusagen überrollt worden. Aber ich ahnte, dass hier ein Ding gedreht wurde.[532]

Es spricht vor dem Hintergrund dieses Beispiels also viel dafür, dass der Entschluss zu einem Urteil nicht geradlinig und einfach zum Beispiel auf politische Einstellungen der beteiligten Richter zurückgeführt werden kann, sondern neben rein juristischen Erwägungen die komplexen Erfahrungshaushalte der Beteiligten berücksichtigt werden müssen, die freilich nur im Ausnahmefall – wie diesem bei Claus Seibert – zu re-

532 Privatbesitz Ulrich Seibert, Autobiographie *Vor Gericht* von Claus Seibert, Kapitel *Die Versuchung – Schwierige Lagen*, ohne Paginierung.

konstruieren sind. Zudem lässt dieses Beispiel erahnen, dass langfristig gefestigte charakterliche oder auch weltanschauliche Dispositionen womöglich bedeutsamer bei der Urteilsfindung sind, als man gemeinhin meint. Dies bestätigen im Falle des BGH auch die von naturrechtlichen und religiösen Überzeugungen der Richter offensichtlich geprägten Urteile des Familiensenates.

Ein Beispiel dafür ist ein Urteil des IV. Zivilsenats des BGH vom 25. November 1954.[533] Darin wurde das Begehren einer Ehescheidung letztinstanzlich abgelehnt, obwohl die näheren Umstände deutlich zeigten, dass die bestehende Ehe völlig zerrüttet und angesichts der vorherrschenden politischen Lage auch ohne Zukunft war. Die Eheleute, deutsche Staatsangehörige katholischen Glaubens, hatten sich 1941 in Ostpreußen kennengelernt. Als die Ehefrau 1942 eine Tochter gebar, bestritt der Kläger die Vaterschaft und musste im Wege des Unterhaltsrechtsstreites gezwungen werden, Unterhalt zu zahlen. Auf Drängen seines eigenen Vaters willigte der Kläger schließlich in die Ehe mit der Mutter seines Kindes ein. Während nun die Frau nach Kriegsende in Ostpreußen blieb, wurde der Ehemann aus der Wehrmacht nach Westdeutschland entlassen. Aufgrund der aufziehenden Blockkonfrontation war ein persönlicher Verkehr der Ehepartner nicht mehr möglich, der Kläger ging auch 1947 eine neue Beziehung im Westen ein und verlangte 1949 die Scheidung. Da er aber noch 1948 seiner Frau brieflich in Aussicht gestellt hatte zu ihr zu kommen, nahm er die Scheidungsklage auf Anraten des Gerichts zurück. 1953 jedoch drängte er wiederum auf Scheidung und begründete dies damit, dass sein Vater ihn zur Ehe gezwungen habe und seine Frau Möglichkeiten, zu ihm nach Westdeutschland zu kommen, nicht genutzt habe. Es bestehe daher schon über Jahre hinweg keine entwicklungsfähige eheliche Lebensgemeinschaft zwischen den Eheleuten. Dagegen wehrte sich die Ehefrau, die unterdessen die Eltern des Klägers in Ostpreußen gepflegt hatte und die Zerrüttung der Ehe ihrem Ehemann allein anlastete. Eine Scheidung werde sie zudem an der Möglichkeit hindern, nach Westen überzusiedeln.

Der IV. Zivilsenat des BGH ging nun zwar davon aus, dass die Ehe „tiefgreifend und unheilbar zerrüttet“ sei und eine Besserung selbst dann nicht zu erwarten sei, wenn es der Ehefrau gelingen sollte, in den Westen zu ihrem Mann zu kommen. Bei „richtiger Würdigung des Wesens der Ehe“ und unter Beachtung der bisherigen Rechtsprechung des Senats sei die Ehe gleichwohl nicht zu scheiden, denn vom

> Wesen der Ehe her umschließt außerdem die eheliche Lebensgemeinschaft nicht nur die gewöhnliche häusliche Lebensgemeinschaft; sie ist vielmehr auch eine Not- und Gefahrengemeinschaft, die sich gerade in Zeiten der Trennung der Ehegatten als echtes eheliches Band bewähren soll.

Selbst bei langjähriger Trennung der Ehepartner, bedingt durch äußere Umstände wie hier die Blockkonfrontation im Kalten Krieg,

533 BGH v. 25.11.1954 – IV ZR 151/54.

> vollziehe derjenige, der die Verbundenheit mit dem anderen auch im Rahmen des Möglichen nicht mehr aufrechterhalte, eine willensmäßige Entscheidung, für deren Auswirkungen er voll verantwortlich sei. Habe sich ein Ehegatte, der infolge der politischen Verhältnisse auf unabsehbare Zeit von dem anderen getrennt leben müsse, von ihm abgewendet, halte dieser um der Unverbrüchlichkeit des Ehegelöbnisses willen weiter an der Ehe fest, so lasse sich nicht sagen, daß die Ehe schon wegen der Hemmnisse, die eine Wiedervereinigung hindern, inhaltslos sei. Es sei in der Regel gerechtfertigt, eine solche Ehe aufrechtzuerhalten.

Der Senat hielt kurzum die prinzipielle Unverbrüchlichkeit der Ehe für relevanter als noch so große innere wie äußere Hemmnisse eines normalen Ehevollzugs, selbst bei einer längst völlig zerrütteten und aussichtslosen Ehe. Verantwortlich für diese Sicht zeichneten Richter, die entweder eine besondere christliche Prägung aufwiesen oder aber über keine eigenen Ehe- und Familienerfahrungen verfügten. Letzteres traf für den Vorsitzenden des Senats Guido Schmidt zu, der 1954 bereits 64 Jahre alt und ledig war,[534] oder auch auf den kriegsversehrten Wilhelm Kregel, dessen Ehefrau krank war und dessen Ehe kinderlos blieb.[535] August Raske, der die Rechtsprechung des IV. Zivilsenats über lange Zeit mitgeprägt hat, war katholisch und hatte nicht nur Jura, sondern auch katholische Theologie studiert. Er wird in den personenbezogenen Quellen mehrfach als „tief religiös“ beschrieben.[536] Bei seiner Zurruhesetzung formulierten die *Badischen Neuesten Nachrichten* die Hoffnung, dass nunmehr ein liberalerer Zeitgeist in die Eherechtsprechung des BGH Einzug halte.[537] Nicht nur Raske, sondern auch seine beiden evangelischen Senatskollegen Fritz von Werner und Kurt Wüstenberg waren stark religiös geprägt. Fritz von Werner war evangelisch und in der NS-Zeit der Bekennenden evangelischen Kirche eng verbunden gewesen.[538] Kurt Wüstenberg gehörte einer evangelischen Erneuerungsbewegung, der St. Michaels Bruderschaft, an und war Mitglied der Familienrechtskommission der EKD. Auch seine Lebenseinstellung wird in etlichen Dienstbeurteilungen als religiös geprägt bezeichnet.[539]

Es liegt daher nahe zu vermuten, dass solche religiösen Einstellungen gerade Mitte der 1950er Jahre und insbesondere unter dem Eindruck des vom BGH-Präsidenten Hermann Weinkauff geförderten Naturrechtsgedankens einen Einfluss auf die so dezidiert konservative Eherechtsprechung des Senates gehabt haben – beweisen lässt sich dies freilich nur in Ausnahmefällen.

534 BA, Pers 101/40033, Personalblatt.

535 Nds. JM Hannover, 4 K 14, PA Kregel, Wilhelm, Personalblatt.

536 BA, Pers 101/48901, Personalblatt; BA, Pers 101/48905, Beurteilung des OLG-Präsidenten Celle, 1.10.1950; BA, Pers 101/48906, Beurteilung des OLG-Präsidenten Celle 10.1.1936.

537 Richterwechsel im IV. Zivilsenat, in: *BNN*, 13.12.1967.

538 Griess, „Im Namen des Rechts“, S. 145–148.

539 BGH, PA Kurt Wüstenberg, Personalblatt; BGH, PA-BJM Kurt Wüstenberg, Wahlvorschlag, 26.8.1952, div. Dienstzeugnisse.

4.9 Von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen

Geschichte und Bedeutung einer Denkfigur

Die Denkfigur der „Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen“ ist Teil einer seit der Sattelzeit um 1800 immer weiter differenzierten Theorie der bürgerlichen Gesellschaft geworden. Sie implizierte von Anfang an eine lineare organische Entwicklung der Geschichte hin zu einem irgendwie „höheren“ oder zeitgemäßeren Zustand, von dem unter anderen auch der historische Materialismus ausgeht. In diese Entwicklung schiebt sich gleichsam störend, retardierend, rückständig eine Unzeitgemäßheit hinein, die unter Umständen fortschrittliche Entwicklungen in der Geschichte behindert.[540] In der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts hatte der Begriff besondere Konjunktur und Prägekraft, weil er Krisen- und Zeitphänomene der 1920er und 1930er Jahre in verschiedenen Wissenschaftsbereichen angemessen zu erklären schien und die Eindimensionalität des Fortschrittsbegriffs in Frage stellte. Alfred Döblin hat in seinem Essay *Der Geist des naturalistischen Zeitalters* 1924 das Gemeinte besonders anschaulich verdeutlicht:

> Es leben immer verschiedene Epochen, Zeitgeister neben – und untereinander. Ja sogar im einzelnen Menschen ineinander […] Eine Zeit ist immer ein Durcheinander verschiedener Zeitalter, ist durch große Abschnitte hindurch umgegoren, schlecht gebacken, trägt Rückstände anderer Kräfte, Keime neuer in sich.[541]

Der Kunsthistoriker Wilhelm Pinder machte die Denkfigur 1926 populär,[542] Ernst Bloch nutzte sie zur Erklärung des Faschismus, den er als „Explosion des Ungleichzeitigen“ bezeichnete. Zudem kommt Bloch das Verdienst zu, verschiedene Ungleichzeitigkeiten begrifflich unterschieden zu haben („Restsein“, „Zurückgebliebenheit“ etc.).[543]

In jüngster Zeit ist die Begrifflichkeit zunehmend als Erklärungsmittel in die Kritik geraten. Jörn Leonhard lehnt die mit ihr transportierte Vorstellung von einer anzustrebenden, gelungenen Gleichzeitigkeit ab und plädiert dafür, „Ungleichzeitigkeit nicht mehr im wertenden Sinne einer gedachten Norm von Gleichzeitigkeit zu verstehen, sondern in wertneutraler Perspektive ‚nach den grundsätzlich unterschiedlichen Temporalstrukturen von Erfahrung‘“ zu fragen.[544] Achim Landwehr hingegen bevorzugt im Blick auch auf postkoloniale historische Studien den Ersatz der Wendung durch eine Rede von nicht hierarchisierten „Gleichzeitigkeiten“ im Plural.[545] Hierge-

540 Schmieder, Gleichzeitigkeit, S. 325–363, hier S. 326, 332.
541 Döblin, Der Geist des naturalistischen Zeitalters, S. 62–83, hier S. 78, 80. S. auch Schmieder, Gleichzeitigkeit, S. 342.
542 Pinder, Das Problem der Generation.
543 Bloch, Erbschaft, S. 203.
544 Leonhard, Historik, S. 145–167, hier S. 148. S. a. Schmieder, Gleichzeitigkeit, S. 351.
545 Landwehr, Von der Gleichzeitigkeit, S. 1–34.

gen hat Falko Schmieder aus sozialtheoretischer Perspektive Stellung bezogen und sieht den Vorteil der überlieferten Denkfigur darin, dass sie „aufgrund ihrer dialektischen Spannung in der Lage ist, temporäre Konflikte ins Bewusstsein zu heben, wie sie mit der blinden Dynamik der modernen Gesellschaft unausweichlich verbunden sind." Denn es existierten „in der modernen Gesellschaft zeitlich-technische Aushandlungszwänge und auf verschiedenen Ebenen ein temporaler Veränderungsdruck […], die bei Strafe des Zurückbleibens […] zu respektieren sind." Die Rede von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen sei eben immer als „Spannungs- und Konfliktfigur" zu verstehen, eine Ersetzung durch Begriffe wie „Koexistenz des Verschiedenen" vernebele das eigentliche Problem einer gleichsam tektonischen Überschichtung verschiedener temporär zurückgebundener Zustände.[546]

Greift man wie Detlef Lehnert auf die Grundaussage von Reinhard Koselleck zurück, dass nämlich die „Bedingungen und Determinanten, die zeitlich verschieden tief gestaffelt aus der sogenannten Vergangenheit in die Gegenwart reichen [und] […] ebenso in das jeweilige Geschehen ein [greifen] wie die Handelnden gleichzeitig von ihren jeweiligen Zukunftsentwürfen her agieren", mithin „jede Synchronie […] eo ipso zugleich diachron" ist, und bedenkt dabei, dass aufgrund des rasanten gesellschaftlichen Wandels der 1950er Jahre im Sinne von Ulrich Herbert „fünf Jahre eine politisch andere Generation" bewirken konnten, dann lässt sich die Denkfigur zur Erklärung des „Wandels" im BGH der 1950er und 1960er Jahre fruchtbar anwenden.[547]

Um dies zu verdeutlichen, scheint ein vergleichender Blick auf die Biographien von drei prominenten BGH-Richtern erhellend: Willi Geiger, Max Güde und Helmut Simon. Die drei Richter sind weder als typisch für die Richterschaft des BGH zu bezeichnen noch stehen sie stellvertretend für bestimmte Gruppierungen oder Berufsauffassungen. Vielmehr lässt sich an ihnen die Spannbreite von beruflichen Auffassungen und Haltungen erfassen, die am BGH zwischen 1950 und 1965 möglich war, und somit auch ein Element des Wandels in der Richterschaft sichtbar machen.

Der belastete Wertkonservative, der Aufarbeiter, der Politiker

Während Geiger (*1909) und Güde (*1902) so ziemlich einer Generation angehörten, setzte sich der 1922 geborene Helmut Simon bereits altersmäßig etwas von ihnen ab. Alle drei haben gleichwohl in dem hier untersuchten Zeitraum am BGH gearbeitet und Spuren hinterlassen: Geiger wurde 1950 bereits Richter am BGH und blieb es trotz seiner parallelen Berufung an das Bundesverfassungsgericht 1951, bis ihm die Doppelfunktion durch das Richtergesetz 1962 untersagt wurde. Güde, der schon früh im Richterwahlausschuss als Bundesrichter gehandelt wurde, konnte 1955/56 Senatspräsident am BGH werden und schied dann aus, um Oberbundesanwalt/Generalbundesanwalt

546 Schmieder, Gleichzeitigkeit, S. 355.

547 Lehnert, „Ungleichzeitigkeit des Gleichzeitigen", in: *INDES* (2016), S. 12–20, hier S. 15, 18.

am BGH zu werden. Helmut Simon wiederum kam 1958 bis 1960 als wissenschaftlicher Hilfsarbeiter an den BGH, 1965 wurde er zum ordentlichen Bundesrichter berufen, schied fünf Jahre später dann aus, um Bundesverfassungsrichter zu werden. Die drei Bundesrichter decken als Mitglieder der BGH-Richterschaft also zeitlich überlappend die Konsolidierungsphase des Gerichts in den ersten 15 Jahren vollumfänglich ab.[548] Gleichwohl handelt es sich bei ihnen um völlig unterschiedliche Richterpersönlichkeiten, die sehr verschiedene „Temporalstrukturen von Erfahrungen" (Leonhard) hatten und diese in sehr unterschiedlicher Weise verarbeiteten.

Das ist auf den ersten Blick erstaunlich, hatten alle doch den Zweiten Weltkrieg mitgemacht und das NS-Regime miterlebt, in dem sie sich in unterschiedlicher Weise politisch kompromittiert hatten. Die massivste Belastung zeigte zweifellos Willi Geiger, der allerdings als Zentrumsmann vor 1933 im politischen Kampf gestanden und nach 1933 unter dem erheblichen politischen Druck, der auf seine Familie ausgeübt wurde, sich anzupassen begonnen hatte. Der 1933 gerade einmal 24-jährige karrierebewusste, aufstrebende Mann hatte sich nach der Erfahrung existentieller Bedrohung seiner Familie auf den Weg gemacht, sich dem Regime als willig zur Mitarbeit zu präsentieren: Von seiner Doktorarbeit in nationalsozialistischer Diktion und seiner Mitverantwortung für Todesurteile am Sondergericht Bamberg war bereits die Rede. Sie führten dann auch zu seiner Einbeziehung in die DDR-„Blutrichterkampagne".[549] Mögliche Hilfsleistungen für politisch Verfolgte und seine politische Vergangenheit vor 1933 aber halfen ihm nach 1945, wieder da anknüpfen zu können, wo er 1933 hatte aufhören müssen und seine Karriere unbeschwerter fortzusetzen.[550]

Ganz anders der sieben Jahre ältere Max Güde. Zwar hatte auch er als geprägter Katholik ebenso wie Geiger 1933 eine NS-feindliche Einstellung gehabt, war aber zu diesem Zeitpunkt bereits zum Amtsgerichtsrat in Bruchsal ernannt. Doch hier ergab sich schnell ein erster Konflikt mit der badischen NS-Regierung, und eine Denunziation von Kollegen führte zu seiner Versetzung an das kleine Amtsgericht im Schwarzwaldstädtchen Wolfach. Dort konnte er lange Zeit gleichsam „überwintern", fand sich erst 1941 bereit, dem Druck auf einen Parteieintritt nachzugeben, allerdings nicht ohne weitere Konflikte mit der NS-Justizführung und mit einem permanent schlechten Gewissen, ob er seiner Rolle als Richter wirklich gerecht werde.[551]

Helmut Simon wiederum war 1933 noch zu jung, um sich mit der Frage des Richters im totalitären Staat auseinanderzusetzen, aber auch er fügte sich, wenn auch mehr und mehr unwillig, in den NS-Staat ein, tat aber seine „Pflicht" bei der HJ und

548 S. zu den Lebensdaten und zur Karriereentwicklung im Fall Geiger BA, Pers 101/84303, Personalblatt; im Fall Güde die Biographie W. Güde, Max Güde sowie Tausch, Max Güde; im Fall Simon seine Autobiographie Becker/Simon, Helmut Simon.

549 Miquel, Ahnden, S. 387.

550 S. dazu ausführlich Kap. 3.2.2. Die Darlegungen zu Willi Geiger bei Görtemakter/Safferling, Die Akte Rosenberg, S. 291–296, die im Wesentlichen auf den älteren Recherchen von Godau-Schüttke, S. 334–381 beruhen, zeichnen die Biographie Geigers allzu einseitig.

551 W. Güde, Max Güde, S. 29–35.

anschließend als Soldat mit einigem Ansehen für seine militärischen Leistungen als Offizier bei der Marine. Der Dienst in der Wehrmacht bewahrte ihn vor einem Parteieintritt.[552]

Als der Krieg 1945 endlich vorbei war, begann für alle drei geradezu eine Bilderbuchkarriere im demokratischen Nachkriegsdeutschland. Doch auch in dieser Zeit zogen alle drei sehr unterschiedliche Lehren aus der gemeinsam erfahrenen NS-Vergangenheit, entwickelten verschiedene politische Präferenzen und Werthaltungen und verstanden die ihnen gestellte Aufgabe sehr verschieden. Willi Geiger war eifrig bemüht, seine berufliche Karriere unter neuen politischen Rahmenbedingungen energisch voranzutreiben und hatte das Glück, dass ihn einflussreiche Männer wie Thomas Dehler oder Hermann Weinkauff dabei förderten. In kürzester Zeit konnte er über die persönliche Referententätigkeit bei Bundesjustizminister Dehler seinen Aufstieg zum Bundesrichter am BGH und dann zugleich als Bundesverfassungsrichter umsetzen. Dabei lehnte er sich zunächst an die in den 1950er Jahren populäre und von Weinkauff propagierte Naturrechtsrenaissance an und hatte damit Erfolg.[553]

Max Güde hatte weniger einflussreiche Gönner, schaffte den Aufstieg als weitgehend Unbelasteter aber auch rasch, als er aus der Funktion des Oberstaatsanwalts in Konstanz zum Bundesanwalt berufen wurde, dann nach seiner Zeit im Bundesgerichtshof Generalbundesanwalt wurde und schließlich als Bundestagsabgeordneter für die CDU in die Politik wechselte mit der Aussicht, bei günstigen politischen Konstellationen Bundesjustizminister zu werden.[554]

Helmut Simon dagegen musste seinen Einstieg in den Richterberuf durch das Studium der Rechtswissenschaften in Bonn ab 1945 erst einmal sicherstellen. Dabei geriet er unter den starken Einfluss des Theologen Karl Barth, der sein Nachdenken über die NS-Vergangenheit und seine Auffassung über das, was die Verantwortung seiner Generation sei, entscheidend geprägt hat. Nach einem raschen Studium und glänzenden Examina stand der junge Jurist bald in verantwortungsvollen Stellungen der deutschen Nachkriegsjustiz und wurde bereits Mitte der 1950er Jahre für höchste Ämter in Aussicht genommen.[555]

Die Folgen, die diese Erfahrungen und Karrieren für die Auffassung vom Richterberuf und die Ausübung der richterlichen Tätigkeit hatten, waren bei allen Dreien erneut sehr unterschiedlich: Am traditionellsten, auf die Wahrung richterlicher Unabhängigkeit und die Sicherstellung eigener Karriereabsichten ausgerichtet, war das Verhalten von Willi Geiger. Es verband sich mit einer zutiefst wertkonservativen Haltung, die sich eng an die herrschenden politischen Verhältnisse der Adenauerära anlehnte. Es wäre sicher ungerecht, ihm eine schlichte Verdrängung oder gar Vertuschung seiner politischen Belastungen aus der NS-Zeit vorzuwerfen: Geiger hat sich,

552 S. Becker/Simon, Helmut Simon, S. 25–30.
553 S. dazu Kap. 3.2.2.
554 S. Güde (W.), Max Güde, S. 45, 61 f.
555 S. Becker/Simon, Helmut Simon, S. 31–35, 58.

wie bereits dargelegt, mehrfach über die Schuld des deutschen Richterstandes im Nationalsozialismus geäußert, aber pauschale Vorwürfe anderer, „Unberufener", über seinen Berufsstand wollte er sich auf keinen Fall gefallen lassen und stilisierte demgegenüber kleine Unangepasstheiten im Nationalsozialismus, die auch er gelebt hatte, zu einem Widerstand, der vieles entschuldigen sollte. Geiger sah sich gleichsam als im Grunde schuldloser Aufrechter „schicksalhaft verstrickt" in einen teuflisch agierenden Unrechtsstaat.[556] In dieser Hinsicht stand er wohl für viele ähnlich gesinnte Kollegen am BGH, die zu Beginn der 1950er Jahre zu Bundesrichtern ernannt worden waren.

Ganz anders hingegen Max Güde: Der Badener wurde nicht müde, über seine persönliche Schuld in der NS-Zeit nachzudenken, er publizierte und hielt Vorträge über das Thema, sprach sich für eine Gewissenserforschung der deutschen Richter aus und unterstützte trotz seiner konservativen Einstellung die SDS-Studenten, die durch ihre Ausstellung *Ungesühnte Nazijustiz* auf die unbewältigte NS-Vergangenheit aufmerksam machen wollten, auch wenn Kollegen ihm das übel nahmen. Seine Berufsauffassung hatte sich durch die Erfahrung der NS-Zeit so verändert, dass er sich als Generalbundesanwalt für eine milde Anwendung des Staatsschutzrechtes einsetzte und überhaupt und grundsätzlich Orientierung an dem Freiheitspostulat des Grundgesetzes nahm.[557]

Viel entschiedener noch als der CDU-Mann Güde leitete der bald schon der SPD angehörige Helmut Simon aus seiner Erfahrung den Auftrag zu einer politischen Tätigkeit ab. Für Simon wurde sein Dienst am BGH schnell zur Nebensache und der Einsatz für Frieden und soziale Gerechtigkeit, für Kriegsdienstverweigerung und gegen Massenvernichtungswaffen, für die Ostpolitik Willy Brandts und gegen den NATO-Nachrüstungsbeschluss und vieles mehr zu einem inneren Anliegen, das er in enger Verbindung mit den Gremien der Evangelischen Kirche umzusetzen bemüht war.[558]

Für alle blieben die NS-Zeit und die dort gemachten Erfahrungen in vielfältiger Weise präsent, und es dauerte, bis auch manche Denkgewohnheiten als überkommen erkannt und abgelegt waren. So hat sich sogar der Jüngste, Helmut Simon, in seiner Autobiographie selbstkritisch darüber geäußert, dass beispielsweise seine Überlegungen über das Heiraten noch nach 1945 von rassistischen Gesichtspunkten nicht frei gewesen seien.[559] Willi Geiger konnte sich Anfang der 1960er Jahre nicht zurückhalten, als sein Sohn in München in eine Schlägerei mit Polizisten verwickelt und vor einem Schöffengericht angeklagt wurde. Die Presse berichtete über unzulässige und in der Richterschaft generell äußerst verpönte Einmischungsversuche des hohen Bundes- und Bundesverfassungsrichters in ein Verfahren, das er sogar aus dem „bayerischen Dunstkreis" herauslösen wollte, um dem eigenen Sohn zu helfen. Hier glaubte Geiger

556 S. Kap. 3.2.2 in diesem Band und Geiger, Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters, S. 336, wiederabgedruckt in Schumacher, Der Richter, S. 100–120, hier bes. S. 112–120.

557 S. Kap. 3.2.4 in diesem Band und W. Güde, Max Güde, S. 56–61.

558 S. Becker/Simon, Helmut Simon, S. 60–64.

559 S. Becker/Simon, Helmut Simon, S. 30. S. a. Röse/Wolf, Recht bändigt Gewalt, S. 95, 97, 131.

offenbar, so viel Berufsautorität zu besitzen, dass er sich über Verfahrensregeln hinwegsetzen könne und Rechte, zumindest aber Möglichkeiten, besitze, die anderen von Rechts wegen nicht zustanden.[560]

In einem Punkt allerdings waren sich die drei Bundesrichter, wohin auch immer sie ihre Berufskarriere am Ende führte, gleich: Sie alle waren bemüht, aus ihrer hohen Position heraus in die sich entfaltende demokratische Gesellschaft hineinzuwirken und sie in ihrem Sinne mitzugestalten. Das gilt für Willi Geiger, der aus seiner wertkonservativen Haltung heraus öffentlich auftrat,[561] ebenso wie für Max Güde oder Helmut Simon, die sich inhaltlich und politisch ganz anders positionierten.

Geiger, Güde und Simon wirkten zur gleichen Zeit, sie hatten ähnliche Erfahrungshintergründe und doch zogen sie denkbar unterschiedliche Schlussfolgerungen aus ihren Vergangenheiten für den Aufbau des neuen demokratischen Rechtsstaates. Diese Ungleichzeitigkeiten – die eher traditionalistische und hermetische Sicht Willi Geigers ebenso wie die aus heutiger Sicht wohl eher als „fortschrittlich“ zu bezeichnende eines Max Güde oder eines Helmut Simon – sie waren in der Richterschaft des BGH, die ohnehin stark von Individualisten geprägt war, möglich und haben dem Gericht eine eigenartige Veränderungsdynamik beschert.

560 S. Mein Vater, in: *Bild*, 6.11.1962; Zwei Polizisten, in: *SZ*, 6.11.1962; Polizist traf Richter, in: *Bild*, 14.11.1962; Lokaltermin, in: *SZ*, 14.11.1962; Bedauerlicher Einzelfall, in: *SZ*, 17.11.1962.

561 So auch das Charakterbild Geigers, das Fromme, Ein ungewöhnlicher Richter, in: *JöR* (1983), S. 63–70 zeichnet, der allerdings Geigers NS-Belastung so gut wie gar nicht erwähnt.

III. Fazit

In der Mitte der 1960er Jahre, um 1968, änderte sich in Staat und Gesellschaft der Bundesrepublik Deutschland viel – es hatte sich bis dahin aber auch schon viel verändert gegenüber dem Beginn im Nachkriegsdeutschland. Das betraf auch die Justiz und den obersten Gerichtshof in Zivil- und Strafsachen, den BGH in Karlsruhe.

Schon der emigrierte Politologe und Jurist Karl Loewenstein hatte 1953 zwar Zweifel, ob die wieder eingestellte Richterschaft, die in ihrer überwiegenden Mehrheit schon im Nationalsozialismus amtiert hatte, es schaffen werde, sich einem grundlegenden geistigen Wandel zu unterziehen, den ein neuer demokratischer Rechtsstaat erfordern würde, doch dass der BGH kein zweites Reichsgericht werden würde, erschien ihm schon wegen dessen Konstruktion ziemlich sicher.[1] In der Wochenzeitung des Deutschen Gewerkschaftsbundes *Welt der Arbeit* sah man denn auch schon ein Jahr später, 1954, eine positive Entwicklung des Gerichts: In bis dahin 13.000 ergangenen Urteilen des BGH sei das „Bild des Richters plastischer und vielleicht auch menschlicher ‚zutage getreten', die Karlsruher Richter in ihren roten Roben seien nahbarer geworden und trügen durch ihre Arbeit Wesentliches zum Aufbau des demokratischen Rechtsstaates bei".[2] Gegen Ende unseres Untersuchungszeitraums, 1963, stellte Gerhard Mauz in einem Beitrag in der *WELT* fest, dem BGH sei es gelungen, eine Gerichtsatmosphäre zu schaffen, die nach dem berühmten Gerichtsreporter *Sling* von „jener fernen Freundlichkeit bestimmt" sei, „die Vertrauen erweckt, ohne der Vertraulichkeit Raum zu geben." Das Reichsgericht sei längst kein Vorbild mehr für den BGH, eher ein „dunkler, mahnender Schatten".[3] Eine wichtige Ursache für den von ihm nicht bezweifelten allmählichen Wandel sah der bekannte Justizreformer Rudolf Wassermann 1964 darin, dass die Justiz generell eben kein „Block" aus „einem Gestein" sei, „daß es neben den ‚Traditionalisten' in der Justiz auch ‚Progressisten' gibt, daß wie früher so auch heute reformwillige Kräfte vorhanden sind, deren Aktivität wettmachen kann, was ihnen an zahlenmäßigem Gewicht fehlt". „Evolutionäre Wandlungen" zu fördern sei das Ziel, das er in erreichbarer Nähe sah.[4]

Schon die Zeitgenossen bemerkten Veränderungs- und Entwicklungspotential am Bundesgerichtshof noch vor der großen, dann auch generationellen Wende der Jahre nach 1968. Damit ist nicht gesagt, dass das oberste Gericht der Bundesrepublik Deutschland in Zivil- und Strafsachen von Anfang an eine feste Stütze des demokratischen Rechtsstaates des Grundgesetzes gewesen ist – die oft schon kritisierten, bisweilen schweren politischen Belastungen seiner Richter und die Fehlentscheidungen des BGH im Wiedergutmachungs- oder Staatsschutzrecht, bei der Aufarbeitung des NS-Unrechts oder im Familienrecht sind nur allzu bekannt und sprechen eine deutliche

1 Loewenstein, Justice, S. 254, 258.
2 Die Stimme der Bundesrichter, in: *Welt der Arbeit*, 8.1.1954.
3 In letzter Instanz, in: *DIE WELT*, 2.3.1963.
4 Unsere konservativen Richter, in: *DIE ZEIT*, 13.3.1964.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-006

Sprache. Die Konzentration auf diese Defizite verdeckt allerdings die Vielgestaltigkeit des Gerichts, seiner Richter und, wie der zweite Band dieser Studie zeigt, auch seiner Rechtsprechung und lässt zu leicht das Entwicklungspotential übersehen, das in diesem Gericht steckte. Wer die gesamte Geschichte des BGH der 1950er und der ersten Hälfte der 1960er Jahre im Blick hat, der wird konstatieren müssen, dass der BGH und seine Richterinnen und Richter zumindest in wesentlichen Teilen in jene rasante Fundamentalliberalisierung einbezogen gewesen sind, die Ulrich Herbert beschrieben hat.

Dabei war die Ausgangslage alles andere als einfach: Die grundlegende Entscheidung des Parlamentarischen Rates, einen neuen demokratischen Rechtsstaat mit jenen aufzubauen, die zuvor schon der NS-Diktatur gedient hatten, musste nahezu zwangsläufig zu einer Vielzahl von Friktionen, Widersprüchen und Hemmnissen führen, die eine Belastung des rechtsstaatlichen Neustarts werden sollten. Viele Richter des BGH brachten, auch wenn sie nicht Mitglied in der NSDAP geworden waren, bisweilen schwere politische Belastungen unterschiedlichster Art mit in ihr Amt, die es der DDR-Propaganda leicht machen sollten, den demokratischen Neubeginn in der Bundesrepublik öffentlich in Zweifel zu ziehen. Zwar hat der für die Berufung der Richterinnen und Richter des BGH letztlich entscheidende Richterwahlausschuss manch eine problematische Berufung verhindert, doch war seinen Mitgliedern in den 1950er und 1960er Jahren ähnlich wie der Mehrheitsgesellschaft lange nicht klar, wie sehr auch eine Tätigkeit etwa an einem Sondergericht, in der Wehrmachtsjustiz oder der Besatzungsverwaltung eine aktive Beförderung des NS-Unrechtsstaates dargestellt hatte – ganz zu schweigen von der auch hier feststellbaren Tendenz, die NS-Vergangenheit ruhen zu lassen oder politische Belastungen vorgeschlagener Kandidaten in politischen Kompensationsgeschäften weniger als nötig zu berücksichtigen. Doch auch wer tatsächlich oder vermeintlich frei von solchem oder ähnlichem politischen Ballast war, trug teils noch eine Menge überkommener Werthaltungen und Vorurteile mit in sein Amt, hatte Erfahrungen im Krieg gemacht, die wir heute als Trauma bezeichnen würden, war gezeichnet für sein Leben von Verwundung, existenzbedrohender Kriegsgefangenschaft oder dem Verlust seines Hab und Gutes durch Vertreibung. Solche Erfahrungshaushalte haben Spuren hinterlassen und die Weltsicht dieser Spitzenjuristen beeinflusst, so dass auch ihre Judikatur davon nicht frei bleiben konnte. Das ist gleichsam mit Händen zu greifen bei jenen, die als Vertriebene im Staatsschutzsenat über Kommunisten zu urteilen hatten oder bei jenen, die in ihrem Glauben Halt und festes Wertegerüst nach den Zeiten der Diktatur suchten und aus dieser Grundüberzeugung ihre Arbeit zum Beispiel im IV. Zivilsenat verrichteten.

Von Anfang an gab es allerdings auch Richter am BGH, die bislang übersehen wurden und die ganz andere Erfahrungshaushalte mit sich brachten; Richter, die aus rassischen oder politischen Gründen verfolgt worden waren, die sich und ihr Verhalten in der Diktatur selbstkritisch in Frage stellten, die als alte Demokraten der Weimarer Jahre oder Geläuterte tatkräftig und überzeugt an der neuen deutschen Demokratie und der Aufarbeitung der Vergangenheit mitwirken wollten, die schlicht zu lernen

und sich zu verändern bereit waren. Diese Richter waren auch gelegentlich an BGH-Urteilen beteiligt, die wir heute als skandalös bezeichnen würden und insofern ist die Vorstellung, man hätte nur mehr Remigranten oder unbelastete Vertreter der Rechtsanwaltschaft zu Bundesrichtern machen müssen, um eine Erneuerung und Demokratisierung der Justiz voranzutreiben, irrig. Aber von diesen Personen gingen augenscheinlich Impulse aus, wurden Diskussionen in den Urteilsberatungen angestoßen und einem Rückfall in überkommene Positionen entgegengewirkt, wenn auch nicht immer erfolgreich. Ob man das in einer disparaten, manchmal widersprüchlichen Rechtsprechung resultierende Ergebnis dieser Personalpolitik des Richterwahlausschusses schließlich als „halbierten Rechtsstaat" bezeichnen sollte,[5] weil die politischen Belastungen etlicher Richter auch eine Belastung des neu aufzubauenden Rechtsstaates waren, sei dahingestellt. Vielleicht trifft die Denkfigur der „Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen", die hier vorgeschlagen wird, die Sachlage begrifflich besser.

Wahrscheinlich ist vor diesem Hintergrund das Hauptverdienst des Richterwahlausschusses weniger die Fernhaltung schwer belasteten Personals aus dem BGH – denn nachweislich hat es hierbei die dargelegten Fehlgriffe gegeben – sondern die intensive Mischung Belasteter und Unbelasteter, politisch links wie rechts Orientierter, Vertreter alter Richterleitbilder wie Vertreter neuer Richterleitbilder, Juden, Katholiken, Protestanten, Agnostiker und so weiter, die eine eigene Dynamik und allmählichen, evolutionären Veränderungsdruck entfaltet hat. Damit wäre ein erstes Element benannt, das Entwicklung bewirkt und die rechtsstaatlich-demokratische Transformation durch das Gericht und seine Richterinnen und Richter in der postdiktatorischen westdeutschen Gesellschaft befördert hat. Weitere Wirkmechanismen kamen hinzu.[6]

Als der BGH im Oktober 1950 in Karlsruhe eröffnet wurde, setzten manche ihre Hoffnung auf den *genius loci*, den liberalen badischen Geist, der von nun an das Gericht und seine Richter begleiten und beeinflussen werde: Die kleinen Verhältnisse, die tolerante Gesinnung der Menschen vor Ort, die Nähe zur französischen Grenze und die in Entstehung begriffenen europäischen Institutionen dort, die badische „Aufnahmebereitschaft für fremdes Gedankengut" und die süddeutsch-demokratische Grundhaltung sollten dem neuen Gericht für sein Heimischwerden im neuen demokratischen Rechtsstaat dienlich sein.[7] Ob diese Rahmenbedingungen eine Wirkung gezeitigt haben, lässt sich jenseits der späteren Bejahung durch einzelne Richter kaum hinlänglich präzise fassen.

5 Begalke/Fröhlich/Glienke, Der halbierte Rechtsstaat.

6 Die hier genannten, wie die im Folgenden aufgeführten, Wirkfaktoren verstehen sich als historische Ergänzungen der von Rottleuthner, Karriere, S. 307 aus rechtssoziologischer Sicht analysierten Ursachen einer Konformität des Rechtsstabes innerhalb eines politischen Systems.

7 So etwa Walz, Verwaltungsrechtspflege in Karlsruhe, S. 71–85; Kistner, Karlsruhe, die Stadt des Bundesgerichtshofs, S. 109–116.

Sicher aber ist, dass Karlsruhe für die BGH-Richterinnen und Richter kein „zweites Leipzig“ wurde. Dagegen sprach schon die tatsächliche Kleinheit und Bescheidenheit des Gerichtsgebäudes, die anfängliche und bis in die 1960er Jahre andauernde Beschränktheit der Arbeits- und Lebensverhältnisse. Karlsruhe machte es seinen Richtern auch nicht eben leicht: Erweiterungspläne wurden behindert, von den Richtern öffentlich Selbstbescheidung eingefordert und wenn gebaut wurde, dann wollte man hier einen sparsamen Umgang mit Steuergeldern sehen. Ehrerbietiger Respekt vor den höchsten Richtern des Landes findet sich in keinem Zeitungsbericht der Lokalpresse jener Jahre. Dass man den zuziehenden Richterinnen und Richtern Wohnungen im völlig zerstörten Nachkriegsdeutschland anbieten konnte, war ein Bewerbungsvorteil für Karlsruhe um den Sitz des BGH, und es war ein nicht zu unterschätzender Vorzug für die Richter, die bei ihrem Weg zum Gericht noch lange Menschen begegnet sein dürften, die keine hinreichende Wohnung hatten. Aber die richterlichen Wohnverhältnisse entbehrten in der Anfangszeit doch jeden Luxus, ließen sich mit den Verhältnissen in Leipzig 50 Jahre zuvor nicht vergleichen. Gleiches gilt für das Gehalt der Richter, das zwar überdurchschnittlich im Blick auf die Gesamtbevölkerung war, aber doch keinem Vergleich mit früheren Entlohnungen standhielt und der allgemeinen Entwicklung in den Folgejahren hinterherlief. Das alles verhinderte Abgehobenheit und die Entwicklung eines gesellschaftlichen Sonderstatus, zumal viele Richter zwar aus der bürgerlichen Mittelschicht stammten, aber etwa als Söhne von Volksschullehrern mit vielen Geschwistern sich ihr Jurastudium mit einfachen Nebentätigkeiten hatten finanzieren müssen. Die Welt der einfachen Menschen und der Arbeiter war ihnen nicht so fremd, wie manche soziologische Studien der 1960er Jahre rein auf der Grundlage statistischer Erhebungen vermuteten.

Es war daher kein groß-, sondern ein bildungsbürgerlicher Lebensstil, der sich in den Karlsruher Bundesrichterfamilien in aller Regel entwickelte. Bildung, vornehmlich altsprachlich-klassische Bildung, war das von vielen Richterfamilien gelebte Distinktionskriterium; Korrektheit, Disziplin, Arbeitsfleiß das den eigenen Kindern vorgelebte Ideal. Doch das „Wirtschaftswunder“ nivellierte auch die Bundesrichterschaft, die Teil der modernen Konsumgesellschaft wurde, mit der einer erstarrten konservativen politischen Kultur das Wasser abgegraben wurde. Es spricht daher viel dafür, dass die Entfaltung der Konsumgesellschaft die Richter in den damit verbundenen, sich anbahnenden Wertewandel hineingezogen und geholfen hat, sie in der neuen, wirtschaftlich so erfolgreichen Demokratie immer fester zu verankern.

Flankierend wirkte eine ganze Reihe weiterer Mechanismen: Die von Anfang an sehr hohe Arbeitslast am BGH etwa hat die Richterinnen und Richter in den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Wiederaufbau eingebunden und ihnen kaum Zeit für anderes gelassen. Auch jene, die dem Experiment Bundesrepublik anfänglich skeptisch gegenübergestanden haben mögen, wurden damit in die Pflicht genommen, wobei sich dann auch nur einige in der sich entwickelnden bundesdeutschen Zivilgesellschaft demokratisch engagierten. Nur wenige aber haben in ihrer Arbeitswut Zeit

gesucht und gefunden, sich mit den justitiellen Fehlentwicklungen in der vergangenen Diktatur selbstkritisch auseinanderzusetzen.

Die Güte des Grundgesetzes und die durch diese Grundordnung ermöglichte plurale Entwicklung der Gesellschaft haben die Entwicklung alternativer Richterleitbilder gegenüber einem zunächst sicher noch vielfach vorherrschenden etatistischen Richterideal ermöglicht. Ein erheblicher Teil der BGH-Richter hat sich an der Diskussion über ein neues Richterleitbild beteiligt, und dabei tritt klar zutage, wie sich allmählich die eigene Berufsauffassung an der durch das Grundgesetz vorgegebenen Richtschnur entwickelt hat. Auch die juristische Studiengesellschaft nahm produktiven Anteil an dieser für das Selbstverständnis der Richterschaft wichtigen Diskussion.

Gerade hierbei spielte der zweite Präsident des BGH Bruno Heusinger eine wichtige Rolle, war er es doch, der mit eigenen Positionierungen dieses neuartige, am Grundgesetz ausgerichtete Richterleitbild befördert hat. Heusingers Verdienst reicht jedoch noch weiter. Er war es, der nach den Jahren einer sehr starren Führung durch den Gründungspräsidenten Hermann Weinkauff und dessen letztlich gescheitertem Versuch einer Naturrechtsrenaissance den BGH konsolidierte, in der Gemeinschaft der obersten Bundesgerichte konsensual verankerte, ernsthaft versuchte, politisch belastete Kandidaten für BGH-Richterposten abzuwehren, eine menschliche Führung des gesamten Personals zu etablieren und ein konstruktives, neues Verhältnis zur Presse herzustellen. Mit ihm intensivierte sich ab 1960 der Wandel, den sein Nachfolger, Robert Fischer, selbst Richter am BGH seit 1950, ab 1968 dann vollendet hat.

Heusinger befürwortete durchaus auch eine Erhöhung des Frauenanteils am Gericht, doch wählte der Richterwahlausschuss in seiner Amtszeit keine einzige weitere Bundesrichterin.[8] Den drei am Gericht seit der Anfangszeit amtierenden Richterinnen Gerda Krüger-Nieland, Else Koffka und Elisabeth Krumme wird man aber in jedem Fall einen Anteil bei der Demokratisierung der Justiz zuschreiben dürfen. Mindestens zwei von ihnen engagierten sich im Deutschen Juristinnenbund für eine Erhöhung des Frauenanteils in juristischen Berufen. Gerda Krüger-Nieland trat mutig gegen Hermann Weinkauff in der Frage der Gleichberechtigung von Mann und Frau auf und Else Koffka hat sich gegen die öffentliche Mehrheitsmeinung und den Druck der Kirchen in ihrer Rechtsprechung für soziale Belange von Schwangeren eingesetzt. Dabei waren alle drei unter ihren männlichen Kollegen hochgeschätzt und wurden von ihren Senatspräsidenten sehr gefördert.

Oft ist vermutet worden, dass sich am BGH ein Korpsgeist etabliert habe, der eine gewisse hermetische Abschottung der daran beteiligten Richterschaft bedingt und eine Anpassung an demokratische Strukturen verhindert habe. Sieht man einmal von Sondersituationen wie dem Staatsschutzsenat ab, dessen Mitglieder sich in den 1950er Jahren unter permanenten öffentlichen Anfeindungen nach eigenem Bekunden zu einer Verteidigungsgemeinschaft zusammengeschlossen haben, so lässt sich ein solcher Korpsgeist nicht nachweisen. Die meisten Richter pflegten engere und persönliche

8 In letzter Instanz, in: *DIE WELT*, 2.3.1963.

Kontakte zu ihren Berufskollegen lediglich innerhalb ihres Senates, darüber hinaus existierten oft nur wenige persönliche Verbindungen. Der erste Präsident des BGH versuchte als ehemaliger Reichsgerichtsrat zwar eine gesellschaftliche Exklusivität der Bundesrichter zu erschaffen und in eigenen gesellschaftlichen Veranstaltungen der Richterschaft zu leben, scheiterte mit diesem Versuch aber schon sehr bald, weil Räumlichkeiten und Finanzen dafür gar nicht vorhanden waren. Dominant wurde daher ein sehr ausgeprägter und selbstbewusster Individualismus der ganz unterschiedlichen, aus allen Ländern Deutschlands in Karlsruhe gleichsam zusammengeführten Richtercharaktere, der auch vor gelegentlicher öffentlicher Kritik an den Entscheidungen von Kollegen nicht Halt machte. Bundesjustizminister Ewald Bucher hat 1965 vor dem Bundestag diesen ausgeprägten Geist bezeugt, als ihn ein Abgeordneter aufrief, den Richtern doch ihr „Gewissen zu schärfen“:

> Herr Kollege Mezger, ich habe unmittelbar nur mit den Richtern des Bundesgerichtshofs zu tun, und wenn ich mir diese höchst eigenwilligen Persönlichkeiten vorstelle, ich glaube, ich käme bei denen sehr schlecht an, wenn ich den Versuch machen wollte, ihnen das Gewissen zu schärfen – was ich auch nicht für notwendig halte.[9]

Das sich in dieser Einschätzung ausdrückende Selbstbewusstsein und die damit verbundene richterliche Unabhängigkeit dürften ebenfalls als ein Element anzusehen sein, das durch die in ihm liegende Dynamik, die sich in Kollegialgerichten besonders manifestieren muss, Veränderung und Entwicklung begünstigt hat.

Schließlich wird man auch die Rolle der Presse in der Arbeit des Bundesgerichtshofes als bedeutsam für dessen Veränderung hin zum demokratischen Rechtsstaat veranschlagen müssen. Spätestens mit dem Übergang vom Konsensjournalismus zum zeitkritischen Journalismus Ende der 1950er Jahre hat sich die beständige Beobachtung und Skandalisierung von NS-Belastungen der BGH-Richter durch die Presse dahingehend ausgewirkt, dass ein fortdauerndes Verschweigen und Verdrängen belastender Vergangenheiten immer weniger möglich war.[10] Die eigentlich als Diskreditierung der bundesdeutschen Justizelite geplante „Blutrichterkampagne“ der DDR hat hier ganz gegen die eigentlich gedachte Intention verstärkend im Sinne einer Aufklärung und Vermeidung weiterer politischer Belastung gewirkt. Die BGH-Richterschaft kam ab etwa 1957 nicht mehr zur Ruhe, ein Skandal jagte den anderen, immer neue verschwiegene oder bislang als harmlos betrachtete Verstrickungen in den NS-Unrechtsstaat kamen zutage und forderten Aufklärung. Zwar haben die einschlägigen Regelungen des Deutschen Richtergesetzes von 1962 nicht zu der beabsichtigten Entfernung schwer belasteter Richter aus ihren Ämtern geführt, aber intern bewegte sich doch etwas: Gerade BGH-Präsident Bruno Heusinger hat seit dem Beginn der 1960er Jahre selbst verstärkt darauf hingewirkt, vor der Ernennung von Bundesrichtern deren NS-Vergangenheit hinlänglich zu prüfen, um weitere Skandalfälle für die Zukunft

9 Protokolle des Deutschen Bundestages, 4. Wahlperiode, 170. Sitzung, 10.3.1965, S. 8562.
10 So auch Niermann, Zwischen Unbehagen und Verdrängung, S. 104, 129.

auszuschließen, wie der Fall Creifelds anschaulich zeigt. Damit zog eine neue Sorgsamkeit in die Personalpolitik des BGH ein, die mittel- und langfristig Folgen in der Richterschaft hatte. Über die nun nicht mehr zu verschweigende Auseinandersetzung mit der justiziellen NS-Vergangenheit verstärkte sich auch das demokratisch-aufklärerische Engagement der Richter. Ein gutes Beispiel dafür ist der spätere BGH-Präsident Gerd Pfeiffer, der schließlich auch an der ersten großen öffentlichen Aufarbeitung der NS-Vergangenheit der Justiz durch das Bundesjustizministerium in den 1980er Jahren beteiligt war.

Es war also längst vieles auch am BGH schon in Bewegung geraten, als um 1968 grundlegende Veränderungen in der bundesdeutschen Justiz stattfanden, die Jörg Requate bereits untersucht hat. Für den BGH wird diese Zäsur in einer ganzen Reihe von einschneidenden Veränderungen sichtbar, die es sinnvoll erscheinen lassen, die hier vorgelegte Studie in der Mitte der 1960er Jahre enden zu lassen.

1965 setzte der Nachfolger des „immerwährenden Staatsekretärs" im Bundesjustizministerium Walter Strauß, Arthur Bülow, fest, dass vor der Ernennung eines Justizbeamten im höheren Dienst der Bundesjustiz regelhaft ein Auskunftsersuchen beim *Berlin Document Center* angestoßen werden sollte, um so die Berufung politisch besonders Belasteter zu vermeiden.[11] Damit setzte sich durch, was BGH-Präsident Heusinger seit langem angestrebt hatte. Ohnehin gingen die schwer belasteten Jahrgänge nun zunehmend in den Ruhestand. Die Zeit der Skandale wegen politischer Belastungen am BGH neigte sich dem Ende zu. 1966 forderte der neue Bundesjustizminister Gustav Heinemann einen „offenen Geist" auch in der bundesdeutschen Justiz, um den Notwendigkeiten einer offenen Gesellschaft gerecht zu werden. Damit kündigte sich eine neue Phase der bundesdeutschen Justizpolitik an, die sich deutlich von den zuvor geltenden Maßstäben absetzte.[12]

Für den BGH selbst stellte die Ernennung der ersten Frau zur Senatspräsidentin 1965 eine Zäsur dar, war mit der Ernennung Gerda Krüger-Nielands doch ein Zeichen gesetzt, das bis dato unvorstellbar gewesen war. Auch im so umstrittenen Staatsschutz änderten sich die Vorzeichen nun: Mit der Ernennung Hans-Eberhard Rotbergs 1963 zum Präsidenten des 3. Strafsenates kündigte sich bereits eine maßvollere Handhabung des Staatsschutzrechts an, die auch von seinem Nachfolger Carlhans Scharpenseel ab 1965 fortgesetzt wurde. Eine Reform des Staatsschutzes wurde diskutiert, die Ende der 1960er Jahre dazu führte, die Erstzuständigkeit an die Oberlandesgerichte zu delegieren.[13] Ein wesentlicher Problembereich, der den BGH immer belastet hatte, war ihm damit abgenommen. Schließlich übernahm 1968 dann mit Robert Fischer der erste Präsident aus dem Hause die Führung des Gerichts – ein klarer Bruch mit der bisherigen Tradition, die schon im Reichsgericht gegolten hatte. Fischer war auch der erste, dem keinerlei NS-Belastung mehr anhing und der mit kreativem Schwung dem

11 Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 248–250.
12 Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 254.
13 Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 390.

BGH jenen neuen Kurs gab, der ihn bis heute bestimmt und zu einem wesentlichen Teil der deutschen Rechtsstaatlichkeit gemacht hat. Damit ist nicht gesagt, dass es nicht auch in der Folgezeit zu umstrittenen Entscheidungen des BGH kam, deren Einpassung in eine rechtsstaatliche Demokratie fragwürdig gewesen ist. Aber die Nachkriegs- und Aufbauzeit mit all ihren Antinomien war nun in der Mitte der 1960er Jahre doch überwunden, die grundlegenden Reformen der 1970er Jahre konnten stattfinden.

Als der Beschluss fiel, wegen der für die demokratische Entwicklung der Bundesrepublik so wichtigen Spiegel-Affäre keinen Prozess vor dem BGH zu eröffnen, berichtete der SDR-Hörfunk im Mai 1965 wohl sehr zutreffend:

> Diese heilsame Unruhe erfasst nicht zuletzt die Justiz. Der Beschluss des Bundesgerichtshofes bedeutet den Abschied der deutschen Gerichte von der Staatsraison. Der Bundesgerichtshof ist eben nicht der Nachfolger des Reichsgerichts, das sich vor über 30 Jahren nicht von den herrschenden politischen Vorurteilen zu lösen vermochte und das mit seinem Ossietzky-Urteil einen unschuldigen Journalisten ins Gefängnis schickte.[14]

14 SWR Hörfunkarchiv, W1531020, Beschluß des BGH: Spiegel Prozeß wird nicht stattfinden, 17.5.1965. S. a. Requate, Der Kampf um die Demokratisierung, S. 167.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AddF	Archiv der deutschen Frauenbewegung
Ag.	Abgeordneter
AG	Amtsgericht
AGR	Amtsgerichtsrat
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AZ	Allgemeine Zeitung
BA	Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde und Koblenz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BJM	Bundesjustizminister
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BNSDJ	Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
BNN	Badische Neue Nachrichten
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVP	Bayerische Volkspartei
BVZ	Badische Volkszeitung
BVZN	Badische Volkszeitung Nachtausgabe
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
CSSR	Tschechoslowakei
CSU	Christlich-Soziale Union in Bayern
DAF	Deutsche Arbeitsfront
DDP	Deutsch Demokratische Partei
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DM	Deutsche Mark
DNVP	Deutschnationale Volkspartei
DP	Deutsche Partei
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVP	Deutsche Volkspartei
EKD	Evangelische Kirche in Deutschland
FAB	Freiheitsaktion Bayern
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FDP	Freie Demokratische Partei
FR	Frankfurter Rundschau
Gestapo	Geheime Staatspolizei
GG	Grundgesetz
HAZ	Hannoversche Allgemeine Zeitung
HJ	Hitlerjugend
HSTA	Hauptstaatsarchiv
HU	Humbold-Universität
HZ	Historische Zeitschrift
IfZ	Institut für Zeitgeschichte (München)
IM	Inoffizieller Mitarbeiter des MfS
JEV	Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte
JMBW	Justizministerium Baden-Württemberg
JMEH	Journal of Modern European History

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-007

JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JUV	Justiz und Verwaltung
JZ	Juristenzeitung
LA	Landesarchiv
LG	Landgericht
JoJZG	Journal der Juristischen Zeitgeschichte
KJ	Kritische Justiz
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KZ	Konzentrationslager
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MfS	Ministerium für Staatssicherheit
MPI	Max-Planck-Institut
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NDB	Neue Deutsche Biographie
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NKWD	Narodny Kommissariat Wnutrennich Del (Volkskommissariat für Innere Angelegenheiten)
NLA	Niedersächsisches Landesarchiv
NRW	Nordrhein-Westfalen
NS	Nationalsozialismus
NSBO	Nationalsozialistische Betriebszellenorganisation
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NSDStB	Nationalsozialistischer Deutscher Studentenbund
NSRB	Nationalsozialistischer Rechtswahrerbund
NSV	Nationalsozialistische Volkswohlfahrt
NWZ	Neue Württembergische Zeitung
OB	Oberbürgermeister
OKW	Oberkommando der Wehrmacht
OLG	Oberlandesgericht
ÖTV	Gewerkschaft Öffentliche Dienste, Transport und Verkehr
PG	Parteigenosse
RAF	Rote Armee Fraktion
RG	Reichsgericht
RJM	Reichsjustizministerium
RLB	Reichsluftschutzbund
RM	Reichsmark
RM	Rheinischer Merkur
RNZ	Rhein-Neckar-Zeitung
SA	Sturmabteilung
SBZ	Sowjetische Besatzungszone
SD	Sicherheitsdienst des Reichsführers SS
SDAJ	Sozialistische Deutsche Arbeiterjugend
SDR	Süddeutscher Rundfunk
SDS	Sozialistischer Deutscher Studentenbund
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SHAEF	Supreme Headquarters Allied Expeditionary Force
Sipo	Sicherheitspolizei
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SS	Schutzstaffel

StA	Stadtarchiv
StN	Stuttgarter Nachrichten
StNN	Stuttgarter Neuste Nachrichten
StZ	Stuttgarter Zeitung
SZ	Süddeutsche Zeitung
Tsp	Tagesspiegel
UA	Universitätsarchiv
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
UK-Stellung	Unabkömmlichstellung
VDA	Volksbund für Deutschtum im Ausland
VVN	Vereinigung der Verfolgten des Naziregimes
ZK	Zentralkomitee

Quellen- und Literaturverzeichnis

Unveröffentlichte Quellen

Archiv der christlich-demokratischen Politik Sankt Augustin (ACDP)
Best. 07-001-4122

Archiv der deutschen Frauenbewegung Kassel (AddF)
Best. Deutscher Juristinnenbund

Archiv der Humboldt-Universität zu Berlin (HU)
Juristische Fakultät Nr. 341

Archiv der sozialen Demokratie der Friedrich-Ebert-Stiftung Bonn (AdsD)
1/WEAA000226
SPD-Bundestagsfraktion, 3.-5. WP

Bayerisches Hauptstaatsarchiv München (BayHSTA)
Best. MJu
Stk 6562

Behörde des/der Bundesbeauftragten für die Unterlagen des Staatssicherheitsdienstes der ehemaligen DDR – Archiv der Zentralstelle, Berlin (BStU)
Best. MfS – HA IX
Best. MfS – HA IX/11
Best. MfS – HA IX/11RHE
Best. MfS – HA IX/11 ZJ 201

Bibliothek des Bundesgerichtshofs Karlsruhe
Fernsprechverzeichnis des Bundesgerichtshofs 1952
Fernsprechverzeichnis des Bundesgerichtshofs 1964
Festschrift für Reichsgerichtsrat Dr. Plattner (Signatur: A 100002)

Bundesarchiv Berlin-Lichterfelde (BA)
Best. C Rep 375-01-10
Best. NS 45
Best. R 22
Best. R 3001
Best. R 3002
Best. R 9361

Bundesarchiv Koblenz (BA)
Best. B 122
Best. B 141
Best. B 283
Best. N 1817
Best. N 2503
Best. Pers 101
Best. Slg./43

Bundesarchiv-Militärarchiv Freiburg (BA)
Best. Pers 6

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.1515/9783111456355-008

Bundesarchiv-Lastenausgleichsarchiv Bayreuth (BA)
ZLA 1

Bundesgerichtshof Karlsruhe (BGH)
Personalakte Gerd Pfeiffer, Gerhard Hürxthal, Heinz Grell, Heinz Pikart, Jochen-Hilmar von der Mühlen, Kurt Wüstenberg, Richard Alff
Pressesammlung BGH
Versorgungsakte Hürxthal

Bundesministerium der Justiz (BMJ)
Sammlung der Protokolle der Sitzungen des Richterwahlausschusses für den BGH
Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ), Bd. 9.

Hauptstaatsarchiv Stuttgart (HSTA Stuttgart)
Best. EA 9/101
Best. Q 1/22

Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden (HSTA Wiesbaden)
Abt. 520/14
Abt. 529/11
520/F (A-Z)

Institut für Zeitgeschichte München (IfZ)
ED 14
ED 94

Justizministerium Baden-Württemberg (JMBW)
Personalakte Nr. 1577, 2817

Landesarchiv Baden-Württemberg, Generallandesarchiv Karlsruhe
Best. 233
Best. 240 Zug. 1987/53
Best. 465c

Landesarchiv Nordrhein-Westfalen, Duisburg (LA NRW)
HSA-Pe
NW 1002-L
NW 1094
NW 1099
NW Pe
Gerichte Rep. 314

Landesarchiv Schleswig-Holstein, Schleswig (LA Schleswig-Holstein)
Abt. 605
Abt. 786
Abt. 986

Landesarchiv Speyer (LA Speyer)
Best. V 113
Best. H 3
Best. J 1

Niedersächsisches Justizministerium Hannover (Nds. JM Hannover)
Personalakten

Niedersächsisches Landesarchiv Oldenburg (NLA Oldenburg)
Best. 351
Rep. 940, Akz. 256

Niedersächsisches Landesarchiv Wolfenbüttel (NLA Wolfenbüttel)
61 Nds. FB 1
333 N, Zg. 2016/1 [NL Bruno Heusinger]

Privatarchiv Tillmann Krach, Mainz

Privatarchiv Ulrich Seibert, Berlin

Privatarchiv Christoph Börker, Berlin

Privatarchiv Edith Nothnagel, Karlsruhe-Stutensee

Privatarchiv Wolfgang Sauer, Freiburg

Privatarchiv Ulrike Gähtgens-Maier, Mörfelden-Walldorf

Staatsarchiv Bamberg (STA Bamberg)
K 100.4
NL E. Dürig

Staatsarchiv Bremen (STA Bremen)
Best. 3-R.1.n.29/5/

Staatsarchiv Freiburg (STAFR)
Best. D 180

Staatsarchiv Hamburg (STA Hamburg)
Best. 211-11

Staatsarchiv München (STA München)
Best. K 168
Best. K 922
Best. K 3395
PA 10285

Staatsarchiv Sigmaringen (STA Sigmaringen)
Wü 13 T 2

Stadtarchiv Amberg (StA Amberg)
Spruchkammer Regensburg-Land

Stadtarchiv Karlsruhe (StA KA)
Best. 3/B
Zeitungsausschnittsammlung zum BGH

SWR Hörfunkarchiv Mainz
Digitalisate der Sendung „Aus der Residenz des Rechts“

Stadtarchiv München (StA München)
Personalakten Nr. 10285

Universitätsarchiv Köln (UA Köln)
Zug. 42, Nr. 3268
Zug. 598, Nr. 51

Universitätsarchiv Marburg (UA Marburg)
Best. 307b

Universitätsarchiv Mainz (UA Mainz)
Best. 64

Universitätsarchiv Saarbrücken (UA Saarbrücken)
Best. Personalakten

Zeitzeugeninterviews (überführt in BA)
Zeitzeugeninterview mit Barbara Spengler-Axiopoulos, 17. August 2023.
Zeitzeugeninterview mit Burkhard von der Mühlen, 25. Januar 2023.
Zeitzeugeninterview mit Edith Nothnagel, 6. Juli 2023.
Zeitzeugeninterview der Familie Mattern (schriftlich), 27. Mai 2023.
Zeitzeugeninterview mit Karl Claßen, 17. August 2023.
Zeitzeugeninterview mit Lutz Heusinger, 8. Januar 2024.
Zeitzeugeninterview mit Thomas Mormann, (digital), 24. Juli 2023.
Zeitzeugeninterview mit Ulrich Seibert, 28. Juni 2023/ 12. Juli 2023.
Zeitzeugeninterview mit Ulrike Gähtgens-Maier, 11. Dezember 2023.
Zeitzeugeninterview mit Christoph Börker, 12. Juli 2023.
Zeitzeugeninterview mit Peter Pagendarm, 29. Juni 2023.
Zeitzeugeninterview mit Wolfang Sauer, 24. Mai 2022.
Zeitzeugeninterview mit Michael Stimpel, 4. Dezember 2023.
Zeitzeugeninterview mit Hans Hoepner (digital), 24. Juli 2023.
Zeitzeugeninterview mit Carlhans Scharpenseel, 21. Juni 2023.
Zeitzeugeninterview mit Familie Kreft, 3. November 2022.
Zeitzeugeninterview mit Detlev Fischer, 3. November 2022.

Veröffentlichte Quellen und Literatur

Aders, Thomas: Die Utopie vom Staat über den Parteien. Biographische Annäherungen an Hermann Höpker Aschoff (1883–1954), Frankfurt/M. 1994.
Aktion gegen die BVP auch in Pirmasens, in: *Pirmasenser Zeitung*, 24. Juni 1933.
Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (1945–1947), Nr. 1, 29. Oktober 1945.
Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland (1945–1947), Nr. 2, 30. November 1945.
Amtsrat Schrod gestorben, in: *BNN*, 31. August 1963.
Amtsrat Schweinfurth gestorben, in: *BNN*, 25. September 1962.
Änderungen im Bundesgerichtshof, in: *Deutsche Zeitung*, 17. Dezember 1962.
Angeklagter griff Bundesrichter an, in: *BVZ*, 26. November 1965.
Angriff gegen Kanter abgewiesen, in: *StN*, 28. Oktober 1958.
Angriffe auf die Richterschaft, in: *DRiZ* (1959), S. 97.
Ankermann, Ernst: Spätes Gedenken, späte Mahnung. Gedenken zur Aufstellung eines Mahnmals für die Opfer der NS-Justiz im Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1990), S. 54–77.
Ansprache des Bundesministers der Justiz Dr. Thomas Dehler, in: Ansprachen zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe am 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1951, S. 12–17.
Ansprache des Bundespräsidenten Professor Dr. Theodor Heuss, in: Ansprachen zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe am 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1951, S. 7–11.

Ansprache Hermann Weinkauffs zu seiner Verabschiedung, in: Ansprachen zur Verabschiedung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h. c. Hermann Weinkauff und zur Amtseinführung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Bruno Heusinger am 31. März 1960, Karlsruhe 1960, S. 41–50.

Ansprache des Landesbezirkspräsidenten Dr. Edmund Kaufmann, in: Ansprachen zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe am 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1951, S. 18–20.

Ansprache des Oberbürgermeisters der Stadt Karlsruhe Friedrich Töpper, in: Ansprachen zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe am 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1951, S. 21–23.

Ansprache des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Hermann Weinkauff, in: Ansprachen zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe am 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1951, S. 24–31.

Ansprache von Bruno Heusinger, in: Ansprachen zur Verabschiedung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h. c. Hermann Weinkauff und zur Amtseinführung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Bruno Heusinger am 31. März 1960, Karlsruhe 1960, S. 53–60.

Ansprachen zur Verabschiedung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. h. c. Hermann Weinkauff und zur Amtseinführung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Bruno Heusinger am 31. März 1960, Karlsruhe 1960, S. 7–10.

Arbeitsaufnahme beim Bundesgerichtshof, in: *BNN*, 3. Oktober 1950.

Apostolow, Markus: Der „immerwährende Staatssekretär". Walter Strauß und die Personalpolitik im Bundesministerium der Justiz 1949–1963, Göttingen 2019 (Die Rosenburg, Bd. 1).

Arndt, Adolf: Das Bild des Richters, Karlsruhe 1957 (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, H. 27).

Arndt, Herbert: Gedanken von Richtern zum Richtergesetz, in: *JUV* (1950), S. 149–151.

Arndt, Herbert: Grundriss des Wehrstrafrechts, München u. a. 1958.

Arndt, Herbert: Wehrmachtsstrafrecht, Leipzig 1944.

Assmann, Aleida: Der lange Schatten der Vergangenheit. Erinnerungskultur und Geschichtspolitik, München 2011.

Bade, Claudia: „Als Hüter wahrer Disziplin …" Netzwerke ehemaliger Wehrmachtsjuristen und ihre Geschichtspolitik, in: Perels, J./ u. a. (Hrsg.): Mit reinem Gewissen. Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, Berlin 2011, S. 124–143.

Bajohr, Frank/ **Hürter**, Johannes: Auftragsforschung „NS-Belastung". Bemerkungen zu einer Konjunktur, in: Bajohr, F./ u. a. (Hrsg.): Mehr als eine Erzählung. Zeitgeschichtliche Perspektiven auf die Bundesrepublik, Göttingen 2016, S. 221–233.

Basdorf, Clemens: Richter und das „Recht". Die juristische Aufarbeitung der NS-Militärjustiz nach 1945, in: *JR* (2016), S. 499–509.

Bästlein, Klaus: „Nazi-Blutrichter als Stützen des Adenauer-Regimes". Die DDR-Kampagnen gegen NS-Richter und -Staatsanwälte, die Reaktionen der bundesdeutschen Justiz und die gescheiterte „Selbstreinigung", in: Grabitz, H./ u. a. (Hrsg.): Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschung zu den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, Berlin 1994, S. 408–443.

Baubeginn im Palaisgarten, in: *BNN*, 26. April 1958.

Bauer, Fritz: Justiz als Symptom, in: Richter, H. W. (Hrsg.): Bestandsaufnahme. Eine deutsche Bilanz 1962, München u. a. 1962, S. 221–232.

Becker, Peter: Überlegungen zu einer Kulturgeschichte der Verwaltung, in: *JEV* (1989), S. 311–336.

Becker, Peter/ **Simon**, Heide (Hrsg.): Helmut Simon, Leben zwischen den Zeiten. Von der Weimarer Republik bis zur Europäischen Union – vom Bauernbub zum Verfassungsrichter und Kirchentagspräsidenten, Baden-Baden 2020.

Beer, Matthias/ **Güttler**, Melanie/ **Ruhkopf**, Jan: Behördenforschung und NS-Belastung. Vermessung eines Forschungsfeldes, in: *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 68 (2020), S. 632–651.

Begalke, Sonja/ **Fröhlich**, Sonja/ **Glienke**, Claudia/ **Alexander**, Stephan (Hrsg): Der halbierte Rechtsstaat. Demokratie und Recht in der frühen Bundesrepublik und die Integration von NS-Funktionseliten, Baden-Baden 2015.

Beier, Gerhard: Hessen vorn. Die Biographie des Hessischen Ministerpräsidenten Georg August Zinn, Bonn 2021.

Beil, Christine: Erfahrungsorte des Krieges. Kriegsgefangenenausstellungen der Adenauerzeit, in: Buschmann, N./ u. a. (Hrsg.): Die Erfahrung des Krieges. Erfahrungsgeschichtliche Perspektiven von der Französischen Revolution bis zum Zweiten Weltkrieg, Paderborn u. a. 2001 (Krieg in der Geschichte, Bd. 9), S. 239–260.

Benz, Wolfgang: Auftrag Demokratie. Die Gründungsgeschichte der Bundesrepublik und die Entstehung der DDR 1945–1949, Berlin 2009.

Bericht ohne Titel, in: *Die Abendländische Akademie*, Juli 1954.

Bernreuther, Jörn: Hermann Weinkauff, in: Meisenberg, M. (Hrsg.): 200 Jahre Appellationsgericht/Oberlandesgericht Bamberg. Festschrift, München 2009, S. 197–214.

Berra, Xaver (d. i. Rasehorn, Theo): Im Paragraphenturm. Eine Streitschrift zur Entideologisierung der Justiz, Neuwied u. a. 1966.

Gerechte **Besoldung** auch für die Richter und Staatsanwälte, in: *DIE WELT*, 29. März 1966.

Beyer, Helmut/ **Müller**, Klaus: Der Niedersächsische Landtag in den fünfziger Jahren. Voraussetzungen, Ablauf, Ergebnisse und Folgen der Landtagswahl 1955, Düsseldorf 1988.

BGH und Naturrecht, in: *RM*, 14. Oktober 1950.

Bloch, Ernst: Erbschaft dieser Zeit, Frankfurt/M. 1962.

Blumberg-Ebel, Anna: Sondergerichtsbarkeit und „Politischer Katholizismus" im Dritten Reich, Mainz 1990 (Veröffentlichungen der Kommission für Zeitgeschichte, Bd. 55).

Deutsches **Blut** und deutsche Ehre. Im Bundesgerichtshof von Karlsruhe hängt noch immer eine Gedenktafel für Nazi-Richter, in: *stern*, 13. September 1979.

Früher **Blutrichter** – jetzt Bundesrichter, in: *Bild*, 25. März 1968.

Böhme, Kurt: Die deutschen Kriegsgefangenen in Jugoslawien 1941–1949, Bd. I/1, München 1962 (Zur Geschichte der deutschen Kriegsgefangenen des Zweiten Weltkriegs 1).

Bohr, Felix: Die Kriegsverbrecherlobby. Bundesdeutsche Hilfe für im Ausland inhaftierte NS-Täter, Berlin 2018.

Bonn erwartet jetzt alliierte Maßnahmen, in: *Tsp*, 25. April 1968.

Borgstedt, Angela: Badische Juristen im Widerstand (1933–1945), Konstanz 2004 (Portraits des Widerstands, Bd. 9).

Borgstedt, Angela: Entnazifizierung in Karlsruhe 1946 bis 1951, Konstanz 2001 (Karlsruher Beiträge zur Geschichte des Nationalsozialismus, Bd. 5).

Bösch, Hermann: Generalstabsrichter Dr. Karl Sack, ein Richter aus Rheinhessen im Widerstand, in: Alzeyer Geschichtsblätter 19 (1985), S. 8–29.

Bösch, Hermann: Heeresrichter Dr. Karl Sack im Widerstand. Eine historisch-politische Studie, München 1967.

Boss, Sonja: Unverdienter Ruhestand. Die personalpolitische Bereinigung belasteter NS-Juristen in der westdeutschen Justiz, Berlin 2009.

Böttcher, Hans-Ernst: Richard Schmid (1899–1986). Recht für die Menschen, nicht für den Staat, in: Kritische Justiz (Hrsg.): Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, Baden-Baden 1988, S. 487–495.

Bötticher, Eduard: Der Zivilrechtsgang in den Reichsjustizgesetzen, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): 75 Jahre Reichsjustizgesetze. Ansprachen aus Anlaß der 75. Wiederkehr des Tages des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze und der Errichtung des Reichsgerichts, Bonn 1954, S. 13–22.

Brakelmann, Günter: Der Kreisauer Kreis. Chronologie, Kurzbiographien und Texte aus dem Widerstand, 2. Auflage, Münster 2004 (Schriftenreihe der Forschungsgemeinschaft 20. Juli, Bd. 3).

Brakelmann, Günter: Helmuth James von Moltke 1907–1945. Eine Biographie, München 2007.

Braun, Jutta/ **Freund**, Nadine/ **Mentel**, Christian/ **Take**, Günnar: Das Kanzleramt: Bundesdeutsche Demokratie und NS-Vergangenheit. Göttingen 2024.

Aus **Briefen** an die Redaktion. Vorwurf ohne Grundlage, in: *DIE WELT*, 23. Juli 1962.

Brochhagen, Ulrich: Nach Nürnberg, Vergangenheitsbewältigung und Westintegration in der Ära Adenauer, Hamburg 1994.

Bronzetafel am BGH gestohlen, in: *Offenburger Tageblatt*, 12. Februar 1951.

Buchna, Kristian: Ein „klerikales" Jahrzehnt? Kirche, Konfession und Politik in der Bundesrepublik während der 1950er Jahre, Baden-Baden 2014.

Budde, Gunilla: Bürgertum und Konsum: Von der repräsentativen Bescheidenheit zu den ‚feinen Unterschieden', in: Haupt, H.-G./ u. a. (Hrsg.): Die Konsumgesellschaft in Deutschland 1890–1990, Frankfurt/M. 2009, S. 131–144.

Das **Bundesgericht** in Karlsruhe eröffnet, in: *FAZ*, 9. Oktober 1950.

Bundesgericht in Karlsruhe eröffnet. Drahtbericht unseres Freiburger Korrespondenten Wolfgang Feucht, in: *FR*, 9. Oktober 1950.

Wohin kommt das Obere **Bundesgericht**? Karlsruhe weiß seinen Vorschlag klug zu unterbauen, in: *Badische Post*, 4. März 1950.

Der **Bundesgerichtshof**, in: *Schleswig-Holsteinische Anzeigen* (1951), S. 133–138.

Bundesgerichtshof eröffnet, in: *Tsp*, 10. Oktober 1950.

Bundesgerichtshof jetzt arbeitsfähig, in: *Badische Abendzeitung*, 11. November 1950.

Bundeshaushaltsplan für das Rechnungsjahr 1950–1965, Berlin/Bonn 1950–1965.

Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Im Namen des Deutschen Volkes – Justiz und Nationalsozialismus. Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, Köln 1989.

Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, **Bundesgerichtshof** (Hrsg.): Der Bundesgerichtshof in Karlsruhe, Karlsruhe 2005.

Bundesrichter Beyer schreibt einen Brief, in: *Münchner Merkur*, 31. Januar 1953.

Falscher **Bundesrichter** erwischt, in: *BNN*, 24. September 1963.

„Bundesrichter" fand ein neues Opfer, in: *BVZ*, 9. Mai 1963.

Bundesrichterwahlen, in: *DRiZ* (1971), S. 64.

Bundesrichter wirkte an vier Todesurteilen mit, in: *FR*, 26. März 1968.

Von einem **Bundesrichter** [d. i. Claus Seibert]: Aus einem Juristenleben, in: Schmidt, H. M. (Hrsg.): Juristen-Spiegel, Köln 1959, S. 139–145.

Buschmann, Arno: Das Reichsgericht. Ein Höchstgericht im Wandel der Zeiten, in: Kern, B-R./ u. a. (Hrsg.): 125 Jahre Reichsgericht, Berlin 2006 (Schriften zur Rechtsgeschichte, Bd. 126), S. 41–75.

Buschmann, Arno: Reichsgericht und Bundesgerichtshof. Umfang und Grenzen einer Kontinuität, in: Kern, B.-R./ u. a. (Hrsg.): Eduard von Simson (1810–1899). „Chorführer der Deutschen" und erster Präsident des Reichsgerichts, Baden-Baden 2001 (Juristische Zeitgeschichte, Abt. 2, Bd. 10), S. 132–164.

Buschmann, Nikolaus/ **Carl**, Horst: Vorwort, in: Buschmann, N./ u. a. (Hrsg.): Die Erfahrung des Krieges. Erfahrungsgeschichtliche Perspektiven von der Französischen Revolution bis zum Zweiten Weltkrieg, Paderborn u. a. 2001 (Krieg in der Geschichte, Bd. 9).

Büttner, Edgar/ **Wettengel**, Michael (Bearb.): Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 13,1, München 2002.

Canter, Karl: Gleichberechtigung und Richterrecht, in: *NJW* (1953), S. 850 f.

Christmann, Alfred/ **Skiba**, Rainer: Die Entwicklung der Gehälter der Beamten des Reiches und des Bundes von 1928 bis 1963, 2. Auflage, Köln 1965 (WWI-Studien, Nr. 9).

Claussen, Karl Eduard: Justizverwaltung, in: Jeserich, K. G. A./ u. a. (Hrsg.): Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. 5, Stuttgart 1987, S. 451–455.

Conway, Martin: Western Europe's Democratic Age. 1945–1968, Princeton/Oxford 2020.

Creifelds, Carl (Hrsg.): Rechtswörterbuch, München 1968.

Creifelds bittet um Pensionierung, in: *FAZ*, 26. Februar 1965.

Creuzberger, Stefan/ **Geppert**, Dominik (Hrsg.): Die Ämter und ihre Vergangenheit. Ministerien und Behörden im geteilten Deutschland 1949–1972, Paderborn 2018 (Veröffentlichungen der Stiftung Bundeskanzler Adenauer-Haus, Bd. 28).

Creuzberger, Stefan/ **Geppert**, Dominik: Die Ämter und ihre Vergangenheit. Eine Zwischenbilanz, in: Creuzberger, S./ u. a. (Hrsg.): Die Ämter und ihre Vergangenheit. Ministerien und Behörden im geteilten Deutschland 1949–1972, Paderborn 2018 (Veröffentlichungen der Stiftung Bundeskanzler Adenauer-Haus, Bd. 28).

Dahrendorf, Ralf: Bemerkungen zur sozialen Herkunft und Stellung der Richter an Oberlandesgerichten. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Oberschicht, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik (1960), S. 260–275.

Dahrendorf, Ralf: Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1965.

Danker, Uwe: Der schleswig-holsteinische NSDAP-Gauleiter Hinrich Lohse. Überlegungen zu seiner Biographie, in: Ruck, M./ u. a. (Hrsg.): Regionen im Nationalsozialismus, Bielefeld 2003 (IZRG-Schriftenreihe, Bd. 10), S. 91–120.

Deiseroth, Dieter: Der Reichstagsbrand: Prozess und Rechtsstaat, in: Deiseroth, D. (Hrsg.): Der Reichstagsbrand und der Prozess vor dem Reichsgericht, Berlin 2006, S. 43–88.

Detjen, Joachim: Politische Bildung. Geschichte und Gegenwart in Deutschland, 2. Auflage, München 2013.

Deuerlein, Ernst: Der Hitler-Putsch. Bayerische Dokumente zum 8./9. November 1923, Stuttgart 1962 (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Bd. 9).

Deutsch, Harold C.: Das Komplott oder Die Entmachtung der Generale, Eichstätt 1974.

Deutscher Richterbund (Hrsg.): Eigenständige Richterbesoldung. Hessische Pioniertat – Vorbild für den Bund?, Frankfurt/M. 1971.

Diem, Veronika: Die Freiheitsaktion Bayern. Ein Aufstand in der Endphase des NS-Regimes, Kallmünz 2013 (Münchner Historische Studien, Abt. Bayerische Geschichte XIX).

Gegen die **Diffamierung**, für Distanzierung, in: *DRiZ* (1960), S. 97–98.

Dignath, Stephan (Hrsg.): Dr. Karl Sack. Ein Widerstandskämpfer aus Bosenheim. Bekenntnis und Widerstand, Bad Kreuznach 1985.

Die **Dinge** sind zu einem Punkt gediehen ..., Spiegel – Reporter Gerhard Mauz über Bundesrichter Kurt Weber, in: *Der Spiegel* Nr. 5 (1966), S. 39–41.

Döblin, Alfred: Der Geist des naturalistischen Zeitalters, in: Ders. Aufsätze zur Literatur, Olten/Freiburg 1963, S. 62–83.

Doering-Manteuffel, Anselm: Wie westlich sind die Deutschen? Amerikanisierung und Westernisierung im 20. Jahrhundert, Göttingen 1999.

Döhring, Erich: Die gesellschaftlichen Grundlagen der juristischen Entscheidung, Berlin 1977.

Dräger, Marco: Deserteur-Denkmäler in der Geschichtskultur der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/M. 2017.

Dreher, Eduard: Dietrich Lang-Hinrichsen †, in: *NJW* (1975), S. 1262–63.

Drosdeck, Thomas: Richterbilder und richterliches Selbstverständnis in der Weimarer Republik, in: Gouron, A./ u. a. (Hrsg.): Europäische und amerikanische Richterleitbilder, Frankfurt/M. 1996 (Rechtsprechung. Materialien und Studien, Bd. 10), S. 293–332.

Dr. Else Koffka ließ dem Ankläger nichts durchgehen, in: *AZ*, 29. Oktober 1964.

Dr. Simon zum Bundesrichter ernannt, in: *BNN*, 6. August 1965.

Dr. Weinkauff 70 Jahre alt, in: *StN*, 10. Februar 1964.

Eberlein, Michael/ **Haase**, Norbert/ **Oleschinski**, Wolfgang: Torgau im Hinterland des Zweiten Weltkriegs, Leipzig 1999.

Ebermayer, Ludwig: Fünfzig Jahre Dienst am Recht. Erinnerungen eines Juristen, Leipzig, Zürich 1930.

Edinger, Florian: Wahl und Besetzung parlamentarischer Gremien. Präsidium, Ältestenrat, Ausschüsse, Berlin 1992 (Beiträge zum Parlamentsrecht, Bd. 24).

Um die **Ehre** der Richter und Staatsanwälte, in: *DRiZ* (1959), S. 101.

Ehrentafel im Bundesgerichtshof, in: *Die Rheinpfalz*, 26. Oktober 1957.

Ehrhardt, Ingrid: Erich A. Schelling (1904–1986). Ein Architekt zwischen Traditionalismus und Moderne, Egelsbach u. a. 1997 (Deutsche Hochschulschriften, Bd. 2637).

Eichmüller, Andreas: Die strafrechtliche Verfolgung von NS-Verbrechen und die Öffentlichkeit in der frühen Bundesrepublik Deutschland, in: Osterloh, J./ u. a. (Hrsg.): NS-Prozesse und deutsche Öffentlichkeit. Besatzungszeit, frühe Bundesrepublik und DDR, Göttingen 2011 (Schriften des Hannah-Arendt-Instituts für Totalitarismusforschung, Bd. 45), S. 53–73.

Eichmüller, Andreas: Keine Generalamnestie. Die strafrechtliche Verfolgung von NS-Verbrechen in der frühen Bundesrepublik, München 2012 (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Bd. 93).

Um die **Einheit** des deutschen Rechts, in: *SZ*, 9. Oktober 1950.

Bedauerlicher **Einzelfall**, in: *SZ*, 17. November 1962.

Elias, Friederike/ **Franz**, Albrecht/ **Murmann**, Henning/ **Weiser**, Ulrich: Hinführung zum Thema und Zusammenfassung der Beiträge, in: Elias, F./ u. a. (Hrsg.): Praxeologie. Beiträge zur interdisziplinären Reichweite praxistheoretischer Ansätze in den Geistes- und Sozialwissenschaften, Heidelberg 2014 (Materiale Textkulturen, Bd. 3), S. 3–12.

Endstation Bundesgerichtshof, in: *Südwestdeutscher Spiegel*, 6. März 1957.

Engelmann, Bernt: Bis alles in Scherben fällt. Wie wir die Nazizeit erlebten 1939–1945, Köln 1983.

Engelmann, Bernt: Rechtsverfall, Justizterror und das schwere Erbe. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Strafjustiz von 1919 bis heute, Bd. 2, Köln 1989.

Erlinghagen, Karl: Katholisches Bildungsdefizit in Deutschland, Freiburg u. a. 1965.

Eröffnung der Deutschen Richterakademie in Trier, in: *DRiZ* (1973), S. 75 f.

Erweiterungsbau des Bundesgerichtshofs nun doch längs der Herrenstraße, in: *BNN*, 2. März 1957.

Esprit-Interview: „Die Gretchenfrage der Nation: Wie gefährlich sind Sie, Herr Strauß?“, in: *Esprit* 1 (1975), S. 6–12.

Fabricius-Brand, Margarete/ **Berghahn**, Sabine/ **Sudhölter**, Kristine: Juristinnen. Berichte, Fakten, Interviews, Berlin 1982.

Falk, Ulrich: Von Dienern des Staates und von anderen Richtern. Zum Selbstverständnis der deutschen Richterschaft im 19. Jahrhundert, in: Gouron, A./ u. a. (Hrsg.): Europäische und amerikanische Richterleitbilder, Frankfurt/M. 1996 (Rechtsprechung. Materialien und Studien, Bd. 10), S. 251–292.

Der ‚**Fall** Creifels‘ zieht Kreise, in: *BNN*, 25. Januar 1965.

Faller, Hans Joachim: Bundesverfassungsgericht und Bundesgerichtshof. Zum Verhältnis beider Gerichte in fast 40jähriger Jurisdiktion, in: *AöR* (1990), S. 185–211.

Faller, Hans Joachim: Die Rechtsfähigkeit im Steuerrecht, Würzburg 1939.

Faller, Hans Joachim: Die richterliche Unabhängigkeit im Spannungsfeld von Politik, Weltanschauung und öffentlicher Meinung, in: Fürst, W./ u. a. (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Zeidler, Berlin u. a. 1987, S. 81–100.

Faller, Hans Joachim: Heinrich Jagusch, in: C. H. Beck (Hrsg): Juristen im Portrait. Verlag und Autoren in 4 Jahrzehnten. Festschrift zum 225jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck, München 1988, S. 431–437.

Droht ein neuer **Fall Ossietzky**, in: *Der Spiegel*, 4. November 1964.

Falter, Jürgen W.: Hitlers Parteigenossen. Die Mitglieder der NSDAP 1919–1945, Frankfurt/M. u. a. 2020.

Im engsten **Familienkreis**, in: *Frankfurter Zeitung*, 15. September 1937.

Fattmann, Rainer: Bildungsbürger in der Defensive. Die akademische Beamtenschaft und der „Reichsbund der höheren Beamten“ in der Weimarer Republik, Göttingen 2001 (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft, Bd. 145).

Federer, Julius: Recht und Juristen im Alten Baden, in: Kistner, A. (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950, S. 49–70.

Feest, Johannes: Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite, in: Zapf, W. (Hrsg.): Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht, 2. Auflage, München 1965, S. 95–113.

Feldkamp, Michael F.: Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Die Entstehung des Grundgesetzes, Göttingen 2008.

Feldkamp, Michael F. (Bearb.): Der Parlamentarische Rat 1948–1949. Akten und Protokolle, Bd. 14, 1 Hauptausschuß, München 2009.

Fischer, Christian: Bundesgerichtshof als Reichsgericht? Zum Aufbau des obersten Bundesgerichts der ordentlichen Gerichtsbarkeit und zu seiner frühen Zivilrechtsprechung, in: Fischer, C./ u. a. (Hrsg.): Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015, S. 43–64.

Fischer, Christian/ **Pauly**, Walter: Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015.

Fischer, Detlev: Das Ende des Obersten Bundesgerichts im Jahre 1968 – 50 Jahre einheitliche Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes, in: *JoJZG* (2021), S. 1–13.

Fischer, Detlev: Karlsruhe wird Residenz des Rechts, in: Hauß, H. (Hrsg.): Karlsruhe – Aufgefächert, Karlsruhe 2015, S. 49–58.

Fischer, Detlev: Zwischen Göttingen und Karlsruhe, rechtshistorische Reminiszenzen und Wechselwirkungen, in: Gehrlein, M. (Hrsg.): Festschrift für Gerhard Pape, Köln 2019, S. 33–46.

Fischer, Detlev: Zwischen Leipzig und Karlsruhe, rechtshistorische Reminiszenzen und Wechselwirkungen, in: *JoJZG* (2015), S. 93–138.

Fischer, Robert: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Ein Rückblick auf die ersten zehn Jahre, Karlsruhe 1960.

Fischer, Thomas: Gerd Pfeiffer († 1. Februar 2007), in: *JoJZG* (2007), S. 101–103.

Flotho, Manfred: Bruno Heusinger – Ein Präsident im Konflikt zwischen Solidarität und Gewissen, in: Wassermann, R. (Hrsg.): Justiz im Wandel der Zeit. Festschrift des Oberlandesgerichts Braunschweig, Braunschweig 1989, S. 349–369.

Die **Frau** im roten Talar, in: *BNN*, 19. Dezember 1950.

Die **Frau** Präsidentin, in: *StZ*, 26. Februar 1965.

François, Etienne/ **Schulze**, Hagen (Hrsg.): Deutsche Erinnerungsorte, 3 Bde., München 2009.

Frei, Norbert: Im Namen der Deutschen, München 2023.

Frenzel, Björn Carsten: Das Selbstverständnis in der Justiz nach 1945. Analyse der Rolle der Justiz unter Berücksichtigung der Reden zur Wiedereröffnung der Bundes- und Oberlandesgerichte, Frankfurt/M. 2003 (Rechtshistorische Reihe, Bd. 265).

Frevert, Ute: Soldaten, Staatsbürger. Überlegungen zur historischen Konstruktion von Männlichkeit, in: Kühne, Th. (Hrsg.): Männergeschichte – Geschlechtergeschichte. Männlichkeit im Wandel der Moderne, Frankfurt/M. u. a.1996 (Geschichte und Geschlechter, Bd. 14), S. 66–87.

Fröhlich, Claudia: Freispruch für Bonhoeffers Richter. Personelle Kontinuität als strukturelle Hypothek für die Rechtsprechung in der Bundesrepublik am Beispiel des NS-Juristen und Richters am BGH Ernst Mantel, in: Perels, J./ u. a. (Hrsg.): Mit reinem Gewissen. Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, Berlin 2011, S. 241–261.

Fromme, Friedrich Karl: Ein ungewöhnlicher Richter. Das Wirken Willi Geigers am Bundesverfassungsgericht, in: *JöR* (1983), S. 63–70.

Fürstenau, Justus: Entnazifizierung. Ein Kapitel deutscher Nachkriegspolitik, Neuwied/Berlin 1969 (Politica, Bd. 40).

Gallin, Isabel: Machtstrukturen im Reichskommissariat Niederlande, in: Bohn, R. (Hrsg.): Die deutsche Herrschaft in den „germanischen" Ländern 1940–1945, Stuttgart 1997 (HMRG Beiheft, Nr. 26), S. 145–157.

Gedenken an die Toten des Reichsgerichts, in: *FAZ*, 25. Oktober 1957.

Gedenktafel für Märtyrer des Rechts, in: *StN*, 25. Oktober 1957.

Geiger, Willi: Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, in: Geiger, W./ u. a. (Hrsg.): Staat und Gewissen, München 1959 (Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, H. 8), S. 9–43.

Geiger, Willi: Das Grundrecht der Pressefreiheit, in: Geiger, W./ u. a. (Hrsg.): Die Funktion der Presse im demokratischen Rechtsstaat, München 1958 (Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern, H. 3), S. 11–40.

Geiger, Willi: Die Rechtsstellung des Schriftleiters, Darmstadt, Leipzig 1941.
Geiger, Willi: Die Rolle des Richters unter den gegenwärtigen Bedingungen unserer freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, in: *DRiZ* (1982), S. 321–325.
Geiger, Willi: Die Unabhängigkeit des Richters, *DRiZ* (1979), S. 65–69.
Geiger, Willi: Gewissen, Ideologie, Widerstand, Nonkonformismus. Grundfragen des Rechts, München 1963.
Geiger, Willi: Kraft und Grenze der elterlichen Erziehungsverantwortung unter den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen, in: Krautscheidt, J./ u. a. (Hrsg.): Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Münster 1980, S. 9–28.
Geiger, Willi: Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters, in: *DRiZ* (1959), S. 336.
Geiger, Willi: Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters, in: Schumacher, A. (Hrsg.): Der Richter. Festgabe für die Teilnehmer des Deutschen Richtertages 1963, Köln u. a. 1963, S. 100–120.
Geiger, Willi: Voraussetzungen der richterlichen Unabhängigkeit in Deutschland, in: Glanzmann, R. (Hrsg.): Ehrengabe für Bruno Heusinger, gewidmet von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, der Bundesanwaltschaft und der Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, München 1968, S. 53–61.
Geiger, Willi: Wissenschaftsfreiheit als Problem der politischen Ordnung, München 1984 (Eichstätter Hochschulreden, Bd. 42).
Geiß, Karlmann/ **Nehm**, Kay/ **Brandner**, Hans Erich/ **Hagen**, Horst (Hrsg.): Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln u. a. 2000.
Verpaßte **Gelegenheit** im Pfahlbau zu Karlsruhe, in: *Deutsche Zeitung*, 18. Oktober 1960.
Gelhoit, Heinz: Das Korporationswesen in Breslau 1811–1938, Hilden 2009.
Geppert, Dominik: Die Ära Adenauer, Darmstadt 2002.
Gerechtigkeit und Recht müssen siegen!, in: *AZ Mainz*, 28. Oktober 1957.
Der **Gerichtshof** wird auf Stelzen stehen, in: *FR*, 26. Juni 1959.
Gerloff, Wilhelm: Die Beamtenbesoldung im modernen Staat T. 1, München u. a. 1932 (Schriften des Vereins für Sozialpolitik, Bd. 184/I).
Gewissensnot, in: *FR*, 11. November 1964.
Gieseking, Erik: Der Fall Otto John. Entführung oder freiwilliger Übertritt in die DDR?, Lauf/Pegnitz 2005 (Subsidia Academica, Bd. A 6).
Gillmann, Sabine/ **Mommsen**, Hans: Politische Schriften und Briefe Carl Friedrich Goerdelers, Bd. 2, München 2003.
Glanzmann, Roderich: Geleitwort, in: Glanzmann, R. (Hrsg.): Ehrengabe für Bruno Heusinger. Gewidmet von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes, der Bundesanwaltschaft und der Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, München 1968, S. 9–16.
Glanzmann, Roderich (Hrsg.): Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968.
Glienke, Stephan Alexander: Die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz" (1959–1962). Zur Geschichte der Aufarbeitung nationalsozialistischer Justizverbrechen, Baden-Baden 2008.
Glienke, Stephan Alexander: Die De-facto-Amnestie von Schreibtischtätern, in: Perels, J./ u. a. (Hrsg.): Mit reinem Gewissen. Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, Berlin 2011, S. 262–276.
Das höchste **Glück** des Volkes ist sein Recht, in: *Fränkische Zeitung*, 13. Oktober 1938.
Godau-Schüttke, Klaus-Detlev: Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland –, Berlin 2005 (Justizkritische Buchreihe).
Godau-Schüttke, Klaus-Detlev: Entnazifizierung und Wiederaufbau der Justiz am Beispiel des Bundesgerichtshofs, in: Schumann, E. (Hrsg.): Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich" und in der Nachkriegszeit, Göttingen 2008, S. 189–212.
Gohl, Wilhelm: Heinrich Reinle, Oberlandesgerichtspräsident 1937 bis 1945, in: Münchbach, W. (Hrsg.): Festschrift 200 Jahre Badisches Oberhofgericht, Oberlandesgericht Karlsruhe, Heidelberg 2003, S. 170–173.

Goltermann, Svenja: Die Gesellschaft der Überlebenden. Deutsche Kriegsheimkehrer und ihre Gewalterfahrungen im Zweiten Weltkrieg, 2. Auflage, München 2009, S. 191–216.

Görtemaker, Manfred/ **Safferling**, Christoph: Die Akte Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2. Auflage, München 2016.

Gosewinkel, Dieter: Adolf Arndt. Die Wiederbegründung des Rechtsstaats aus dem Geist der Sozialdemokratie (1945–1961), Bonn 1991.

Götz: Braucht man Mut, um einem Minister zu widersprechen?, in: *DIE ZEIT*, Nr. 11 (1960).

Grell, Heinz: Die Entwicklung des Vollstreckungsrechts vom Krisenrecht zum Dauerrecht, Diss. jur., Jena 1936.

Grieß, Martin: „Im Namen des Rechts". Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone als Höchstgericht in Zivilsachen zwischen Tradition und Neuordnung, Tübingen 2015 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 86).

Grohnert, Reinhard: Die „auto-épuration". Der französische Sonderweg in der Entnazifizierungsfrage, in: Wolfrum, E./ u. a. (Hrsg.): Krisenjahre und Aufbruchszeit. Alltag und Politik im französisch besetzten Baden 1945–1949, München 1996 (Nationalsozialismus und Nachkriegszeit in Südwestdeutschland, Bd. 3), S. 165–185.

Gross, Norbert: Docteur en Droit, Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, in: Verein der beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwälte (Hrsg.): Fortitudo temperantia. Die Rechtsanwälte beim Reichsgericht und beim Bundesgerichtshof. Ein Rückblick. Festgabe zu 50 Jahren Bundesgerichtshof, München 2000, S. 147–152.

Gross, Norbert: Reinhold Frank, Urteil – Vollstreckung – Nachurteil, Karlsruhe 2016 (Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe, Heft 33).

Gruchmann, Lothar: Justiz im Dritten Reich 1933–1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner, 3. Auflage, München 2001.

Grüttner, Michael: Studenten im Dritten Reich, Paderborn 1995.

Güde, Max: Erziehung zum Recht, Bonn 1961 (Grundfragen zur Volkshochschularbeit, H. 10).

Güde, Max: Justiz im Schatten von gestern. Wie wirkt sich die totalitäre Vergangenheit auf die heutige Rechtsprechung aus?, Hamburg 1959 (Akademie-Vorträge, H.3).

Güde, Max: Probleme des politischen Strafrechts. Vortrag, gehalten vor der Gesellschaft Hamburger Juristen am 22. März 1957, Hamburg 1957 (Vorlesungen der Gesellschaft Hamburger Juristen, H.4).

Güde, Max/ **Raiser**, Ludwig/ **Simon**, Helmut/ **v. Weizsäcker**, Carl Friedrich: Zur Verfassung unserer Demokratie. Vier republikanische Reden, Reinbek 1978.

Güde, Wilhelm: Max Güde (1902–1984). Ein Juristenleben im 20. Jahrhundert, Karlsruhe 2019.

Günther, Frieder: Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949–1970, München 2004.

Gutfleisch, Ulf: Staatsschutzstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland 1951–1968, Berlin 2014 (Berliner Juristische Universitätsschriften, Strafrecht, Bd. 44).

Guth, Klaus: Alltag im „Dritten Reich". Die Akten des Sondergerichts Bamberg (1933–1939) als Zeugnisse ziviler Resistenz, in: Guth, K. (Hrsg.): Deutsche – Juden – Polen zwischen Aufklärung und Drittem Reich. Erinnerungsort und Erinnerungsräume, Petersberg 2005 (Landjudentum in Oberfranken, Geschichte und Volkskultur, Bd. 4), S. 143–174.

Haager, Karl: Die Banküberweisung bei Beteiligung mehrerer Kontostellen, Diss. jur., Heidelberg 1938.

Haase, Norbert: Die Richter am Reichskriegsgericht und ihre Nachkriegskarrieren, in: Perels, J. / u. a. (Hrsg.): Mit reinem Gewissen. Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, Berlin 2011, S. 200–219.

Haase, Norbert/ **Paul**, Gerhard (Hrsg.): Die anderen Soldaten. Wehrkraftzersetzung, Gehorsamsverweigerung, Fahnenflucht, Frankfurt/M. 1995.

Haase, Norbert/ **Oleschinski**, Brigitte: Torgau – Ein Kriegsende in Europa, Bremen 1995.

Habersetzer, Ulrike: Der geteilte (Bücher-) Himmel. Die Reichsgerichtsbibliothek im Bundesgerichtshof, in: Fischer, D./ u. a. (Hrsg.): Festschrift für Dietrich Pannier zum 65. Geburtstag, o. O. 2010, S. 267–276.

Halbwachs, Maurice: Das kollektive Gedächtnis. Aus dem Französischen von Holde Lhoest-Offermann, Frankfurt/M. 1991.

Hammerschmidt, Peter: Die Wohlfahrtsverbände im NS-Staat. Die NSV und die konfessionellen Verbände Caritas und Innere Mission im Gefüge der Wohlfahrtspflege des Nationalsozialismus, Opladen 1999.

Handel mit Verrätern, in: *Der Spiegel*, 9. September 1964.

Hansen, Marike: Erna Scheffler (1893–1983). Erste Richterin am Bundesverfassungsgericht und Wegbereiterin einer geschlechtergerechten Gesellschaft, Tübingen 2019 (Beiträge zu Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 111).

Hardenberg, Simone Gräfin von: Eberhard Schmidt (1891–1977). Ein Beitrag zur Geschichte unseres Rechtsstaats, Berlin 2009 (Schriften zur Rechtsgeschichte, H. 140).

Hattenhauer, Hans: Wandlungen des Richterleitbildes im 19. und 20. Jahrhundert, in: Dreier, R./ u. a. (Hrsg.): Recht und Justiz im „Dritten Reich", Frankfurt/M. 1989, S. 9–33.

Der neue **Hausherr** im Erbgroßherzoglichen Palais in Karlsruhe, in: *StZ*, 13. Februar 1968.

Hehl, Christoph von: Adolf Süsterhenn (1905–1974). Verfassungsvater, Weltanschauungspolitiker, Föderalist, Düsseldorf 2012 (Forschungen und Quellen zur Zeitgeschichte, Bd. 62).

Hehl, Ulrich von/ **Kösters**, Christoph (Bearb.): Priester unter Hitlers Terror. Eine biographische und statistische Erhebung, 4. Auflage, Paderborn u. a. 1998 (Veröffentlichungen der Kommission für Zeitgeschichte A 37).

Heldrich, Andreas: Juristen im Blickfeld der Soziologie, in: Horn, N. (Hrsg.): Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Bd. 2, München 1982, S. 525–535.

Hempel, Norbert: Richterleitbilder in der Weimarer Republik, Frankfurt/M. 1978 (Rechtshistorische Reihe, Bd. 4).

Henke, Klaus-Dietmar: Politische Säuberung unter französischer Besatzung. Entnazifizierung in Württemberg-Hohenzollern, Stuttgart 1981 (Schriftenreihe der Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte, Bd. 42).

Henneka, Anton: Das Wesen des Naturrechts, in: Fragen der Freiheit. Beiträge zur freiheitlichen Ordnung von Kultur, Staat und Wirtschaft 13 (1967), S. 3–14.

Henrici, Paul Christian: Lebenserinnerungen eines Schleswig-Holsteiners, Stuttgart u. a. 1897.

Herbe, Daniel: Hermann Weinkauff (1894–1981). Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs, Tübingen 2008 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 55).

Herbert, Ulrich: Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903–1989, 3. Auflage, Bonn 1996.

Herbert, Ulrich: Justiz und NS-Vergangenheit in der Bundesrepublik 1945–1970, in: Görtemaker, M./ u. a. (Hrsg.): Die Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, Bonn 2013, S. 43–59.

Herbert, Ulrich: Liberalisierung als Lernprozeß. Die Bundesrepublik in der deutschen Geschichte – eine Skizze, in: Herbert, U. (Hrsg.): Wandlungen in Westdeutschland. Belastung, Integration, Liberalisierung 1945–1980, 2. Auflage, Göttingen 2003 (Moderne Zeit, Bd. 1), S. 7–49.

Herbert, Ulrich: Wer waren die Nationalsozialisten?, München 2021.

Herschel, Wilhelm: Rezension über Karl Nüßgens, Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, in: *Deutsches Recht* (1940), S. 968.

Gegen die **Herzensträgheit**, in: *Offenbach Post*, 24. April 1950.

Herzog, Dagmar: Die Politisierung der Lust. Sexualität in der deutschen Geschichte des zwanzigsten Jahrhunderts, München 2005.

Hesse, Hans Albrecht: Einführung in die Rechtssoziologie, Wiesbaden 2004.

Heusinger, Bruno: Der Bundesgerichtshof in Karlsruhe, in: Welt am Oberrhein, H. 3, Karlsruhe 1961, S. 167–175.

Heusinger, Bruno: Recht und Gericht in ihrer kulturellen Bedeutung, in: Stadt Goslar (Hrsg.): Recht und Gericht in ihrer kulturellen Bedeutung. Feierstunde anläßlich der Verleihung des Kulturpreises der Stadt Goslar für das Jahr 1963 an den Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. phil. Dr. jur. h. c. Bruno Heusinger Karlsruhe am 17. Oktober 1963 in der Kaiserpfalz zu Goslar, Goslar 1964, S. 21–37.

Heusinger, Bruno: Servitium regis in der Deutschen Kaiserzeit. Untersuchungen über die wirtschaftlichen Verhältnisse des deutschen Königtums 900–1250, Berlin 1922, Reprint 2022.

Heusinger, Bruno: Zehn Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1960), S. 302.

Heusinger, Werner: Gesetzlichkeit, Gerechtigkeit und Menschlichkeit als Leitsterne richterlichen Strebens, in: *DRiZ* (1955), S. 125 f.

Von **Heuss** bis Heusinger, in: *Badische Presse*, 10. April 1968.

Himmelmann, Werner: Hermann Weinkauff – ein starker Richter?, in: *NJW* (1994), S. 1268 f.

Hirsch, Günter: Ansprache, in: Gedenkstätte Deutscher Widerstand (Hrsg.): Erinnerungen an Hans von Dohnanyi, Berlin 2003 (Beiträge zum Widerstand 1933–1945), S. 13–17.

Hodenberg, Christina von: Konsens und Krise. Eine Geschichte der westdeutschen Medienöffentlichkeit 1945–1973, Göttingen 2006 (Moderne Zeit, Bd. 12).

Hoffmann-Riem, Wolfgang: Die Spiegel-Affäre – ein Versagen der Justiz?, in: Doerry, M./ u. a. (Hrsg.): Die Spiegel-Affäre. Ein Skandal und seine Folgen, München 2013, S. 130–149.

Höhne, Heinz: Canaris. Patriot im Zwielicht, München 1976.

Holzhauser, Thorsten: Demokratie, Nation, Belastung. Kollaboration und NS-Belastung als Nachkriegsdiskurs in Frankreich, Österreich und Westdeutschland, Berlin/Boston 2022 (HZ Beihefte Nr. 80).

Huber, Hans/ **Senger**, Franz (Hrsg.): Das Studium ohne Reifezeugnis an den deutschen Hochschulen. Amtliche Bekanntmachungen, Berlin 1938.

Hugenschmidt, Fritz: Das Erbgroßherzogliche Palais in Karlsruhe. Eine baugeschichtliche Betrachtung, in: Kistner, A. (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950, S. 135–154.

Hülle, Werner: Aus der Geschichte des obersten Gerichtshofes der Wehrmacht, in: *Zeitschrift für Wehrrecht* 1 (1937), S. 272–277.

Hülle, Werner: Das neue Jugendstrafrecht in der Wehrmachtsgerichtsbarkeit, in: *Zeitschrift für Wehrrecht* 8 (1944), S. 437–446.

Hülle, Werner: Der soziologische Standpunkt des Juristen in der Gegenwart, in: *DRiZ* (1956), S. 240 f.

Hülle, Werner: Die Verfassung der Wehrmachtgerichte, in: Die Neugestaltung des Strafverfahrens der Wehrmacht. Bericht des Arbeitsausschusses für Wehrstrafrecht der Akademie für Deutsches Recht, Stuttgart u. a. 1938 (Arbeitsberichte der Akademie für Deutsches Recht, Nr. 6), S. 27–54.

Hülle, Werner: Gedanken aus und zu einem lesenswerten Buch von Erich Döhring, in: *DRiZ* (1978), S. 243 f.

Hülle, Werner: Oldenburgs Weg in den Rechtsstaat. Aus der Sicht des 20. Jahrhunderts, Oldenburg 1979 (Vorträge der Oldenburger Landschaft, Bd. 4).

Hülle, Werner: Vom echten Recht und echten Richtern, in: *DRiZ* (1955), S. 67.

Hülle, Werner: Zur Verordnung über die Erweiterung der Zuständigkeit des Reichskriegsgerichts vom 16. Februar 1939, in: *Zeitschrift für Wehrrecht* 3 (1939), S. 472–475.

In letzter **Instanz**. Der Bundesgerichtshof, in: *DIE WELT*, 2. März 1963.

Jaeger, Renate: Scheffler, Erna, in: Deutschen Juristinnenbund e. V. (Hrsg.): Juristinnen in Deutschland. Die Zeit von 1900 bis 2003, 4. Auflage, Baden-Baden 2003 (Schriftenreihe Deutscher Juristinnenbund e. V. Bd. 1), S. 197–202.

Jagusch, Heinrich: Die Rechtsberatungsstellen der Deutschen Arbeitsfront, Berlin u. a. 1940.

Jagusch, Heinrich: Reform des Bundesgerichtshofs?, in: *JZ* (1955), S. 3–5.

Von **Jagusch** zu Rotberg, in: *StZ*, 18. Dezember 1962.

Jähnke, Burkhard: Aufräumen und neu beginnen, in: Fischer, C./ u. a. (Hrsg.): Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015, S. 129–151.

Jahresbericht 1965 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1965.

Jahresbericht 1966 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1966.
Jahresbericht 1967 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1967.
Jahresbericht 1968/69 für den Bundesgerichtshof, Karlsruhe 1970.
Jamin, Mathilde: Zur Rolle der SA im nationalsozialistischen Herrschaftssystem, in: Hirschfeld, G./ u. a. (Hrsg.): Der „Führerstaat". Mythos und Realität. Studien zur Struktur und Politik des Dritten Reiches, Stuttgart 1981 (Veröffentlichungen des Deutschen Historischen Instituts London, Bd. 8), S. 329–358.
Janßen, Karl-Heinz/ **Tobias**, Fritz: Der Sturz der Generäle. Hitler und die Blomberg-Fritsch-Krise 1938, München 1994.
Jasch, Hans-Christian/ **Kaiser**, Wolf: Der Holocaust vor deutschen Gerichten. Amnestieren, Verdrängen, Bestrafen, Stuttgart 2017.
Jordan, Ulrike: Die Remigration von Juristen und der Aufbau der Justiz in der britischen und amerikanischen Besatzungszone, in: Krohn, C.-D./ u. a. (Hrsg.): Rückkehr und Aufbau nach 1945. Deutsche Remigranten im öffentlichen Leben Nachkriegsdeutschlands, Marburg 1997, S. 305–320.
Silbernes **Jubiläum** des Bundesgerichtshofes, in: *BNN*, 27. September 1975.
Justitia ist auch eine Frau, in: *StNN*, 27. März 1965.
Justizministerium NRW (Hrsg.): Verbrechen gegen die Menschlichkeit. Der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone, Recklinghausen 2011 (Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen, Bd. 19).
Kaltenegger, Roland: Titos Kriegsgefangene. Folterlager, Hungermärsche und Schauprozesse, Graz, Stuttgart 2001.
„Sechs **Kandidaten** in engerer Wahl". Wer wird Präsident des Bundesverfassungsgerichts?, in: *StN*, 28. Oktober 1958.
„**Karlsruhe** als Sitz des Obersten Bundesgerichts." Eine Denkschrift der Stadtverwaltung an Bundestagsabgeordnete und andere maßgebende Stellen, in: Amtsblatt für den Stadtkreis Karlsruhe Nr. 9, 2, März 1950, S. 34.
Karlsruhe schweigt zum Fall Geiger, in: *Saarbrücker Zeitung*, 19. Juli 1966.
Kasper-Holtkotte, Cilli: Deutschland in Ägypten. Orientalische Netzwerke, Judenverfolgung und das Leben der Frankfurter Jüdin Mimi Borchardt, Oldenburg 2017.
Kauffmann, Peter: Zur Konstruktion des Richterberufs durch Richterleitbilder. Eine empirische Untersuchung, Frankfurt/M. 2003 (Europäische Hochschulschriften Reihe II, Bd. 3734).
Kaul, Friedrich Karl: Die Vergangenheit des Senatspräsidenten Baldus. Eine Dokumentation, in: *Horizont* 16 (1971), S. 28 f.
Kaul, Friedrich Karl: Geschichte des Reichsgerichts, Bd. 4, Berlin 1971.
Kern, Bernd Rüdiger/ **Schmidt-Recla**, Adrian (Hrsg.): 125 Jahre Reichsgericht, Leipzig 2004.
Kern, Bernd Rüdiger/ **Schroeder**, Klaus-Peter (Hrsg.): Eduard von Simson (1810–1899). „Chorführer der Deutschen" und erster Präsident des Reichsgerichts, Baden-Baden 2001.
Keßler, Heinrich: 25 Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1975), S. 294–314.
Kienitz, Sabine: „Fleischgewordenes Elend". Kriegsinvalidität und Körperbilder als Teil einer Erfahrungsgeschichte des Ersten Weltkrieges, in: Buschmann, N./ u. a. (Hrsg.): Die Erfahrung des Krieges. Erfahrungsgeschichtliche Perspektiven von der Französischen Revolution bis zum Zweiten Weltkrieg, Paderborn u. a. 2001 (Krieg in der Geschichte, Bd. 9), S. 215–237.
Kießling, Friedrich/ **Safferling**, Christoph: Staatsschutz im Kalten Krieg. Die Bundesanwaltschaft zwischen NS-Vergangenheit, Spiegel-Affäre und RAF, München 2021.
Kirchhof: Drei Jahre Juristische Studiengesellschaft beim BGH, in: *NJW* (1955), S. 293.
Kirchner, Hildebert: Aufbau der Bibliothek des Bundesgerichtshofes, in: Koppitz, H.-J. (Hrsg.): Die Neugründung wissenschaftlicher Bibliotheken in der Bundesrepublik Deutschland, München u. a. 1990 (Beiträge zur Bibliothekstheorie und Bibliotheksgeschichte, Bd. 5), S. 67–80.
Kirchner, Hildebert: Bestandsaufbau bei der Bibliothek des Bundesgerichtshofs – verglichen mit der des Reichsgerichts, in: Fischer, D./ u. a. (Hrsg.): Hildebert Kirchner, Gesammelte Schriften, Karlsruhe 2010, S. 175–192.

Kirchner, Hildebert: Bundesgrichtshöfische Nebenstunden, in: Fischer, D./ u. a. (Hrsg.): Hildebert Kirchner, Gesammelte Schriften. Beiträge zur Rechts- und juristischen Zeitgeschichte, Karlsruhe 2010, S. 113–138.

Kirchner, Hildebert: Die Eduard von Simson-Feier am 10. November 1985 in Karlsruhe, in: Fischer, D./ u. a. (Hrsg.): Hildebert Kirchner, Gesammelte Schriften, Karlsruhe 2010, S. 153–156.

Kirchner, Hildebert: Eduard von Simson, ein großer Parlamentarier und Richter. Reden und Aufsätze zu seinem Gedenken, Karlsruhe 1985 (Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe, Bd. 3).

Kirchner, Hildebert: Nochmals: Bundesgerichtshöfische Nebenstunden, in: Falk, U./ u. a. (Hrsg.): Rechtshistorische und andere Rundgänge. Festschrift für Detlev Fischer, Karlsruhe 2018, S. 289–296.

Kißener, Michael: Die „Jahrhundertreform". Die Reformierung der ordentlichen deutschen Gerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, in: *Historisches Jahrbuch* 128 (2008), S. 97–111.

Kißener, Michael: Für das Recht. Die Karlsruher Widerstandsgruppe um Reinhold Frank, in: Lill, R./ u. a. (Hrsg.): 20. Juli 1944 in Baden und Württemberg, Konstanz 1994 (Portraits des Widerstands, Bd. 3), S. 19–59.

Kißener, Michael: Kontinuität oder Wandel? Die erste Professorengeneration der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, in: Kißener, M./ u. a. (Hrsg.): Ut omnes unum sint (Teil 1), Stuttgart 2005 (Beiträge zur Geschichte der Universität Mainz N. F., Bd. 2), S. 97–123.

Kißener, Michael: Willi Graf. Von der Prägung eines widerständigen Katholiken (1933–1939), in: Kißener, M./ u. a. (Hrsg.): „Weitertragen". Studien zur „Weißen Rose". Festschrift für Anneliese Knoop-Graf zum 80. Geburtstag, Konstanz 2001, S. 11–24.

Kißener, Michael: Zwischen Diktatur und Demokratie. Badische Richter 1919–1952, Konstanz 2003 (Karlsruher Beiträge zur Geschichte des Nationalsozialismus, Bd. 7).

Kißener, Michael/ **Roth**, Andreas: Notare in der nationalsozialistischen „Volksgemeinschaft". Das westfälisches Anwaltsnotariat 1993–1945, Baden-Baden 2017.

Kißener, Michael/ **Roth**, Andreas/ **Kalogorias**, Vaios/ **Martin**, Philipp: Das rheinische Nurnotariat im Nationalsozialismus, Baden-Baden 2023.

Kistner, Albert (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950.

Kistner, Albert: Karlsruhe, die Stadt des Bundesgerichtshofes, in: Kistner, A. (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950, S. 109–116.

Klaas, Christoph: Die Eiche. Erinnerungen an Gerd Pfeiffer, in: Falk, U./ u. a. (Hrsg.): Rechtshistorische und andere Rundgänge. Festschrift für Detlev Fischer, Karlsruhe 2018, S. 297–304.

Klausch, Hans-Peter: Hermann Bode (1911–1944). Ein Braunschweiger Stadtverordneter im Kampf gegen Faschismus und Krieg, Berlin 1999.

Klee, Ernst: Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945, 2. Auflage, Frankfurt/M. 2003.

Kleinewerfers, Herbert: Besichtigungsfahrt der Deutschen Bundesbahn für Mitglieder des Bundesgerichtshofes, in: *NJW* (1953), S. 1701 f.

Koch, Arnd/ **Veh**, Herbert (Hrsg.): Vor 70 Jahren – Stunde Null für die Justiz? Die Augsburger Justiz und das NS-Unrecht, Baden-Baden 2017 (Augsburger Rechtsstudien, Bd. 84).

Kocka, Jürgen: Zivilgesellschaft in historischer Perspektive, in: *Forschungsjournal Soziale Bewegungen*, 1. Juni 2016, S. 29–44.

Köckritz, Moritz von: Die deutschen Oberlandesgerichtspräsidenten im Nationalsozialismus (1933–1945), Frankfurt/M. u. a. 2011 (Rechtshistorische Reihe, Bd. 413).

Koffka, Else: Ist § 50 Abs. 2 StGB n. F. auf den Gehilfen anwendbar, wenn der Haupttäter aus dem Gehilfen bekannten niedrigen Beweggründen tötete, die beim Gehilfen fehlen?, in: *JR* (1969), S. 41 f.

Koffka, Else: Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung über die „Gleichberechtigung von Mann und Frau", in: *JR* (1953), S. 3 f.

Koffka, Else: Zur Reform des Abtreibungsrechts, in: Lüttger, H. (Hrsg.): Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag am 1. Januar 1972, Berlin 1972, S. 343–357.

Kohleiss, Annelies: Frauen in und vor der Justiz. Der lange Weg zu den Berufen der Rechtspflege, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft N. F.* 3 (1988), S. 115–127.

Kohlhaas, Max: Claus Seibert †, in: *NJW* (1977), S. 796.

Kolbe, Dieter: Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege, Karlsruhe 1975 (Studien und Quellen zur Geschichte des deutschen Verfassungsrechts, Bd. A 4).

Kölmel, Karl: Zwei Monate Bauzeit am Karlsruher Bundesgerichtshof, in: Kistner, A. (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950, S. 155–163.

Kopf will Beyers Brief Justizminister Dehler übergeben, in: *Die neueste Zeitung*, 23. Januar 1953.

Koppel, Wolfgang: Justiz im Zwielicht, Karlsruhe 1963.

Krach in Karlsruhe. Warum wurde der Bundesrichter Weber nicht befördert?, in: *DIE ZEIT*, 21. Januar 1966.

Krach, Tillmann: Ein Mainzer Richter als Romanfigur. Wer war Richter Kornitzer?, in: *JoJZG* (2013), S. 76–79.

Kramer, Helmut: Entlastung als System. Zur strafrechtlichen Aufarbeitung der Justiz- und Verwaltungsverbrechen des Dritten Reiches, in: Bennhold, M. (Hrsg.): Spuren des Unrechts. Recht und Nationalsozialismus. Beiträge zur historischen Kontinuität, Köln 1989, S. 101–130.

Kramer, Helmut: Karrieren und Selbstrechtfertigungen ehemaliger Wehrmachtsjuristen nach 1945, in: Wette, W. (Hrsg.): Filbinger – eine deutsche Karriere, Springe 2006, S. 99–122.

Kramer, Helmut: Was ist ein „guter Richter"?, in: *Betrifft Justiz*, Juni 2001, S. 68–70.

Kramer, Helmut: Willi Geiger: Vom Antisemiten und Staatsanwalt am NS-Sondergericht zum Richter am Bundesverfassungsgericht, in: Proske, W. (Hrsg.): Täter, Helfer, Trittbrettfahrer. NS-Belastete aus Nordbaden und Nordschwarzwald, Bd. 7, Gerstetten 2017, S. 85–123.

Krechel, Ursula: Landgericht. Roman. Salzburg 2012.

Kregel, Wilhelm: Sportpolitik in der Sicht des Deutschen Sportbundes, in: *Tutzinger Studien. Texte und Dokumente zur politischen Bildung* 1 (1974), S. 57–66.

Krise in der Staatskanzlei, in: *DIE WELT*, 22. Januar 1953.

Krohn, Manfred: Die deutsche Justiz im Urteil der Nationalsozialisten 1920–1933, Frankfurt/M. 1991 (Rechtshistorische Reihe Bd. 81).

Kroll, F.-L.: Merkatz, Hans-Joachim von, in: *NDB*, Bd. 17, 1994, S. 142–143.

Krüger-Nieland, Gerda: Hermann Weinkauff †, in: *NJW* (1981), S. 2235 f.

Krüger-Nieland, Gerda: Richtermacht – Richterlast, in: Erdmann, W./ u. a. (Hrsg.): Festschrift für Otto Friedrich Frhr. v. Gamm, Köln u. a. 1990, S. 1–5.

Krümpelmann, Justus: Dietrich Lang-Hinrichsen zum Gedächtnis, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 88 (1976), S. 1–5.

Kübler, Friedrich Karl: Der deutsche Richter und das demokratische Gesetz, in: *AcP* (1963), S. 104–128.

Kuller, Christiane: Oswald von Nell-Breuning. Ein Jesuit im Visier der NS-Devisenfahnder, in: Bauer, T./ u. a. (Hrsg.): Gesichter der Zeitgeschichte. Deutsche Lebensläufe im 20. Jahrhundert, München 2009, S. 23–39.

Kunze, Rolf-Ulrich: Das Evangelische Hilfswerk für Internierte und Kriegsgefangene 1945–1955/56, in: *Zeitschrift für Bayerische Kirchengeschichte* 65 (1996), S. 32–84.

Kurtz, Thorsten: Das Oberste Rückerstattungsgericht in Herford. Eine Untersuchung zu Vorgeschichte, Errichtung und Einrichtung eines internationalen Revisionsgerichts in Deutschland, Berlin 2014 (Juristische Zeitgeschichte Abt. 1, Bd. 23).

Lahusen, Benjamin: „Der Dienstbetrieb ist nicht gestört". Die Deutschen und ihre Justiz 1943–1948, München 2022.

Lang-Hinrichsen, Dietrich: Das brasilianische Strafgesetzbuch vom 7. Dezember 1940, Berlin/Boston 2017.

Lang-Hinrichsen, Dietrich: Zur Frage der Todesstrafe, in: *JR* (1961), S. 321–326.

Lang, Hubert: Zwischen allen Stühlen. Juristen jüdischer Herkunft in Leipzig (1848–1953), Kaufering 2014.

Lamprecht, Rolf: Der unrühmliche Start des Bundesgerichtshofs, in: *NJW* (2015), S. 2941–2944.
Landwehr, Achim: Von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen, in: *HZ* 295 (2012), S. 1–34.
Die **Langmut** der deutschen Richterschaft ist zu Ende, in: *SZ*, 19. Juli 1966.
Lautmann, Rüdiger: Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, Frankfurt/M. 1972.
Le Bouëdec, Nathalie: L'impossible relation de confiance? La justice ouest-allemande face aux médias (1945–1963), Habilitationsschrift, Paris 2020.
Lehnert, Detlef: „Ungleichzeitigkeit des Gleichzeitigen". Dynamiken und Paradoxien von „Generationen", in: *INDES-Zeitschrift für Politik und Gesellschaft*, Sonderheft (2016), S. 12–20.
Lein, Albrecht: Braunschweiger Justiz im Nationalsozialismus: Zwischen Anpassung und ‚innerer Emigration', in: Kramer, H. (Hrsg.): Braunschweig unterm Hakenkreuz, Braunschweig 1981, S. 61–78.
Leonhard, Jörn: Historik der Ungleichzeitigkeit. Zur Temporalisierung historischer Erfahrung im Europa des 19. Jahrhunderts, in: *JMEH* 7 (2009), S. 145–167.
Leßau, Hanne: Entnazifizierungsgeschichten. Die Auseinandersetzung mit der eigenen NS-Vergangenheit in der frühen Nachkriegszeit, 2. Auflage, Göttingen 2021.
Lill, Rudolf: Josef Wirmer, in: Lill, R. / u. a. (Hrsg.): 20. Juli – Portraits des Widerstands, München 1989, S. 335–347.
Lill, Rudolf/ **Kißener**, Michael (Hrsg.): 20. Juli 1944 in Baden und Württemberg, Konstanz 1994 (Portraits des Widerstands, Bd. 3).
Limperg, Bettina: Die langen Schatten der „ersten" und der „zweiten" Schuld. Vom doppelten Justizunrecht und den (zu) späten Aufklärungsbemühungen des Bundesgerichtshofs, in: Nettersheim, G. J./ u. a. (Hrsg.): Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit. Bewertungen und Perspektiven, Göttingen 2021 (Die Rosenburg, Bd. 3), S. 159–166.
Limperg, Bettina/ **Kißener**, Michael/ **Roth**, Andreas (Hrsg.): Entsorgung der Vergangenheit? Die Gedenktafel zur Erinnerung an 34 Reichsgerichtsräte und Reichsanwälte im Bundesgerichtshof, Baden-Baden 2023.
Lobe, Adolf: Die äußere Geschichte des Reichsgerichts, in: Lobe, A. (Hrsg.): Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, Berlin u. a. 1929, S. 1–19.
Loewenstein, Karl: Justice, in: Litchfield, V. E. H. (Hrsg.): Governing Postwar Germany, Ithaca, New York 1953, S. 236-262.
Loewenheim, Hans: Probleme der Ausbildung des juristischen Nachwuchses, in: *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht* 112 (1949), S. 125–171.
Lokaltermin im Polizeipräsidium, in: *SZ*, 14. November 1962.
Lölke, Janna/ **Staats**, Martina (Hrsg.): richten – strafen – erinnern. Nationalsozialistische Justizverbrechen und ihre Nachwirkungen in der Bundesrepublik, Göttingen 2021 (Schriftenreihe der Gedenkstätte in der JVA Wolfenbüttel, Bd. 3).
Longerich, Peter: Die braunen Bataillone. Geschichte der SA, München 1989.
Loose, Ingo: Kredite für NS-Verbrechen. Die deutschen Kreditinstitute in Polen und die Ausraubung der polnischen und jüdischen Bevölkerung 1939–1945, München 2007 (Studien zur Zeitgeschichte, Bd. 75).
Lübbe, Hermann: Der Nationalsozialismus im deutschen Nachkriegsbewußtsein, in: *HZ* 236 (1983), S. 579–599.
Lübke: Diesen Mann mache ich nicht zum Richter! Bundespräsident verweigert Unterschrift, in: *Bild*, 19. Januar 1965.
Lübke verweigert die Ernennung eines Bundesrichters, in: *FAZ*, 20. Januar 1965.
Lück, Heiner: Ausgewählte rechtsikonographische Ensembles im Interieur des Reichsgerichtsgebäudes, in: Limperg, B./ u. a. (Hrsg.): Symposion 120 Jahre Reichsgerichtsgebäude, München 2016, S. 219–240.
Lutter, Marcus: Walter Stimpel zum 65. Geburtstag, in: *ZIP-Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (1982), S. 1265 f.
Maas, Heiko: Furchtlose Juristen. Richter und Staatsanwälte gegen das NS-Unrecht, München 2017.

Maassen, Hermann/ **Hucko**, Elmar: Thomas Dehler, der erste Bundesminister der Justiz, Köln 1977.
Manthe, Barbara: Richter in der nationalsozialistischen Kriegsgesellschaft, Tübingen 2013 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 75).
Marquardt, Regine: Das Ja zur Politik. Frauen im Deutschen Bundestag (1949–1961). Ausgewählte Biographien, Opladen 1999.
Martin, Ludwig: Die Urteilsgründe, in: *DRiZ* (1960), S. 364 f.
34 **Märtyrer** des Rechts, in: *BVZ*, 25. Oktober 1957.
Materna, Markus: Richter der eigenen Sache. Die „Selbstexkulpation" der Justiz nach 1945, dargestellt am Beispiel der Todesurteile bayerischer Sondergerichte, Baden-Baden 2021.
Meinen, Insa: Die Shoah in Belgien, Darmstadt 2009 (Veröffentlichungen der Forschungsstelle Ludwigsburg der Universität Stuttgart, Bd. 15).
Menk, Gerhard: Erwin Stein – Mitgestalter des neuen Bundeslandes Hessen, Wiesbaden 2003 (Blickpunkt Hessen, Bd. 1).
Mensing, Hans Peter (Berab.): Adenauer. Briefe 1949–1951, Berlin 1985 (Adenauer. Rhöndorfer Ausgabe).
Mentel, Christian/ **Weise**, Niels: Die zentralen deutschen Behörden und der Nationalsozialismus. Stand und Perspektiven der Forschung, München/Potsdam 2016.
Messerschmidt, Manfred: Das neue Gesicht des Militarismus in der Zeit des Nationalsozialismus, in: Wette, W. (Hrsg.): Schule der Gewalt. Militarismus in Deutschland 1871 bis 1945, Berlin 2005, S. 265–279.
Messerschmidt, Manfred: Die Wehrmachtsjustiz 1933–1945, Paderborn u. a. 2005.
Messerschmidt, Manfred/ **Wüllner**, Fritz: Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, Baden-Baden 1987.
Ungewöhnliche **Methoden**, in: *BNN*, 2. März 1957.
Meusch, Matthias: Die Frankfurter „Euthanasie"-Prozesse 1946–1948. Zum Versuch einer umfassenden Aufarbeitung der NS-„Euthanasie", in: *Hessisches Jahrbuch für Landesgeschichte* 47 (1997), S. 253–286.
Meuschel, Hans: Dem Bundesgerichtshof zum zehnjährigen Bestehen, in: *DRiZ* (1960), S. 301.
Fünf **Millionen** Mark für den Bundesgerichtshof, in: *NWZ*, 2. Mai 1958.
Minninger, Monika: Bankier Schröder finanziert Spruchgericht. Zur Geschichte einer lange vergessenen Institution, in: *Ravensberger Blätter* 2 (1995), S. 43–55.
Miosge, Dieter: Leipziger Reichsrichter jüdischer Herkunft, Karlsruhe 2024 (Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe, Bd. 41).
Miquel, Marc von: Ahnden oder amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren, Göttingen 2004 (Beiträge zur Geschichte des 20. Jahrhunderts, Bd.1).
Mißmut im Bundesverfassungsgericht, in: *StZ*, 9. Dezember 1960.
Model, Otto (Begr.)/ **Creifelds**, Carl (Fortf.) (Hrsg.): Staatsbürgertaschenbuch, München 1957.
Möhler, Rainer: Entnazifizierung in Rheinland-Pfalz und im Saarland unter französischer Besatzung von 1945 bis 1952, Mainz 1992 (Veröffentlichungen der Kommission des Landtages für die Geschichte des Landes Rheinland-Pfalz, Bd. 17).
Moraw, Peter: Kleine Geschichte der Universität Gießen von den Anfängen bis zur Gegenwart, 2. Auflage, Gießen 1990.
Mörder decken ihre Komplicen, in: *Neues Deutschland*, 1. November 1958.
Morsey, Rudolf: Heinrich Lübke. Eine politische Biographie, Paderborn 1996.
Mösl, Albert: Der Kommentar, in: *DRiZ* (1966), S. 402.
Müller, Hans-Erhard/ **Henne**, Thomas: Bruno Heusinger (1900–1987), Richter, in: Rückert, J./ u. a. (Hrsg.): Niedersächsische Juristen. Ein biographisches Lexikon, Göttingen 2003, S. 293–301.
Müller, Ingo: Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, München 1987.
Müller, Kai: Der Hüter des Rechts. Die Stellung des Reichsgerichts im Deutschen Kaiserreich, Baden-Baden 1997 (Hannoversches Forum der Rechtswissenschaften, Bd. 4).
Müller, Steffen-Peter: Das Reichsgericht in Leipzig – Justiz und Architektur zur Zeit Historismus, in: Limperg, B./ u. a. (Hrsg.): Symposion 120 Jahre Reichsgerichtsgebäude, München 2016, S. 45–62.

Müller, Steffen-Peter: Die Innenarchitektur des Reichsgerichts – Justitia im Zeichen von Pallas Athene und Reichsadler, in: Oehme, U. (Hrsg.): Das Reichsgericht, Leipzig 1995, S. 75–101.

Münkel, Daniela: Die Medienpolitik von Konrad Adenauer und Willy Brandt, in: *Archiv für Sozialgeschichte* 41 (2001), S. 297–316.

Nagel, Anne Christine: Ein Mensch und zwei Leben: Erwin Stein (1903–1992), Köln u. a. 2019.

Nagel, Anne Christine (Hrsg.): Die Philipps-Universität Marburg im Nationalsozialismus, Stuttgart 2000.

Statt **Nazi** jetzt Gewerkschaftsfeind. Freiheitssender 904 entlarvt Jagusch-Nachfolger Rotberg, in: *Neues Deutschland*, 29. Dezember 1962.

Nazirichter wieder am Werk, in: *Der Morgen*, 1. Juni 1958.

Bonner **Nazis** in Westberlin, in: *Neues Deutschland*, 24. April 1968.

Nentwig, Teresa: Hinrich Wilhelm Kopf (1893–1961). Ein konservativer Sozialdemokrat, Hannover 2013 (Veröffentlichungen der Historischen Kommission für Niedersachsen und Bremen, Bd. 272).

Nettersheim, Gerd J./ **Kiesel**, Doron (Hrsg.): Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit. Bewertungen und Perspektiven, Göttingen 2021 (Die Rosenburg, Bd. 3).

Neumann, Sigmund: Die Parteien der Weimarer Republik, 5. Auflage, Stuttgart 1986.

Neumark, Fritz: Paul Mombert, in: Gundel, H. G./ u. a. (Hrsg.): Gießener Gelehrte in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts, 2. Teil, Marburg 1982, S. 672–680.

Neumayer, Fritz: Begrüßung, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): 75 Jahre Reichsjustizgesetze. Ansprachen aus Anlaß der 75. Wiederkehr des Tages des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze und der Errichtung des Reichsgerichts, Bonn 1954, S. 5–11.

Niclauß, Karlheinz: Der Weg zum Grundgesetz. Demokratiegründung in Westdeutschland 1945–1949, Paderborn 1998.

Niermann, Hans-Eckhard: Zwischen Unbehagen und Verdrängung. Die Reaktionen von Richterschaft und Justizverwaltung des Oberlandesgerichtsbezirks Hamm auf die „Braunbuch-Kampagne" der DDR 1957 bis 1968, in: Requate, J. (Hrsg.): Recht und Justiz im gesellschaftlichen Aufbruch (1960–1975), Baden-Baden 2003 (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat, Bd. 28), S. 103–129.

Niethammer, Lutz: Die Mitläuferfabrik. Entnazifizierung am Beispiel Bayerns, 2. Auflage, Berlin 1982.

Nörr, Siegmund: Der künftige Aufbau des Jugendstrafvollzugs, in: Freisler, R. (Hrsg.): Gedanken über Strafvollzug an jungen Gefangenen, Berlin 1936 (Beiträge zur Rechtserneuerung, H.1), S. 93–103.

Odersky, Walter: Prof. Dr. Gerd Pfeiffer zum 75. Geburtstag, in: *NJW* (1994), S. 3337 f.

Odersky, Walter: 40 Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1990), S. 365–366.

Oehme, Ursula (Hrsg.): Das Reichsgericht, Leipzig 2018.

Öfzirat, Sirin/ **Strobel**, Peter (Hrsg.): Unrecht durch Rechtsprechung. Die Entscheidungen des NS-Sondergerichts beim Landgericht Saarbrücken in den Jahren 1936 bis 1945, Saarbrücken 2022.

Ogorek, Regina: Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt/M. 1986 (Rechtsprechung. Materialien und Studien, Bd. 1).

Ohe, Axel von der: Das Gesellschaftsbild des Bundesgerichtshofs. Die Rechtsprechung des BGH und die frühe Bundesrepublik, Frankfurt/M. u. a. 2011.

Ohlenroth, Juliane: Der Oberste Gerichtshof für die Britische Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht, Tübingen 2020 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 112).

Oldenhage, Klaus: Mutiger Einsatz für das Recht im Jahre 1942. Zwei Lageberichte des Bamberger Oberlandesgerichtspräsidenten Dr. Ernst Dürig, in: *Archivalische Zeitschrift* 88 (2006), S. 689–708.

Opfer und Märtyrer des Unrechts. Eine Gedenktafel wurde am Bundesgerichtshof enthüllt, in: *BNN*, 25. Oktober 1957.

Erzbischöfliches **Ordinariat** zu Freispruch Dr. Dohrns, in: *SZ*, 30. Oktober 1964.

13-jähriger nach **Ostberlin** entlaufen, in: *BNN*, 28. Januar 1957.

Pannier, D. (Hrsg.): Ansprachen zum Präsidentenwechsel beim Bundesgerichtshof, 5. Januar 1988, Karlsruhe 1988 (Kleine rechtsgeschichtliche Schriften, H. 5).

Paul, Gerhard: „Herr K. ist nur Politiker und als solcher aus Amerika zurückgekommen." Die gelungene Remigration des Dr. Rudolf Katz, in: Paul, G./ u. a. (Hrsg.): Menora und Hakenkreuz. Zur Geschichte der Juden in und aus Schleswig-Holstein, Lübeck und Altona 1918–1998, Neumünster 1998, S. 699–711.

Pauli, Gerhard: Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, Berlin u. a. 1992.

Pauli, Gerhard: Volksgerichtshof und Bundesgerichtshof, in: Pauli, G./ u. a. (Hrsg.): Justiz und Nationalsozialismus – Kontinuität und Diskontinuität, Berlin 2003 (Juristische Zeitgeschichte, Bd. 14).

Pauli, Gerhard/ **Vormbaum**, Thomas: Justiz und Nationalsozialismus – Kontinuität und Diskontinuität, Berlin 2003 (Juristische Zeitgeschichte Abteilung 2, Bd. 14).

Perels, Joachim: Das juristische Erbe des Dritten Reiches. Beschädigungen der demokratischen Rechtsordnung, Frankfurt/M. 1999.

Einer für seine **Person**, in: *Der Spiegel* Nr. 32 (1952).

Zur **Person**: Robert Fischer, in: *StN*, 14. März 1968.

Personalien, in: Geiß, K./ u. a. (Hrsg.): Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln u. a. 2000, S. 787–813.

Personalpolitik hart untersucht, in: *Bremer Nachrichten*, 9. Dezember 1954.

Peters, Kirsten: L'influence de l'administration militaire allemande sur les changements de personnel au sein de la magistrature belge (1940–1944), in: Heirbaut, D./ u. a. (Hrsg.): Histoire du droit et de la justice / Justitie – en rechts- geschiedenis: Une nouvelle génération de recherches / Een nieuwe onderzoeksgeneratie, Louvain 2010, S. 61–76.

Petersen, Georg: Die Tradition des Reichsgerichts, in: Kistner, A. (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950, S. 25–37.

Petersen, Peter: Die Richter des Bundesgerichtshofes, in: *DRiZ* (1960), S. 361–364.

Pfeiffer, Gerd: Ansprache, in: Ansprachen zur Verabschiedung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Dr. h. c. Robert Fischer und zur Amtseinführung des Präsidenten des Bundesgerichtshofes Dr. Gerd Pfeiffer am 30. September 1977, Heidelberg 1977, S. 41–48.

Pfeiffer, Gerd: Das Reichsgericht und seine Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1979), S. 325–332.

Pfeiffer, Gerd: Die innere Unabhängigkeit des Richters, in: Fürst, W./ u. a. (Hrsg.): Festschrift für Wolfgang Zeidler, Bd. 1, Berlin u. a. 1987, S. 67–79.

Pfeiffer, Gerd: Karlsruhe auf dem Weg zur Residenz des Rechts, Karlsruhe 1990 (Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums, Bd. 7).

Pfeiffer, Gerd: Richter in heutiger Zeit, in: *DRiZ* (1979), S. 229–233.

Pieper, Karl-Heinz: Die Präsidenten des BGH, Karlsruhe 2018.

Pieper, Karl-Heinz: Palais im Park. Vom Erbgroßherzoglichen Palais zum Bundesgerichtshof Karlsruhe, Heidelberg 1999 (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Schriftenreihe, Bd. 240).

Pinder, Wilhelm: Das Problem der Generation in der Kunstgeschichte Europas, Leipzig 1928.

Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 43. Sitzung, 1. März 1950.

Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 92. Sitzung, 18. Oktober 1950.

Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 131. Sitzuung, 6. April 1951.

Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 133. Sitzung, 11. April 1951.

Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 246. Sitzung, 22. Januar 1953.

Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, 257. Sitzung, 25. März 1953.

Plenarprotokolle des Deutschen Bundestages, IV. Wahlperiode, 170. Sitzung, 10. März 1965.

Podewin, Norbert: Albert Norden. Der Rabbinersohn im Politbüro, Berlin 2001.

Polizist traf Richter nicht, in: *Bild*, 14. November 1962.

Zwei **Polizisten** auf der Anklagebank, in: *SZ*, 6. November 1962.

Pöpken, Christian: Vergangenheitspolitik durch Strafrecht. Der Oberste Gerichtshof der Britischen Zone und die Ahndung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Baden-Baden 2021 (Historische Grundlagen der Moderne, Bd. 19).

Posser, Diether: Anwalt im Kalten Krieg. Ein Stück deutscher Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, München 1991.

Präsidentenwechsel beim Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1968), S. 157–160.

Präsidentenwechsel beim Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1988), S. 81–86.

Präsidentin des Bundesgerichtshofes/ Zentralrat Deutscher Sinti und Roma (Hrsg.): Doppeltes Unrecht – eine späte Entschuldigung. Gemeinsames Symposium des Bundesgerichtshofs und des Zentralrats Deutscher Sinti und Roma zu den Urteilen vom 7. Januar 1956. Vorträge gehalten am 17. Februar 2016 im Foyer der Bibliothek des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe, Eggenstein 2016.

Pritsch, Erich: Das italienische Jugendgerichtsgesetz vom 20. Juli 1934 mit Erläuterungen und einem geschichtlichen Überblick über das italienische Jugendstrafrecht, Berlin u. a. 1935 (Sammlung außerdeutscher Strafgesetzbücher, Bd. LI).

Pritsch, Erich/ **Mitzschke**, Gustav: Verordnung zur Sicherung der Landbewirtschaftung vom 23. März 1937 und Durchführungsverordnung vom 22. April 1937, Berlin 1937.

Pritsch, Erich/ **Rexroth**, Ernst Ludwig: Mietrecht der Gegenwart. Handbuch der einschlägigen Gesetzgebung mit Erläuterungen, 2. Auflage, Berlin 1939.

Dänischer **Protest** gegen Kanter, in: *FAZ*, 22. Oktober 1958.

Raberg, Frank: Normann, Hellmut August Alexander von, in: Ottnad, B./ u. a. (Hrsg.): Baden-Württembergische Biographien, Bd. 3, Stuttgart 2002, S. 290–291.

Rahden, Till van: Im Herbst der Patriarchen. Demokratie und Männlichkeit in der frühen Bundesrepublik, in: *Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte* 69 (2021), S. 689–699.

Raim, Edith: Justiz zwischen Diktatur und Demokratie. Wiederaufbau und Ahndung von NS-Verbrechen in Westdeutschland 1945–1949, München 2013 (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Bd. 96).

Rasehorn, Theo: Bundesrichtertradition und Rechtsstaat, in: *Vorgänge* 6 (1975), S. 23 f.

Das **Recht** mit Inhalt füllen. Gespräch mit BGH-Präsident Dr. Robert Fischer, in: *Lutherische Monatshefte* 6 (1975), S. 310–315.

Das rechte **Recht** ist eine Kraft der Erziehung. Der Bundesgerichtshof in Karlsruhe feierlich eröffnet – Vereidigung des Präsidenten und des Oberbundesanwalts, in: *BNN*, 9. Oktober 1950.

Höchste **Rechtsprechung** – demnächst auf Pfählen, in: *SZ*, 2. September 1958.

Unabhängige deutsche **Rechtsprechung**, in: *HAZ*, 9. Oktober 1950.

Reckling, Karola: Nur dem Gesetz und dem Gewissen verpflichtet – zum Wirken des Reichsgerichts, in: Oehme, U. (Hrsg.): Das Reichsgericht, Leipzig 1995, S. 102–115.

Reinhardt, Hans: Das Beratungs- und Abschreibungsproblem im neuen Einkommens- und Körperschaftssteuerrecht, Diss. jur., Heidelberg 1937.

Reinicke, G. und D.: Die Bindung des Richters an veraltete Gesetze, in: *MDR* (1957), S. 193–198.

Reinicke, G. und D.: Die Fortbildung des Rechts durch den Richter, in: *NJW* (1954), S. 1217.

Requate, Jörg: Der Kampf um die Demokratisierung der Justiz. Richter, Politik und Öffentlichkeit in der Bundesrepublik, Frankfurt/M. u. a. 2008 (Campus Historische Studien, Bd. 47).

Requate, Jörg: Die Lebedame und der Querulant. Zu Grenzverschiebungen zwischen Öffentlichem und Privatem in der Gerichtsberichterstattung der 60er Jahre, in: Imhof, K./ u. a. (Hrsg.): Die Veröffentlichung des Privaten – Die Privatisierung des Öffentlichen, Opladen 1998, S. 55–66.

Respekt vor Dr. Kanter. Und doch: der tragische Fall eines Bundesrichters, in: *DIE ZEIT*, 19. September 1958.

Falscher **Richter** als Erpresser, in: *StN*, 9. Mai 1963.

Unabhängige **Richter**, in: *FR*, 9. Oktober 1959.

Der **Richter** ist kein Rechtsautomat, in: *DIE ZEIT*, 13. Februar 1959.

Unsere konservativen **Richter**. Justiz zwischen Tradition und Reform, in: *DIE ZEIT*, 13. März 1964.

Richter, Walther: Die Richter der Oberlandesgerichte der Bundesrepublik. Eine berufs- und sozialstatistische Analyse, in: *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 5 (1960), S. 241–259.

Richter, Walther: Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, Berlin 1973.

Richter, Walther: Zur soziologischen Struktur der deutschen Richterschaft, Stuttgart 1968.

Richtfest für den Erweiterungsbau des Bundesgerichtshofs, in: *BNN*, 12. November 1952.

Richterwahl im IV. Zivilsenat. Spekulationen über eine liberalere Eherechtsprechung, in: *BNN*, 13. Dezember 1967.

Richterwechsel im IV. Zivilsenat, in: *BNN*, 13. Dezember 1967.

Rogall, Maria: Schellen. Erinnerungen an ein ermländisches Dorf im Kreis Rössel, Schwerte 1998.

Röse, Almut/ **Röse**, Wolf: Helmut Simon – Recht bändigt Gewalt, Berlin 2012.

Rosskopf, Annette: Friedrich Karl Kaul. Anwalt im geteilten Deutschland (1906–1981), Berlin 2002 (Berliner Juristische Universitätsschriften. Grundlagen des Rechts, Bd. 19).

Rotberg, Hans Eberhard: Entpolitisierung der Rechtspflege, in: *Deutsche Rechts-Zeitschrift* (1947), S. 107–110.

Rotberg, Hans Eberhard: Zu einem Richtergesetz, Tübingen 1950 (Beihefte zur Deutschen Rechts- Zeitschrift, Bd. 12).

Roth, Andreas: Beteiligung der 32 Reichsgerichtsräte an der nationalsozialistisch gefärbten Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Limperg, B./ u. a. (Hrsg.): Entsorgung der Vergangenheit? Die Gedenktafel zur Erinnerung an 34 Reichsgerichtsräte und Reichsanwälte im Bundesgerichtshof, Baden-Baden 2023, S. 33–50.

Rottleuthner, Hubert: Die gebrochene Bürgerlichkeit einer Scheinprofession. Zur Situation der deutschen Richterschaft zu Beginn des 20. Jahrhunderts, in: Siegrist, H. (Hrsg.): Bürgerliche Berufe. Zur Sozialgeschichte der freien und akademischen Berufe im internationalen Vergleich, Göttingen 1988 (Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft, Bd. 80), S. 145–173.

Rottleuthner, Hubert: Einführung in die Rechtssoziologie, Darmstadt 1987.

Rottleuthner, Hubert: Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, Berlin 2010.

Ruck, Michael: Korpsgeist und Staatsbewußtsein. Beamte im deutschen Südwesten 1928 bis 1972, München 1996 (Nationalsozialismus und Nachkriegszeit in Südwestdeutschland, Bd. 4).

Rückert, Joachim: Der neue Richter: Weimar und die Folgen, in: *KJ* (1997), S. 429–442.

Rückert, Joachim: Richtertum als Organ des Rechtsgeistes: Die Weimarer Erfüllung einer alten Versuchung, in: Nörr, K. W./ u. a. (Hrsg.): Geisteswissenschaften zwischen Kaiserreich und Republik, Stuttgart 1994, S. 267–313.

Rückert, Joachim/ **Vortmann**, Jürgen (Hrsg.): Niedersächsische Juristen. Ein biographisches Lexikon, Göttingen 2003.

Rudloff, Wilfried/ **Miquel**, Marc von: Das Bundessozialgericht und die Formierung des westdeutschen Staats. Akteure – Rechtsprechung – sozialrechtliche Prägung, München 2024.

Rüping, Hinrich: Justiz und Demokratie nach 1945, in: Hanack, E.-W./ u. a. (Hrsg.): Festschrift für Peter Riess zum 70. Geburtstag, Berlin u. a. 2002, S. 983–999.

Ruscheweyh, Herbert: Der Deutsche Juristentag und die Reichsjustizgesetze von 1879, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): 75 Jahre Reichsjustizgesetze. Ansprachen aus Anlaß der 75. Wiederkehr des Tages des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze und der Errichtung des Reichsgerichts, Bonn 1954, S. 37–43.

Rüther, C. F./ **de Mildt**, D. W. (Hrsg.): Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1999, Bd. XVIII, Amsterdam 1968.

Sabrow, Martin/ **Mentel**, Christian (Hrsg.): Das Auswärtige Amt und seine umstrittene Vergangenheit. Eine deutsche Debatte, Frankfurt/M. 2013.

Salentin, Ursula: Elisabeth Schwarzhaupt – erste Ministerin der Bundesrepublik. Ein demokratischer Lebensweg, Freiburg 1986.

Salger, Hannskarl: Der Bundesgerichtshof der Bundesrepublik Deutschland, Hamburg 1980 (Arbeitshefte der Arbeitsgemeinschaft für Juristisches Bibliotheks- und Dokumentationswesen, Nr. 5).

Sarstedt, Gisela/ **Hamm**, Rainer/ **Köberer**, Wolfgang/ **Michalke**, Regina (Hrsg.): Werner Sarstedt. Rechtsstaat als Aufgabe. Ausgewählte Schriften und Vorträge 1952 bis 1985, Berlin u. a. 1987.

Sarstedt, Werner: Besonderheiten des richterlichen Amtes, in: Sarstedt, G./ u. a. (Hrsg.): Werner Sarstedt. Rechtsstaat als Aufgabe. Ausgewählte Schriften und Vorträge 1952 bis 1985, Berlin u. a. 1987, S. 289–304.

Sarstedt, Werner: Bundesrichter in der heutigen Gesellschaft, in: Sarstedt, G./ u. a. (Hrsg.): Werner Sarstedt. Rechtsstaat als Aufgabe. Ausgewählte Schriften und Vorträge 1952 bis 1985, Berlin u. a. 1987, S. 229–248.

Sarstedt, Werner: Deutsche Justiz und Nationalsozialismus. Warum wir versagt haben, in: *Der Spiegel* Nr. 52 (1968).

Sarstedt, Werner: Durchreise-Verbot, in: *Tsp*, 26. April 1968.

Sarstedt, Werner: Im Paragraphenturm, in: *DRiZ* (1966), S. 337–339.

Sarstedt, Werner: Justiz in der Demokratie, in: Sarstedt, G./ u. a. (Hrsg.): Werner Sarstedt. Rechtsstaat als Aufgabe. Ausgewählte Schriften und Vorträge 1952 bis 1985, Berlin u. a. 1987, S. 44–61.

Sarstedt, Werner: Presse und Justiz, Schlossbleckede 1948 (Recht und Zeit, H. 8).

Sarstedt, Werner: Die Überlastung des Richters, in: *DRiZ* (1957), S. 60 f.

Sarstedt, Werner: Vom Richter zum Anwalt, in: Sarstedt, G./ u. a. (Hrsg.): Werner Sarstedt. Rechtsstaat als Aufgabe. Ausgewählte Schriften und Vorträge 1952 bis 1985, Berlin u. a. 1987, S. 321–332.

Sarstedt, Werner: Von der Höflichkeit des Richters, in: Sarstedt, G./ u. a. (Hrsg.): Werner Sarstedt. Rechtsstaat als Aufgabe. Ausgewählte Schriften und Vorträge 1952 bis 1985, Berlin u. a. 1987, S. 249–251.

Schädler, Sarah: „Justizkrise" und „Justizreform" im Nationalsozialismus, Tübingen 2009 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 61).

Schäfer, D.: Das große Sterben im Reichsgericht, in: *DRiZ* (1957), S. 249–250.

Schäfer, Klaus: Der Prozess gegen Otto John. Ein Beitrag zur Justizgeschichte der frühen Bundesrepublik, Marburg 2009.

Schild, Wolfgang: Rechtliche Symbole an der Fassade des Reichsgerichtsgebäudes, in: Limperg, B./ u. a. (Hrsg.): Symposion 120 Jahre Reichsgerichtsgebäude, München 2016, S. 241–258.

Schildt, Axel: Die Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland bis 1989/90, München 2007 (Enzyklopädie deutscher Geschichte, Bd. 80).

Schillinger, Franz: Bundesgerichtshof in Karlsruhe, in: *Die Bauverwaltung* 11, H. 2 (1962), S. 50–57.

Schlösser, Susanne: Chronik der Stadt Heilbronn 1939–1945, Heilbronn 2004.

Schlüsselübergabe im Bundesgerichtshof. Erweiterungsgebäude zum zehnjährigen Bestehen übernommen – Bundesjustizminister spricht Dank und Anerkennung aus, in: *BNN*, 17. Oktober 1960.

Schlüter, Holger: „...für die Menschlichkeit im Strafmaß bekannt ...". Das Sondergericht Litzmannstadt und sein Vorsitzender Richter, Düsseldorf 2006 (Juristische Zeitgeschichte, Bd. 14).

Schmädeke, Philipp Christoph: Politische Regimewechsel. Grundlagen der Transitionsforschung, Tübingen 2012.

Schmid, Richard: Das Unbehagen an der Justiz, München 1975.

Schmid, Richard: Justiz in der Bundesrepublik, Pfullingen 1967 (Politik in unserer Zeit, Bd. 8).

Schmidt, Eberhard: Gesetz und Richter. Wert und Unwert des Positivismus, Karlsruhe 1952 (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe. Schriftenreihe, H. 1).

Schmidt, Eberhard: Sinn und Bedeutung der Reichsstrafprozeßordnung im Rahmen der am 1. Oktober 1879 in Kraft getretenen Reichsjustizgesetzgebung, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): 75 Jahre Reichsjustizgesetze. Ansprachen aus Anlaß der 75. Wiederkehr des Tages des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze und der Errichtung des Reichsgerichts, Bonn 1954, S. 23–35.

Schmieder, Falko: Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen. Zur Kritik und Aktualität einer Denkfigur, in: *Zeitschrift für kritische Sozialtheorie und Philosophie* 4/1–2 (2017), S. 325–363.

Scholtyseck, Joachim: „Der Mann aus dem Volk". Wilhelm Murr, Gauleiter und Reichsstatthalter in Württemberg-Hohenzollern, in: Kißener, M./ u. a. (Hrsg.): Die Führer der Provinz. NS-Biographien aus Baden und Württemberg, 2. Auflage, Konstanz 1999, S. 477–502.

Schorn, Hubert: Der Richter im Dritten Reich. Geschichte und Dokumente, Frankfurt/M. 1959.

Wer half **Schörner**?, in: *Der Spiegel* Nr. 42 (1957).

Schreiben ohne Antwort, in: *Rheinische Post*, 23. Januar 1953.

Schrenk, Christhard/ **Weckbach**, Hubert/ **Schlösser**, Susanne: Von Helibrunna nach Heilbronn. Eine Stadtgeschichte, Stuttgart 1998.

Schubert, Werner: Quellen zum Deutschen Richtergesetz vom 8.9.1961, T. 1, Berlin 2020 (Rechtshistorische Reihe, Bd. 486).

Schubert, Werner/ **Glöckner**, Hans Peter: Vom Reichsgericht zum Bundesgerichtshof, in: *NJW* (2000), S. 2971–2976.

Schüler, Barbara: „Im Geiste der Gemordeten …": Die „Weiße Rose" und ihre Wirkung in der Nachkriegszeit, Paderborn u. a. 2000.

Schulz, Andreas: Lebenswelt und Kultur des Bürgertums im 19. und 20. Jahrhundert, 2. Auflage, Berlin u. a. 2014 (Enzyklopädie Deutscher Geschichte, Bd. 75).

Schulz, Günther: Wiederaufbau in Deutschland. Die Wohnungsbaupolitik in den Westzonen und der Bundesrepublik von 1945 bis 1957, Düsseldorf 1994 (Forschungen und Quellen zur Zeitgeschichte, Bd. 20).

Schumacher, Albert (Hrsg.): Der Richter. Festgabe für die Teilnehmer des Deutschen Richtertages 1963, überreicht vom Deutschen Richterbund, Köln u. a. 1963.

Schumacher, Martin (Hrsg.): M. d. B. Volksvertretung im Wiederaufbau 1946–1961. Bundestagskandidaten und Mitglieder der westzonalen Vorparlamente. Eine biographische Dokumentation, Düsseldorf 2000.

Schuster, Bruno: Ein Richterleben in schwerer Zeit, Berlin 2017.

Schwarzhaupt, Elisabeth: Lebensbericht, in: Deutscher Bundestag (Hrsg.): Abgeordnete des Deutschen Bundestages. Aufzeichnungen und Erinnerungen, Bd. 2, Boppard 1983.

Schweling, Otto Peter/ **Schwinge**, Erich: Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, Marburg 1977.

SDAJ-Gruppe: „Franz Raab", Zum Gedenken an die Opfer der Penzberger Mordnacht vom 28. April 1945, Penzberg o. J.

Seibert, Claus: Der Streit mit dem Richter, in: *JZ* (1961), S. 155 f.

Seibert, Claus: Gedanken zur richterlichen Objektivität, in: *DRiZ* (1951), S. 209.

Seibert, Claus: Noblesse de la Robe, in: *DRiZ* (1970), S. 21.

Seibert, Claus: Oberlandesgerichte und Bundesgerichtshof, in: *JR* (1950), S. 740 f.

Selbstmord eines Bundesrichters, in: *BNN*, 30. November 1971.

Senatspräsidentin Dr. Gerda Krüger-Nieland, in: *BNN*, 24. Februar 1965.

Erste **Senatspräsidentin** im Bundesgerichtshof, in: *RNZ*, 24. Februar 1965.

Senatspräsident Moericke gestorben, in: *BNN*, 16. Januar 1961.

Senese, Salvatore: Unabhängigkeit der Justiz und gesellschaftliche Veränderung, in: *KJ* (1984), S. 77–84.

Séville, Astrid: Demokratieskepsis und Institutionentheorie. Helmut Schelsky auf der Suche nach Stabilität und Sachlichkeit in der Bonner Republik, in: Höntsch, A./ u. a. (Hrsg.): Provisorische Ewigkeit. Staatstheoretische Reflexionen der frühen Bundesrepublik, Baden-Baden 2022 (Staatsverständnisse, Bd. 162), S. 231–249.

Simon, Helmut: Evangelische Verantwortung in einer demokratisch verfaßten Gesellschaft, in: Härle, W. (Hrsg.): Kirche und Gesellschaft. Analysen – Reflexionen – Perspektiven, Stuttgart 1989, S. 123–134.

Simon, Helmut: Freiheitliche Verfassung und Demonstrationsrecht, Berlin 1969 (Berliner Reden, Bd. 17).

Simon, Helmut: Katholisierung des Rechtes? Zum Einfluß katholischen Rechtsdenkens auf die gegenwärtige deutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung, Göttingen 1962 (Bensheimer Hefte, H. 16).

Sinn, Andrea: Jüdische Politik und Presse in der frühen Bundesrepublik, Göttingen 2014.

Skandal um den Bundesrichter Beyer, in: *Hamburger Echo*, 12. Oktober 1953.
Skibicki, Klemens: Industrie im oberschlesischen Fürstentum Pless im 18. und 19. Jahrhundert. Zur ökonomischen Logik des Übergangs vom feudalen Magnatenwirtschaftsbetrieb zum modernen Industrieunternehmen, Stuttgart 2002 (Regionale Industrialisierung, Bd. 2).
Smid, Marikje: Hans von Dohnanyi, Christine Bonhoeffer. Eine Ehe im Widerstand gegen Hitler, Gütersloh 2002.
Smith, Arthur L. Jr.: Angloamerikanische Umerziehungsprogramme für deutsche Kriegsgefangene. Ein Vergleich, in: Müller, R.-D./ u. a. (Hrsg.): Die Wehrmacht. Mythos und Realität, München 1999, S. 974–989.
Sohn, Werner: Im Spiegel der Nachkriegsprozesse: Die Errichtung der NS-Herrschaft im Freistaat Braunschweig, Braunschweig 2003.
Sontheimer, Kurt: Die Adenauer-Ära. Grundlegung der Bundesrepublik, München 1991.
Spengler, Albrecht: Die Reformbedürftigkeit der Wettbewerbsordnung, Diss. jur., Göttingen 1939.
Spiegel, Richard: Der Reichsgau als Ziel und Weg der neuen Verwaltungsgliederung des Reiches, Diss. jur., Würzburg 1940.
Spies, Christopher: Die „Kriegsverbrecherfrage" in Rheinland-Pfalz, Baden und Württemberg-Hohenzollern, Ubstadt-Weiher 2020 (Veröffentlichungen der Kommission des Landtages für die Geschichte des Landes Rheinland-Pfalz, Bd. 32).
Spode, Hasso: Der Aufstieg des Massentourismus im 20. Jahrhundert, in: Haupt, H.-G./ u. a. (Hrsg.): Die Konsumgesellschaft in Deutschland 1890–1990. Ein Handbuch, Frankfurt/M. 2009, S. 114–128.
Spreier, Fabian: Kontinuität oder Diskontinuität? Das westfälische Anwaltsnotariat 1945–1961, Frankfurt/M. 2019 (Transformationen – Differenzierungen – Perspektiven, Bd. 3).
Sösemann, Bernd: Fritz Eberhard. Rückblicke auf Biographie und Werk, Stuttgart 2001 (Beiträge zur Kommunikationsgeschichte, Bd. 9).
Steffen, Dorothea: Tradierte Institutionen, moderne Gebäude. Verwaltung und Verwaltungsbauten der Bundesrepublik in den frühen 1950er Jahren, Bielefeld 2019.
Stein, Erwin: Am Krankenbett der deutschen Justiz, in: *NJW* (1966), S. 2105–2107.
Stein, Erwin: Bildung im Dienste des Wohlstandsidols, in: Jacobssen, H.-A./ u. a. (Hrsg.): Bildung und Erziehung – Gesinnung und Glaube, Frankfurt/M. 1973 (Schriften der evangelischen Akademie in Hessen und Nassau, H. 101), S. 9–28.
Stein, Erwin: Die neue Erziehung, o. O. 1949 (Hessische Beiträge zur Schulreform (2 Reihe, H.1).
Stein, Erwin: Europäische Erziehung, Frankfurt/M. 1952.
Stein, Erwin: Gesellschaftslehre als fächerübergreifender Unterricht im Lande Hessen, Frankfurt/M. 1982.
Stein, Erwin (Hrsg.): 30 Jahre hessische Verfassung 1946–1976, Wiesbaden 1976.
Steuwer, Janosch/ **Leßau**, Hanne: „Wer ist ein Nazi? Woran erkennt man ihn?" Zur Unterscheidung von Nationalsozialisten und anderen Deutschen, in: *Mittelweg* 36 (2014), S. 30–51.
Die **Stimme** der Bundesrichter, in: *Welt der Arbeit*, 8. Januar 1954.
Stimpel, Roland: Walter Stimpel (1917–2008). Kampfpilot und Bundesrichter, Karlsruhe 2020.
Strauß sieht die Auseinandersetzung mit Jagusch noch nicht als beendet an, in: *FAZ*, 10. Februar 1975.
Strauß, Walter: Die oberste Bundesgerichtsbarkeit, Heidelberg 1949.
Strauß, Walter: Die Personalpolitik in den Bundesministerien zu Beginn der Bundesrepublik Deutschland, in: Blumenwitz, D./ u. a. (Hrsg.): Konrad Adenauer und seine Zeit. Politik und Persönlichkeit des ersten Bundeskanzlers, Stuttgart 1976, S. 275–282.
Strauß, Walter: Reichsgericht und Bundesgerichtshof, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): 75 Jahre Reichsjustizgesetze. Ansprachen aus Anlaß der 75. Wiederkehr des Tages des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze und der Errichtung des Reichsgerichts, Bonn 1954, S. 51–55.
Streit um den Bundespräsidenten, in: *RNZ*, 20. Januar 1965.

Strelow, H.-S.: Konservative Politik in der frühen Bundesrepublik. Hans-Joachim von Merkatz (1905–1982), in: Kraus, H.-C. (Hrsg.): Konservative Politiker in Deutschland. Eine Auswahl biographischer Porträts aus zwei Jahrhunderten, Berlin 1995, S. 315–334.

Sunnus, Michael: Der NS-Rechtswahrerbund (1928–1945). Zur Geschichte der nationalsozialistischen Juristenorganisation, Frankfurt/M. 1990 (Rechtshistorische Reihe, Bd. 78).

Süpfle: Die Reichsgerichtsgesellschaft, in: Lobe, A. (Hrsg.): Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, Leipzig 1929, S. 238–239.

Symbolfigur für das Streben nach Einheit und Freiheit. Politische Prominenz aus Bonn kam zur Gedenkfeier zum 175. Geburtstag in die ‚Residenz des Rechts', in: *BNN*, 11. November 1985.

Ein bedeutungsvoller **Tag** in der Karlsruher Geschichte. Leipzig – Karlsruhe, Tradition in neuer Gestalt, in: *Badische Abendzeitung*, 9. Oktober 1950.

Tagungen des Presserats in Karlsruhe, in: *DRiZ* (1965), S. 93.

Strafrechtlicher **Tatbestand**, in: *StZ*, 16. April 1959.

Taufer, Lutz: Über Grenzen. Vom Untergrund in die Favela, Berlin 2017.

Tausch, Volker: Max Güde (1902–1984). Generalbundesanwalt und Rechtspolitiker, Baden-Baden 2002 (Juristische Zeitgeschichte Abt. 4, Bd. 5).

Tenfelde, Klaus: Proletarische Provinz. Radikalisierung und Widerstand in Penzberg/Oberbayern 1900–1945, München u. a. 1982.

Thamer, Hans-Ulrich: Eine Ausstellung und ihre Folgen. Impulse der „Wehrmachtsausstellung" für die historische Forschung, in: Bielefeld, U./ u. a. (Hrsg.): Gesellschaft – Gewalt – Vertrauen, Hamburg 2012, S. 489–503.

Thoss, Bruno: Der Ludendorff-Kreis 1919–1933. München 1978 (Miscellanea Bavarica Monacensia, H. 78).

Topfstedt, Thomas: Der Bau und sein Umfeld, in: Oehme, U. (Hrsg.): Das Reichsgericht, Leipzig 1995, S. 54–74.

Treiber, Stefan Kurt: Helden oder Feiglinge? Deserteure der Wehrmacht im Zweiten Weltkrieg, Frankfurt/M. u. a. 2021 (Krieg und Konflikt, Bd. 13).

Übergabe des Erweiterungsbaus für Bundesgerichtshof, in: *BVZN*, 16. Juli 1960.

Ulrich, Axel: Politischer Widerstand gegen das „Dritte Reich" im Rhein-Main-Gebiet, Wiesbaden 2005.

Mein **Vater**, der Richter. Vorwürfe gegen Senatspräsidenten, in: *Bild*, 6. November 1962.

„Ich habe große **Verdienste**. Mehr sage ich nicht". Generalstaatsanwalt zu Fall Mattern, in: *Bild*, 26. März 1968.

Neues **Verwaltungsgebäude** für den Bundesgerichtshof, in: *Badische AZ*, 7. Mai 1952.

Vogel, Hans-Jochen: Elisabeth Selbert und das Richterbild unserer Zeit, in: Brandt, W./ u. a. (Hrsg.): Ein Richter, ein Bürger, ein Christ. Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden 1987, S. 71–80.

Vogt, Wolfgang: Wandlungen im Rechte der Enteignung, Köln 1937.

Werden wir ein **Volk** ohne Kinder?, in: *Bild*, 29. Oktober 1964.

Schwere **Vorwürfe** gegen Bundesjustizminister Dehler, in: *FR*, 12. Januar 1951.

Wagner, Albrecht: Der Richter. Geschichte, aktuelle Fragen, Reformprobleme, Karlsruhe 1959.

Wagner, Walter/ **Willms**, Günther: Der 6. Strafsenat – Legende und Wirklichkeit, in: Krüger-Nieland, G. (Hrsg.): 25 Jahre Bundesgerichtshof am 1. Oktober 1975, München 1975, S. 265–272.

Walz, Ernst: Verwaltungsrechtspflege in Karlsruhe, in: Kistner, A. (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950, S. 71–85.

Wassermann, Rudolf: Ist Bonn doch Weimar? Zur Entwicklung der Justiz nach 1945, Neuwied 1983.

Wassermann, Rudolf: Zur Geschichte des Oberlandesgerichts Braunschweig, in: Wassermann, R. (Hrsg.): Justiz im Wandel der Zeit. Festschrift des Oberlandesgerichts Braunschweig, Braunschweig 1989, S. 11–110.

Weber, Petra: Justiz und Diktatur. Justizverwaltung und politische Strafjustiz in Thüringen 1945–1961, München 2000 (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Bd. 46).

Weber, Wilhelm: Zur Psychologie des Richters, in: *DRiZ* (1961), S. 211–213.

Wechsel im Dritten, in: *FR*, 9. Dezember 1966.
Weidenthaler, Heiko: Die Strafsenate des Reichsgerichts von 1933 bis 1945 – Hüter der Gerechtigkeit oder Handlanger des Terrors?, Diss. jur., Würzburg 1999.
Weinkauff, Hermann: Die Aufgaben des Bundesgerichtshofs, in: Kistner, A. (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950, S. 39–48.
Weinkauff, Hermann: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus. Ein Überblick, Stuttgart 1968 (Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte, Bd. 16/1).
Weinkauff, Hermann: Die Militäropposition gegen Hitler und das Widerstandsrecht, in: Europäischen Publikation e. V. (Hrsg.): Die Vollmacht des Gewissens, München 1956, S. 137–158.
Weinkauff, Hermann: Über das Widerstandsrecht, Karlsruhe 1956 (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Schriftenreihe, H. 20).
Weinkauff, Hermann: Vertrauenskrise und Justizreform, in: *DRiZ* (1951), S. 85–87.
Weinkauff, Hermann: Warschauer Vertrag und Grundgesetz. Die rechtliche Seite der neuen Bonner Ostpolitik, in: *RM*, 11. Dezember 1970.
Weinkauff, Hermann: 75 Jahre Reichsgericht, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.): 75 Jahre Reichsjustizgesetze. Ansprachen aus Anlaß der 75. Wiederkehr des Tages des Inkrafttretens der Reichsjustizgesetze und der Errichtung des Reichsgerichts, Bonn 1954, S. 45–50.
Weinke, Annette: Der Nationalsozialismus vor Gericht. Die juristische Aufarbeitung der NS-Verbrechen, in: Homberg, M./ u. a. (Hrsg.): Deutungskämpfe – die „zweite Geschichte" des Nationalsozialismus, Frankfurt/M. 2024, S. 55–78.
Weinke, Annette: Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland. Vergangenheitsbewältigungen 1949–1969. Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im Kalten Krieg, Paderborn u. a. 2002.
Weinke, Annette: Erinnerung vor Gericht. Juristen zwischen Leipzig, Mühlberg und Karlsruhe, in: Ganzenmüller/Landau/Waurig (Hrsg.): Transformation des Gedenkens. Lokales Erinnern an sowjetische Verhaftungen der Nachkriegszeit, Wien 2024, S. 62–65.
Weiß, Christian: Der Richter hinter dem Recht, Jena 2014 (Jenaer Studien zum deutschen, europäischen und internationalen Wirtschaftsrecht, Bd. 47).
Wengst, Udo: Thomas Dehler 1897–1967. Eine politische Biographie, München 1997.
Werle, Gerhard: Justizstrafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich, Berlin u. a. 1989.
Werle, Raymund: Justizorganisation und Selbstverständnis der Richter. Eine empirische Untersuchung, Kronberg/ Taunus 1977 (Justiz und Gesellschaft, Bd. 4).
Wette, Wolfram: Deserteure der Wehrmacht. Feiglinge – Opfer – Hoffnungsträger? Dokumentation eines Meinungswandels, Essen 1995.
Wette, Wolfram: Militarismus in Deutschland. Geschichte einer kriegerischen Kultur, Frankfurt/M. 2008.
Wilden, Hans/ **Klückmann**, Martin: Wiedergutmachungsgesetz vom 26.4.1949. Gesetzestext und systematische Darstellung, Stuttgart u. a. 1950.
Wildt, Michael: Vom kleinen Wohlstand. Eine Konsumgeschichte der fünfziger Jahre, Frankfurt/M. 1996.
Willms, Günther: Der „unpolitische" Richter, in: *Frankfurter Hefte* 3, H. 2 (1948), S. 105–108.
Willms, Günther: Die Beschränkung der Prozeßvertretung bei den Arbeitsgerichten und die Wandlungen in der Begründung dieser Maßnahme, Diss. jur., Marburg 1939.
Willms, Günther: Die deutschen Landesverfassungen, in: *Frankfurter Hefte* 1, H. 5 (1946), S. 22–34.
Willms, Günther: Die Illustrierten Zeitungen, in: *Werkhefte Junger Katholiken* 1 (1932), S. 11–13.
Willms, Günther: Geträumte Republik. Jugend zwischen Kaiserreich und Machtergreifung, Freiburg 1985.
Willms, Günther: Offenkundigkeit und Legalitätsprinzip, in: *JZ* (1957), S. 465 f.
Willms, Günther: Politisches am Prozeß vor dem Staatsgerichtshof, in: Werkhefte junger Katholiken, Ausgabe B 2 (1932), S. 38–39.
Willms, Günther: Pressesorgen, in: *JZ* (1955), S. 252 f.

Willms, Günther: Staatsschutz im Geiste der Verfassung, Frankfurt/M. u. a. 1962 (Demokratische Existenz heute, Bd. 7).
Wojak, Irmtrud: Fritz Bauer 1903–1968. Eine Biographie, 2. Auflage, München 2009.
Wolany, Josef: Von der Aufgabe und der Bedrängnis des Richters auf Grund seiner „rechtsprechenden Gewalt", in: *DRiZ* (1959), S. 301–306.
Wolzendorff, Kurt: Staatsrecht und Naturrecht in der Lehre vom Widerstandsrecht des Volkes gegen rechtswidrige Ausübung der Staatsgewalt. Zugleich ein Beitrag zur Entwicklungsgeschichte des modernen Staatsgedankens, Breslau 1916 (Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, Bd. 126).
Wrobel, Hans: Verurteilt zur Demokratie. Justiz und Justizpolitik in Deutschland 1945–1949, Heidelberg 1989.
Wüllner, Fritz: Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung. Ein grundlegender Forschungsbericht, Baden-Baden 1991.
Ein **Wunder** namens Dr. Schulze, in: *Quick* Nr. 18, Mai 1963.
Zapf, Wolfang: Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht, 2. Auflage, München 1965.
Zehnter, Annette: Widerstand und Verfolgung in Bochum und Wattenscheid 1933–1945, Essen 1992 (Veröffentlichungen des Stadtarchivs Bochum).
Zenker-Oertel, Claudia/ **Kißener**, Michael: Die Geschichte des Bundesgerichtshofs. Zusammenarbeit des Bundesarchivs und des Arbeitsbereichs Zeitgeschichte an der Universität Mainz, in: *Archivnachrichten aus Hessen* Sonderheft 20 (2020), S. 27–31.
Zitadelle der Gerechtigkeit, in: *DIE WELT*, 9. Oktober 1950.
Zweigert, Konrad: Zur inneren Unabhängigkeit des Richters, in: Esser, J./ u. a. (Hrsg.): Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967, S. 711–723.
Zwingmann, Klaus: Zur Soziologie des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1966 (Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, H. 44).
Zwischenruf während des Gottesdienstes, in: *FAZ*, 17. April 1959.

Internetressourcen

Aurachhof: Geschichte, URL: https://www.aurachhof.de/hotel/geschichte.html [abgerufen am 23.1.2024].
Engehausen, Frank: Justizbehördliche Erinnerungskultur im Wandel: Eine aus der Zeit gefallene Gedenktafel im Bundesgerichtshof, URL: http://ns-ministerien-bw.de/2018/03/justizbehoerdliche-erinnerungskultur-im-wandel [abgerufen am 19.3.2024].
Godau-Schüttke, Klaus Detlev: Von der Entnazifizierung zur Renazifizierung der Justiz in Westdeutschland, in: forum historiae iuris 2001, URL: http://www.rewi.hu-berlin.de/FHI/zitat/0106godau-schuettke.htm [abgerufen am 19.3.2024].
Hamburg.de, URL: https://www.hamburg.de [abgerufen am 9.2.2023].
Kabinettsprotokolle der Bundesregierung, 96. Sitzung vom 17. Februar 1960, Tagesordnungspunkt A Besetzung der Stelle des Präsidenten des Bundesgerichtshofes, online verfügbar: https://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1960k/kap1_2/kap2_8/para3_9.html [abgerufen am 23.3.2024].
Kabinettsprotokoll der 117. Sitzung des Bundeskabinetts am 8. April 1964, URL: https://www.bundesarchiv.de/cocoon/barch/0000/k/k1964k/kap1_2/kap2_15/para3_5.html [abgerufen am 22.3.2024].
Kißener, Michael: Neue Richter braucht das Land. Ideen und Wirklichkeit einer Justizreform 1949–1965, Vortrag von Prof. Dr. Michael Kißener, URL: https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Veranstaltungen/2023-07-20_vortrag-kissener.html [abgerufen am 31.5.2024].
Meinel, F.: Etatismus, Version 08.06.2022, in: Staatslexikon online, URL: https://www.staatslexikon-online.de/Lexikon/Etatismus [abgerufen am 15.1.2024].

NS-Dokumentationszentrum der Stadt Köln, URL: https://museenkoeln.de/ns-dokumentationszentrum [abgerufen am 9.2.2023].

Symposium des Bundesarchivs zur analogen und digitalen Überlieferung der Obersten Gerichte des Bundes, URL: https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Veranstaltungen/2023-04-24_symposium.html [abgerufen am 31.5.2024].

Weinke, Annette: „Alles noch schlimmer als ohnehin gedacht"? Neue Wege für die Behördenforschung, in: Zeitgeschichte-online, August 2020, URL: https://zeitgeschichte-online.de/Kommentar/alles-noch-schlimmer-als-ohnehin-gedacht. [abgerufen am 23.4.2024].

Wesser, Marc: Gegen die Singularzulassung beim BGH in Zivilsachen, URL: https://www.vak-berlin.de/kammerton/ausgaben/ausgabe-12-2023/gegen-die-singularzulassung-beim-bgh-in-zivilsachen [abgerufen am 20.3.2024].

Michael Kißener, Andreas Roth
Justiz im Umbruch

Michael Kißener, Andreas Roth

Justiz im Umbruch

Die Geschichte des Bundesgerichtshofes 1950 bis 1965

Band 2

Die Rechtsprechung

Von Andreas Roth

DE GRUYTER
OLDENBOURG

ISBN 978-3-11-145532-7
e-ISBN (PDF) 978-3-11-145635-5
e-ISBN (EPUB) 978-3-11-145642-3
DOI https://10.1515/9783111456355

Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung - Nicht-kommerziell - Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz. Weitere Informationen finden Sie unter https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/.

Library of Congress Control Number: 2024940621

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.dnb.de abrufbar.

© 2025 bei den Autoren, publiziert von Walter de Gruyter GmbH, Berlin/Boston
Dieses Buch ist als Open-Access-Publikation verfügbar über www.degruyter.com
Coverabbildung: Grafische Darstellung des Erbgroßherzoglichen Palais in Karlsruhe, Hauptgebäude am Sitz des BGH. © Nathalie Oesterle
Satz: bsix information exchange GmbH, Braunschweig
Druck und Bindung: CPI books GmbH, Leck

www.degruyter.com

Vorwort

Unser Buch über die Geschichte des Bundesgerichtshofes 1950 bis 1965 hat eine lange Vorgeschichte. Sie hat 2017 begonnen in ersten Gesprächen mit der Präsidentin des Bundesgerichtshofes Bettina Limperg und dem damaligen Präsidialrichter Rüdiger Pamp über die Möglichkeit einer drittmittelfinanzierten Aufarbeitung der Vergangenheit dieses höchsten deutschen Gerichts in Zivil- und Strafsachen. Seitdem existieren ein kontinuierlicher Kontakt und Austausch mit der Leitung des Bundesgerichtshofes sowie eine unablässige Förderung unserer historischen Bemühungen, für die wir mehr als dankbar sind. Ohne diese außerordentliche Unterstützung und das lebhafte historische Interesse des BGHs wäre dieses Buch nicht denkbar gewesen.

Die ersten Überlegungen, bei denen uns Dr. Vaios Kalogrias durch intensive archivische und bibliographische Recherchen geholfen hat, führten zunächst zur Sichtung von umfänglichen Generalaktenbeständen im BGH-Kellergeschoss in Karlsruhe, die anders als viele Fallakten bislang noch nicht in das Bundesarchiv gekommen waren. Mit Unterstützung des Bundesarchivs und der fachkundigen Hilfe von Dr. Claudia Zenker-Oertel sowie der Registraturleitung des BGH, Anne Zumpf, gelang es unserem langjährigen Mitarbeiter Dr. Matthias Gemählich in einem ersten großen Arbeitsschritt, diese Akten zu sichten und die historisch wertvollen Bestände in das Bundesarchiv zu überführen, wo sie seitdem der Forschung zur Verfügung stehen.[1] Tatkräftige Unterstützung etwa beim Auffinden nicht veröffentlichter Entscheidungen erhielten wir in der BGH-Bibliothek von Dr. Marcus Obert und Helgrid Söder. Ihnen und allen an diesen Arbeiten beteiligten Personen im BGH wie im Bundesarchiv und an der Universität Mainz sei an dieser Stelle für die im Sinne weiterer Forschung nachhaltigen Bemühungen herzlich gedankt.

Ab 2019 hat dann eine intensive Arbeitsphase begonnen, an der Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker ebenso beteiligt waren wie Zeithistorikerinnen und Zeithistoriker. All unseren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, namentlich Matthias Gemählich, Alina Herrmann, Torben Schneider, Felix Maskow und Julia Tilentzidis sei Dank gesagt für ihr Engagement, für ihren Rechercheeifer und für viele Entdeckungen in Quellen und Literatur, die wir ohne ihre Hilfe sicher nicht gemacht hätten. Nicht zu vergessen sind auch viele Söhne und Töchter der hier thematisierten BGH-Richter, die uns mit ihren Erinnerungen und privaten Nachlässen ihrer Väter sehr geholfen haben. Und ohne die administrative Unterstützung unserer Sekretariate, Anita Graf, Iris Berber und Daniela Hernig, wären wir im Abrechnungsdschungel der vielen Archivreisen sicher verloren gewesen.

Ein wichtiger Baustein in dieser Phase war auch die Gewährung von Forschungsfreisemestern, die es uns ermöglicht haben, frei von Lehrverpflichtungen auch während des Semesters uns der Forschung an der Geschichte des BGH zu widmen. Daher

1 Zenker-Oertel/Kißener, Die Geschichte des Bundesgerichtshofs, S. 27–31.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-201

danken wir den Dekanaten der Fachbereiche 03 und 07 der Johannes Gutenberg-Universität für die Gewährung dieser „Auszeiten“ ebenso wie dem Gutenberg Forschungskolleg.

Eingewoben in unsere Arbeit war auch die Auseinandersetzung um eine höchst umstrittene Gedenktafel für ehemalige Reichsgerichtsräte, die in NKWD-Lagern nach 1945 umgekommen sind. Sie befindet sich im ersten Geschoss des Erbgroßherzoglichen Palais in Karlsruhe und ist zunehmend problematisch geworden, weil heute klar ist, dass die meisten Geehrten auch in die Unrechtsjustiz des NS-Staates verwickelt waren. Um hier Transparenz für den weiteren Umgang mit diesem schwierigen „Erbe“ zu schaffen, wurde im Juni 2022 in Karlsruhe ein wissenschaftliches Kolloquium durchgeführt, dessen Erträge in einer eigenen Publikation festgehalten wurden.[2]

Sodann hat das Bundesarchiv uns Gelegenheit gegeben, erste Erträge unserer Forschungen einer breiteren Öffentlichkeit vorzustellen.[3] Dafür sei ebenso gedankt wie für die archivfachliche Betreuung nicht nur im Bundesarchiv sowie fachliche Gespräche, die wir mit den Projektgruppen in Leipzig, wo derzeit die Geschichte des Bundesverwaltungsgerichts aufgearbeitet wird, und vor allem mit der Arbeitsgruppe „Bundesverfassungsgericht“ am Institut für Zeitgeschichte (Berlin) unter Leitung von Frieder Günther führen konnten. Dieser Austausch war anregend und fruchtbar auch für unsere Arbeit. Und auch den vielen anderen Landes-, Stadt- und Universitätsarchiven, die wir konsultieren durften, sei mit Nachdruck gedankt. Stellvertretend für viele wollen wir ausdrücklich Andreas Vetter vom Hörfunkarchiv des SWR danken, der unter anderem eine längst verschollen geglaubte Hörfunkaufnahme der feierlichen Eröffnung des Bundesgerichtshofes in seinem Archiv für uns aufgefunden hat.

In der Endphase, der Drucklegung der Arbeit, hat uns der Verlag de Gruyter, insbesondere Sophie Wagenhofer und Bettina Neuhoff, dankenswerterweise unterstützt und uns davon überzeugt, dass neben der Printversion unserer Veröffentlichung zeitgleich eine Open-Access-Version erscheint, die jedem Interessierten offen steht und in der nach Begriffen, Orten und Personen denkbar leicht gesucht werden kann. Wir haben aus diesem Grund auf das sonst übliche Register für eine wissenschaftliche Publikation verzichten können. Sabrina Odelga hat sodann in bewährter Weise die formale Überarbeitung der Texte übernommen. Das ist keine leichte, vor allem eine nervenaufreibende Aufgabe, die sie hervorragend gemeistert hat und für die wir ihr herzlich danken. In den Veröffentlichungsprozess waren auch zahlreiche Korrekturleserinnen und Korrekturleser einbezogen, die, auch wenn sie wegen ihrer Vielzahl ungenannt bleiben müssen, sich bedankt fühlen mögen. Sie haben uns auch geholfen, den schwie-

2 Limperg/Kißener/Roth, Entsorgung der Vergangenheit? Wichtige Ergänzungen dazu liefert neuerdings Weinke, Erinnerung vor Gericht, S. 62–75.

3 Symposium des Bundesarchivs zur analogen und digitalen Überlieferung, URL: https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Veranstaltungen/2023-04-24_symposium.html [abgerufen am 31.5.2024]; siehe ebenso: Neue Richter braucht das Land, URL: https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Veranstaltungen/2023-07-20_vortrag-kissener.html [abgerufen am 31.5.2024].

rigen Spagat zwischen den Fachkulturen (Rechtsgeschichte-Zeitgeschichte), der sich auch im rein Formalen wiederfindet, zu meistern. In aller Regel haben wir versucht, die formalen Usancen beider Fachkulturen zu berücksichtigen, wodurch auf den ersten Blick manche Uneinheitlichkeit etwa in der Zitierung von Fachliteratur auffallen mag, die aber (so hoffen wir) beim zweiten Blick als Respektierung eingeübter fachlicher Arbeitsweisen verständlich werden wird.

Am Ende eines so langen Forschungs- und Publikationsprozesses fühlen wir uns so vielen Helferinnen und Helfern, Unterstützerinnen und Unterstützern zu Dank verpflichtet, dass wir sie hier nicht alle aufführen können – sie mögen sich in jedem Fall mitgedacht und mit„bedankt“ fühlen.

In diesen Dank einschließen wollen wir aber auch unsere Familien, die ein solches Großprojekt, das uns über Jahre hinweg intensiv bewegt hat, in vielen Erzählungen und Diskussionen in freien Stunden mit „ertragen“ haben. Ihnen seien diese Bände gewidmet.

Michael Kißener; Andreas Roth
Mainz, im Juni 2024

Inhaltsverzeichnis
Band 2: Die Rechtsprechung

Vorwort —— V

I. Einleitung —— 1

II. Das Gericht und seine Rechtsprechung

1 Die Schatten der Vergangenheit —— 7

1.1 Versuch einer Distanzierung vom Nationalsozialismus —— **7**

1.2 Die Bestrafung des NS-Unrechts —— **13**

1.2.1 Ein Täter – Millionen Gehilfen? —— **14**

1.2.2 Was damals rechtens war, kann heute doch nicht Unrecht sein —— **22**
Rechtfertigende Normen des nationalsozialistischen-Staates – Handeln auf Befehl – Weitere Versuche der Rechtfertigung

1.2.3 Schuldlosigkeit wegen Rechtsblindheit? —— **28**

1.2.4 Der Dolch des Mörders unter der Robe des Richters – das Justizunrecht —— **33**
Rechtsbeugung – ein Privileg für die Justiz? – Richter als Täter entlarvt, aber nicht verurteilt – Der Fall Rehse – Standgerichte – Fazit zum Richterunrecht

1.2.5 Ein Schlussstrich? – die Verjährungsfrage —— **55**
Die „kalte Amnestie“ im Jahr 1968 – Rassenhass als persönliches Merkmal – Die Hemmung der Verjährung

1.2.6 Fazit —— **64**

1.2.7 Das Verbot der Doppelbestrafung —— **65**

1.3 Die Entschädigung der Opfer —— **68**

1.3.1 Wiedergutmachung, Rückerstattung, Entschädigung – was gilt für wen? —— **69**

1.3.2 Die Verfolgung aus politischen Gründen (§ 1 Abs. 1 Alt. 1 BEG) —— **72**
Der Zeitpunkt der Verfolgung – Die politische Verfolgung – Einschränkungen beim Verfolgtenbegriff – Die politische Motivation der Verfolger

1.3.3 Verfolgung aus Gründen der Rasse, der Religion oder der Weltanschauung —— **82**
Jüdische Verfolgte – Sinti und Roma – Verfolgte aus Osteuropa – Zeugen Jehovas, Astrologen

1.3.4 Die Verantwortlichkeit des deutschen Staates —— **90**

1.3.5 Ausschluss für Nationalsozialisten und Kommunisten —— **93**

1.3.6 Die zu ersetzenden Schäden — **99**
Verfolgungseigentümlichkeit des Schadens – Gesundheit und Tod – Soforthilfe für Ausgewanderte/Deportierte – Scheidung als Ausschluss der Rente? – Auswanderung als Schaden – Zwischen Deportation und Auswanderung – der Ausbildungsschaden – Vermögensschäden
1.3.7 Flüchtlinge nach der Genfer Konvention — **115**
1.3.8 Fazit — **117**

2 Staatsschutz im Ost-West-Konflikt — 120
2.1 Einleitung — **120**
2.2 Spione, nicht nur im Kanzleramt — **122**
2.3 Der oberste Verfassungsschützer – ein Landesverräter? — **124**
2.4 Wiedervereinigung als Hochverrat — **132**
2.5 „Wühlarbeit“ für die DDR — **137**
2.5.1 Die Organisationsdelikte in den ersten Jahren — **137**
2.5.2 Die Zeit nach dem KPD-Verbot — **140**
2.5.3 Das Bundesverfassungsgericht greift ein — **144**
2.6 Die politischen Druckschriften — **148**
2.7 Ein verräterischer Spiegel? — **149**
2.8 Ein *whistleblower* und das illegale Staatsgeheimnis — **152**
2.9 Der Senat und die Strafverteidiger — **154**
2.10 Nationalsozialisten und Neonazis — **156**
2.11 Die Strafen — **158**
2.12 Fazit — **160**

3 Ehe, Familie, Erbe — 167
3.1 Die bürgerliche Ehe — **167**
3.2 Sind Männer und Frauen gleichberechtigt? — **171**
3.3 Die Scheidung — **174**
3.3.1 Die Scheidung wegen Verschuldens — **175**
3.3.2 Der Scheidungsgrund der Krankheit eines Ehegatten — **178**
3.3.3 Die Zerrüttungsscheidung – „Bis dass der Tod euch scheidet?“ — **180**
Die Voraussetzungen – Sittliche Rechtfertigung – Der Ausweg: Scheidung bei einer „Fehlehe“ – Schicksalhafte Trennungen, neue Beziehungen – Umdenken in den 1960er Jahren? – Fazit zur Zerrüttungsscheidung
3.3.4 Unterhaltsvereinbarungen als Druckmittel? — **199**
3.4 Vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe — **200**
3.5 Das Kindschaftsrecht — **204**
3.5.1 Die Abstammung — **204**
3.5.2 Das Sorgerecht — **208**

3.6 Adoption — **211**
3.7 Vormundschaft/Pflegschaft — **213**
3.8 Das Erbrecht — **215**
3.8.1 Altfälle — **215**
3.8.2 Unsittliche Testamente — **217**
3.8.3 Der Hoferbe — **221**
3.9 Fazit — **222**

4 Die Auswirkungen des „Wirtschaftswunders“ — 224
4.1 Die Währungsreform — **224**
4.2 Das Handels- und Gesellschaftsrecht — **226**
4.2.1 Nachwirkungen der NS-Zeit — **226**
4.2.2 Traditionelles beim Kaufmann/ Rechtsfortbildung bei den Personengesellschaften — **229**
Die faktische Gesellschaft – Ausschluss von Gesellschaftern
4.2.3 Besonderheiten der Kapitalgesellschaften — **235**
4.3 Der faire Wettbewerb als Motor des Aufschwungs — **238**
4.3.1 Die Firma/ das Warenzeichen — **239**
4.3.2 Die Werbung — **241**
Werbekampagnen – Vergleichende Werbung
4.3.3 Unzulässige Absprachen — **245**
4.4 Kreditsicherheiten — **247**
4.5 Der Verbraucherschutz — **250**
4.5.1 Das Kleingedruckte — **250**
4.5.2 Die Produzentenhaftung — **254**
4.5.3 Abzahlungsgeschäfte — **257**
4.5.4 Versicherungen, Banken und Makler — **259**
4.6 Urheberrecht, gewerblicher Rechtsschutz — **261**
4.6.1 Techniken der Vervielfältigung — **262**
4.6.2 Der Rundfunk — **263**
4.6.3 Urheberrecht außerhalb der Musik — **265**
4.7 Fazit — **266**

5 Der Alltag in der Nachkriegsgesellschaft – Sexualität, Gesundheit, Wohnen, Schule, Mobilität — 268
5.1 Sexualität – „Unsittlichkeit“ vor dem Strafrichter — **268**
5.1.1 Homosexualität — **269**
5.1.2 Weitere Fälle von „Unzucht“ — **273**
Sex mit Abhängigen – Inzest – „Schundliteratur“ – Restriktive Tendenzen

5.1.3 Prostitution/ Kuppelei — **280**
„Verlobtenkuppelei" – Das Kondom im Automaten
5.1.4 Schließung von Strafbarkeitslücken — **286**
5.1.5 Fazit — **287**
5.2 Gesundheitsfragen — **288**
5.2.1 Einwilligung in ärztliche Heileingriffe — **288**
5.2.2 Unsittlichkeit der Einwilligung? — **290**
5.2.3 Bestimmung der Reichweite des Rechtsguts „Gesundheit" — **291**
5.2.4 Das vergessene Skalpell – Die Frage der Beweislast — **291**
5.2.5 Psychische Erkrankungen — **293**
5.2.6 Die Schwangerschaftsunterbrechung — **294**
5.3 Das traute Heim — **298**
5.3.1 Probleme beim Wiederaufbau — **298**
5.3.2 Das Mietrecht — **300**
5.4 Die Schule — **305**
5.4.1 Das Züchtigungsrecht — **305**
Das elterliche Vorbild – Das Züchtigungsrecht für Lehrer
5.4.2 Rechtfertigung durch Gewohnheitsrecht — **308**
5.4.3 „Eine kleine Ohrfeige hat noch nie geschadet" — **311**
5.5 Deutschland wird mobil — **314**
5.5.1 Die Regeln für den Straßenverkehr — **314**
5.5.2 Das KfZ-Schadensersatzrecht — **320**
Die Haftung – Die Schadensberechnung – Mehrere Schädiger – Fazit

6 Der BGH und die Grundrechte — 326
6.1 Die Grundrechtsschranken – Das Beispiel der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) — **328**
6.2 Männer und Frauen sind gleichberechtigt — **330**
6.3 Die Staatshaftung — **337**
6.3.1 Die Amtshaftung — **337**
6.3.2 Die Enteignung — **339**
6.3.3 Die Aufopferung — **342**
6.3.4 Der Gewerbebetrieb — **344**
6.4 Die Anwendung der Grundrechte im Zivilrecht — **346**
6.4.1 Der *ordre publique* – Ein Einfallstor für die Grundrechte in das Privatrecht? — **346**
6.4.2 Die Anfänge der unmittelbaren Grundrechtsanwendung — **349**
6.4.3 Die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts — **350**
6.4.4 Die Ausweitung des Persönlichkeitsrechts — **351**

6.4.5 Die Abwägung verschiedener Grundrechte — **353**
6.4.6 Fazit — **356**
6.5 Die Justizgrundrechte – Die Rückkehr zu rechtsstaatlichen Verfahren — **356**
6.5.1 Die Verfahrensgrundsätze — **356**
Der gesetzliche Richter – Die Öffentlichkeit der Verfahren – Unmittelbarkeit / Mündlichkeit des Strafverfahrens – Rechte des Angeklagten / rechtliches Gehör – Verbotene Vernehmungsmethoden
6.5.2 Die richterliche Beweiswürdigung — **364**
Eigene Sachkunde? – Die Vaterschaftsgutachten
6.5.3 Die Durchbrechung der Rechtskraft — **369**
6.6 Die Kontroverse zwischen dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht — **370**

III. Schlussfazit — 377

Abkürzungsverzeichnis — 384

Quellen- und Literaturverzeichnis — 387

Register

Dieses Werk erscheint auch als Open Access Publikation und ist online nach jedem Begriff durchsuchbar. PDF-Datei unter URL: https://10.1515/9783111456355

Inhaltsverzeichnis
Band 1: Das Gericht

I. Einleitung —— 1

Start mit Hindernissen – Die Last der Tradition und Transformation – Ziele – Anlage und Aufbau der Studie – Forschungsstand – Quellenlage

II. Das Gericht und sein Personal

1 Vorgeschichte —— 17

1.1 Justiz in Trümmern —— **17**
Die deutsche Justiz bei Kriegsende – Die Justiz im Denken des deutschen Widerstands – Die Justiz in den Planungen der alliierten Besatzungsbehörden

1.2 Justiz im Aufbau —— **28**
Diskussionen im Parlamentarischen Rat – Die Dritte Staatsgewalt im Grundgesetz

2 Die Gründung des Bundesgerichtshofes —— 33

2.1 Köln oder Karlsruhe oder …? —— **33**
Optionen – Dehlers „Sieg“

2.2 Bau und feierliche Eröffnung des Bundesgerichtshofes —— **42**
Umbau des Erbgroßherzoglichen Palais – Feierliche Eröffnung am 8. Oktober 1950

2.3 Der innere Aufbau des Bundesgerichtshofes —— **50**
Senate und Geschäftsordnung – Arbeitsweise und innere Verwaltungsstruktur – Die Bibliothek – Der Haushalt – Rechtsanwaltschaft und richterliche Hilfskräfte – Wünsche und Realität der Aufbauzeit

2.4 Der Bundesgerichtshof in Raumnot —— **66**
Erste Erweiterungsmaßnahmen – Zweite Erweiterungsphase – Wohnungen für die Richter

2.5 Traditionslasten —— **77**
75 Jahre Reichsgericht – Die Robe – Eine schwierige Gedenktafel

3 Das Personal —— 91

3.1 Auswahl im Richterwahlausschuss —— **91**
Einflüsse auf die Richterwahl? – Gründung und Zusammensetzung des Richterwahlausschusses – Die Arbeit des Richterwahlausschusses – Der Fall Staff – Der Fall Creifelds

3.2 Die „neuen-alten“ Richter: Prägungen und Erfahrungen —— **114**

3.2.1 Familiäre und politische Sozialisation bis 1933 —— **116**
Herkunft – Konfession und Familie – Politische Aktivität vor 1933

3.2.2 Erfahrung des NS-Staates — **124**
Mitgliedschaft in der NSDAP – Kollaboration im Auftreten – Anpassungen in der Publizistik – Mitwirkung in Organen der NS-Unrechtsjustiz – Zwei umstrittene Zweifelsfälle: Dürig und Geiger – Widerständigkeit gegen den Nationalsozialismus – Verfolgte Richter

3.2.3 Kriegserfahrungen — **166**
Reserveoffiziere, Unteroffiziere und Mannschaftsdienstgrade – Wehrmachtsverwaltung und Wehrmachtsgerichtsbarkeit – Die Fälle Hülle, Kanter und Mantel – Verwundung, Gefangenschaft und Verlusterfahrungen

3.2.4 Entnazifizierung — **190**
„Straf"- und Ersatzarbeit – Entlastungs- und Belastungszeugnisse – Reaktionen auf die Entnazifizierung – Aktive Aufarbeitung der Vergangenheit

4 Der BGH in der jungen bundesdeutschen Demokratie — 204

4.1 Richter für *welche* Demokratie? — **204**
Umstrittene Adenauer-Zeit – Nachkriegsdemokratie in Westeuropa

4.2 Die Qualifikationen eines Bundesrichters — **207**
Fachliche Exzellenz und Arbeitsethos – Charakter, Äußeres und andere Qualifikationen – Worüber die Dienstbeurteilung sich ausschwieg …

4.3 Auf dem Weg zum Richter in der demokratischen Gesellschaft — **216**
Politisches und kirchliches Engagement – Öffentliches und zivilgesellschaftliches Engagement

4.4 Richterleitbilder am Bundesgerichtshof — **224**
Definition – Hans-Eberhard Rotbergs und Günther Willms' Richterleitbild – Hermann Weinkauffs Richterleitbild – Kulturpessimistische Positionen – Aufbrüche – Richterleitbild und Grundgesetz

4.5 Die Präsidenten des BGH und ihre Richterinnen/Richter — **241**
Hermann Weinkauff – Bruno Heusinger – Robert Fischer – Personalgewinnung – Richterinnen – Korpsgeist und Kollegialität – Disziplin

4.6 Richter unter Beobachtung — **277**
BGH und Presse – Die „Blutrichterkampagne" und die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz" – Der BGH als wissenschaftliches Untersuchungsobjekt

4.7 Kein zweites Leipzig: Vom höchstrichterlichen Alltag in Karlsruhe — **303**
Vorbild Reichsgericht – Soziale Lage der BGH-Richterschaft – Das „Wirtschaftswunder" und die Richter – Arbeitsalltag und Arbeitslast

4.8 Über den Zusammenhang von Richterbiographie und Urteilspraxis — **327**

4.9 Von der Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen — **335**
Geschichte und Bedeutung einer Denkfigur – Der belastete Wertkonservative, der Aufarbeiter, der Politiker

III. Fazit — 341

Abkürzungsverzeichnis — 349

Quellen- und Literaturverzeichnis — 352

I. Einleitung

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist selbst für einen begrenzten Zeitraum nicht als Ganzes darstellbar, zu groß ist die Fülle von Revisionsentscheidungen,[1] und zu vielfältig sind die Materien, die von diesem Gericht zu bearbeiten waren (und sind). Die daher notwendige Begrenzung des Stoffes wurde für die vorliegende Untersuchung getroffen vor dem Hintergrund mehrerer Überlegungen:

Zeitlich beschränkt sich diese Untersuchung auf die Anfangsjahre des Gerichts seit seiner Gründung im Jahre 1950, als Endpunkt für den Rechtsprechungsteil ist das Jahr 1968 gewählt worden, weil es aus mehreren Gründen eine Zäsur bildet: Bei der Strafverfolgung nationalsozialistischer Straftaten kam es in diesem Jahr zu einer grundlegenden Entscheidung des 5. Strafsenats bezüglich der Rechtsbeugung eines Richters des Volksgerichtshofes, die einen Schlusspunkt unter dieses Thema gesetzt hat. Eine ähnliche abschließende Wirkung hatte ein halbes Jahr später eine Entscheidung desselben Senats für die Verjährung nationalsozialistischer Verbrechen, so dass anschließend in großem Stil weitere Ermittlungsverfahren eingestellt worden sind. Das Staatsschutzrecht hat der Gesetzgeber durch das achte Strafrechtsänderungsgesetz (1968)[2] völlig umgestaltet, so dass auch insofern von einem starken Einschnitt gesprochen werden kann. Im Familiensenat schieden im Jahr 1967 mehrere Senatsmitglieder aus, vor allem zwei, die den Senat anderthalb Jahrzehnte geprägt hatten, überdies wurde 1969 das Nichtehelichen-Gesetz verabschiedet,[3] und die Verfahren nach dem Bundesentschädigungsgesetz, für die bisher auch der vierte Senat zuständig war, wurden im Jahr 1968 einem anderen Senat übertragen, so dass in der Folge ganz andere Personen in diesen Angelegenheiten judiziert haben. Schließlich ist der Wechsel im Amt des BGH-Präsidenten von Bruno Heusinger auf Robert Fischer ein weiterer Mosaikstein zur Begründung einer Zäsur beim BGH in diesem Jahr.

Thematisch ist es ein wichtiges Anliegen dieses Buches, die Anfänge des Bundesgerichtshofs insbesondere hinsichtlich der Nachwirkungen aus der NS-Zeit zu analysieren und die Einflüsse, die diese zwölf Jahre auf die erste Phase des Gerichts ausgeübt haben, zu beleuchten. Damit waren die Verurteilung der NS-Verbrechen und die Entschädigung der Opfer des nationalsozialistischen Unrechts als Materien sozusagen vorgegeben. Auch das Staatsschutzrecht, das sich vor dem Hintergrund des Ost-West-Konflikts abspielte, hatte Wurzeln in die vorausgegangenen Jahre, war überdies ein außenpolitisch hoch relevantes Rechtsgebiet, das für den jungen deutschen Staat auch innenpolitisch in der Auseinandersetzung mit der Ideologie des Kommunismus eine große Relevanz besaß.

1 Es gab auch erstinstanzliche Entscheidungen des BGH, etwa in Staatsschutzsachen, die allerdings eine überschaubare Menge darstellen, so dass sie quantitativ kein Problem für die Forschungskapazitäten darstellen.

2 BGBl I, 1968, S. 74.

3 Gesetz v. 19.8.1969 (BGBl I, 1969, S. 1243).

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-010

Das damit artikulierte, vor allem historische und gesellschaftspolitische, in zweiter Linie juristische Interesse war auch für die weitere inhaltliche Themenauswahl entscheidend: Für die Privatsphäre der Bürger steht zunächst vor allem die Familie im Vordergrund, weshalb dem Familienrecht ein eigenes Kapitel gewidmet ist. Einerseits interessiert die Sicht der Richter des zuständigen Familiensenats und ihr Versuch, auf die als richtig angesehene Lebensweise in die Familien hinzuwirken, andererseits soll das Kapitel einen Blick auf die besondere Situation der Familien der Nachkriegszeit werfen, weshalb bei den Scheidungsverfahren sämtliche Entscheidungen des zuständigen vierten Familiensenats ausgewertet wurden, deren Sachverhalte Aufschluss geben über die sozialen und psychischen Probleme in den damaligen Ehen. Aber auch in anderen Rechtsgebieten hat die Rechtsprechung in den Alltag der Menschen hineingewirkt und haben umgekehrt die Veränderungen der Lebenssachverhalte auf die Rechtsprechung Einfluss ausgeübt. Von großer Bedeutung waren der Wertewandel im Bereich der Sexualmoral, die Probleme des Wohnens nach den vielen Kriegszerstörungen, der Abschied von einer paternalistischen Medizin oder eine ganz neue Dimension von Mobilität auf den Straßen. Alle diese Themen haben das Rechtssystem, aber vor allem die Justiz in der Nachkriegszeit vor Herausforderungen gestellt. In diesem Kapitel mit den geschilderten Alltagsbereichen stehen Zivilrecht und Strafrecht nebeneinander, das wird bewusst in Kauf genommen, da für die getroffene Auswahl nicht die juristische Systematik das leitende Erkenntnisinteresse war, sondern die gesellschaftspolitische Relevanz. Dass die Themenauswahl subjektiv und angreifbar ist, der eine oder andere Leser vielleicht eine ihm wichtig erscheinende Materie vermissen wird, lässt sich kaum vermeiden, die hier getroffene Auswahl erhebt nicht den Anspruch, objektiv richtig zu sein.

Vor dem Hintergrund, dass Westdeutschland in den 1950er und 1960er Jahren ökonomisch eine große Dynamik erlebte, die zum sogenannten Wirtschaftswunder führte, ist es naheliegend, auch die Entwicklung des Wirtschaftsrechts in den Blick zu nehmen.

Kaum zu überschätzen ist schließlich die Bedeutung des neuen, 1949 in Kraft getretenen Grundgesetzes für die junge Bundesrepublik, weshalb sein Einfluss auch auf die Rechtsprechung der Senate des BGH in einem eigenen Kapitel behandelt wird: Haben die BGH-Senate dieses Grundgesetz, konkret vor allem die Grundrechte, in ihre Entscheidungen einbezogen? Auf welche Art und Weise haben die Zivilsenate die Grundrechte im Privatrecht berücksichtigt? Wie standen die Senate zur Gleichberechtigung? Welche Rolle spielte die Eigentumsgarantie im Staatshaftungsrecht? Gerade bei diesen angesprochenen Themen sind methodische Fragestellungen aufgeworfen, gleichzeitig öffnet das Thema mit seinen Wechselwirkungen verschiedener, miteinander konkurrierender Grundrechte den Blick in die Zukunft.

Die einzelnen Kapitel erheben nicht den Anspruch, das jeweilige Rechtsgebiet umfassend darzustellen und juristisch eingehend zu analysieren. Maßgebend für Auswahl und Darstellungstiefe war vielmehr die Tatsache, inwieweit BGH-Entscheidungen im Untersuchungszeitraum ergingen, die entweder juristisch besonders bedeut-

sam waren oder für die fünfziger und frühen sechziger Jahre Zeitzeugnisse gewesen sind. Die wissenschaftliche Literatur wurde nur herangezogen, soweit sie zumindest mittelbar die BGH-Rechtsprechung betrifft, da die vorliegende Studie weder eine systematische Darstellung noch eine vertiefte wissenschaftliche Durchdringung des jeweiligen Rechtsgebietes anstrebt.[4]

Die Analyse der Rechtsprechung stellt zunächst klassische Fragen: Gibt es Kontinuitäten oder Diskontinuitäten? Welche Methodik hat die Senate geleitet, konkret: inwieweit und mit welchem Selbstverständnis wurde Rechtsfortbildung betrieben? Welches waren die Kriterien für die inhaltliche Ausrichtung eines Senates? Als Quellen dienen in erster Linie die gerichtlichen Entscheidungen, und zwar nicht nur die Leitentscheidungen, sondern es wurden zum Teil auch unveröffentlichte und weniger bekannte Judikate einbezogen.[5] Überdies sind auch die Verfahrensakten sowie eine Reihe von Generalakten ausgewertet worden und – vereinzelt – die Reaktionen der allgemeinen Presse. Ein weiteres, unseres Erachtens bisher zu sehr vernachlässigtes Erkenntnisinteresse in der Justizgeschichte generell und zur BGH-Rechtsprechung im Besonderen besteht darin, die personale Seite stärker zu gewichten und zu überlegen, inwieweit bestimmte Personen eine konkrete Rechtsmaterie beeinflusst haben. Ausgangspunkt ist insoweit die These, dass die einzelnen Senate als jeweils eigenständige Spruchkörper gesehen werden müssen und dass die Darstellung und Interpretation der jeweiligen Senats-Rechtsprechung auch vor dem Hintergrund der handelnden Richterpersönlichkeiten bewertet werden sollte. Daher erfolgt an mehreren Stellen eine Verknüpfung der beiden Bände, und die in Teil I gewonnenen Erkenntnisse zur Biographie der Richter finden immer wieder auch im zweiten Teil Berücksichtigung. Selbstverständlich ist uns bewusst, dass die Urteile der BGH-Senate als Kollegialgerichte das Ergebnis eines Beratungsprozesses sind, über dem das Beratungsgeheimnis liegt und daher der Nachweis eines individuellen Einflusses nicht möglich ist. Die Verzahnung von historischer Zeitgeschichte und Rechtsgeschichte erhebt auch nicht den Anspruch, monokausale Erklärungen zu liefern, und soll nicht die klassische Methodik ersetzen, sondern möchte – bei Fällen, in denen es sich anbietet – den Interpretationsspielraum erweitern. Die Berücksichtigung der Richterbiografien verspricht zusätzliche Informationen, die bisher allenfalls im Hintergrund der Rechtsgeschichte angesprochen worden sind. Im Fazit des ersten Teils wurde etwa am Beispiel von Claus Seibert gezeigt, inwieweit konkret gemachte Erfahrungen für die Urteilsfindung von Bedeutung gewesen sein könnten. Dass die Interpretation nicht mit naturwissen-

4 Daher kann es sein, dass Leser grundlegende wissenschaftliche Arbeiten zu einzelnen Rechtsgebieten vermissen.

5 Zitiert wird der BGH nach gedruckten Rechtsprechungssammlungen (etwa der amtlichen Sammlung BGHZ und BGHSt, der Sammlung von Rüter zum NS-Unrecht, der HuSt im Staatsschutzrecht, der RzW im Entschädigungsrecht). Während der Erstellung dieser Studie sind viele Entscheidungen digitalisiert worden, die nicht mehr nachgetragen wurden. Über das Datum und das Aktenzeichen sind die Digitalisate für die Leser aber schnell auffindbar.

schaftlicher Evidenz bestimmte Faktoren belegen kann, ist in Kauf zu nehmen, sollte aber nicht Anlass sein, auf den Versuch einer Annäherung zu verzichten. Daher wird dieser biografische Aspekt an der ein oder anderen Stelle im Rechtsprechungsteil angesprochen, denn die subjektiven Voreinstellungen der handelnden Richter, so die Vermutung, dürften ein wichtiger Faktor zur Erklärung der Hintergründe mancher Entscheidungen sein.

II. Das Gericht und seine Rechtsprechung

1 Die Schatten der Vergangenheit

Die Anfänge der BGH-Rechtsprechung waren mit einer schweren Hypothek belastet, denn die tragischen Geschehnisse der zwölf Jahre zwischen 1933 und 1945 – sowohl das nationalsozialistische Unrecht als auch der Zweite Weltkrieg – hatten soziale, wirtschaftliche und psychische Auswirkungen, die die verschiedenen Senate noch Jahrzehnte beschäftigen sollten. In den meisten Rechtsgebieten hatte die Zeit vor 1945 Spuren hinterlassen, sei es, dass in Scheidungsverfahren die Ehegatten durch Krieg und Vertreibung dauernd getrennt worden waren, sei es, dass Enteignungen von Betrieben im Osten Deutschlands Auswirkungen auf die im Westen bestehende juristische Person zeitigten. Am unmittelbarsten waren diese Nachwehen wohl in den Bereichen der Strafbarkeit der NS-Täter und der Entschädigung für ihre Opfer.[1]

Ganz generell musste der neu geschaffene BGH als höchstes Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit seine Identität in der Rechts- und Gesellschaftsordnung der Bundesrepublik, in der ja einiges neu, vieles aber noch genauso wie früher war, erst einmal finden. Konkret versuchte das Gericht einen Spagat zwischen einerseits der Kontinuität, die er zum Beispiel in seinem Verhältnis zum Reichsgericht suchte, und andererseits der Distanzierung gegenüber dem NS-Unrecht. Dieser Balanceakt konnte angesichts der Verstrickung des Reichsgerichts in den Unrechtsstaat nicht so ganz ohne Verwerfungen gelingen.

1.1 Versuch einer Distanzierung vom Nationalsozialismus

> Im Bewußtsein aller zivilisierter Völker (besteht) ein gewisser Kernbereich des Rechts, der nach allgemeiner Rechtsauffassung von keinem Gesetz und keiner sonstigen obrigkeitlichen Maßnahme verletzt werden darf.[2]

Mit diesen markanten Worten hat der 1. Strafsenat im Januar 1952 ein Zeichen setzen wollen: Was zwischen 1933 und 1945 in Gesetzgebung, Verwaltung und Justiz passiert war, sei nicht vorbehaltlos zu akzeptieren. Der Maßstab für die Frage, was Unrecht gewesen war, sollte – das wurde in dieser und vielen anderen Entscheidungen deutlich – das Naturrecht sein. Denn die Anerkennung eines Naturrechts bot die relativ einfache Möglichkeit, sich wortstark gegenüber dem nationalsozialistischen Recht abzusetzen, ohne damit konkrete Ergebnisse präjudizieren zu müssen.

Die mitunter als „eigenartig“ wahrgenommene[3] Rückkehr des BGH zu naturrechtlichen Grundsätzen in den 1950er Jahren wird allgemein als eine Reaktion auf die

1 Zu diesen beiden Themen s. Kap. 1.2 und 1.3.

2 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234, 237 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff. (773)) unter Mitwirkung der beiden früheren Richter am Obersten Gerichtshof für die Britische Zone Wilhelm Geier und Heinrich Jagusch (zu ihnen mehr Band 1, Kap. 3.2).

3 Zum Beispiel: Foljanty, Recht oder Gesetz, S. 4.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-011

menschenverachtenden Jahre des Nationalsozialismus gesehen: Diese naturrechtliche Phase sei, so die gängige Interpretation, die auch vom ersten Präsidenten des Bundesgerichtshofs Hermann Weinkauff gestreut wurde, eine Reaktion auf den Positivismus gewesen, der von vielen für das Desaster der Juristen unter dem Hitlerregime verantwortlich gemacht worden war.[4] Diese später als „Positivismuslegende“[5] bezeichnete Haltung diente auch dazu, die Verstrickung juristischer Praktiker, die sich durch ihren opportunistischen Gehorsam gegenüber dem staatlichen Unrecht mitschuldig gemacht hatten, zu relativieren.[6] Daher wandte der BGH sich vom Positivismus ab und – in gewisser Weise konsequent – einem überpositiven naturrechtlichen Recht zu, womit er eine Wiederholung der erlebten Rechtsperversion glaubte verhindern zu können.[7]

Freilich begann diese Naturrechts-Renaissance des BGH nicht bei Null,[8] sondern konnte unmittelbar an wissenschaftliche Veröffentlichungen aus der zweiten Hälfte der 1940er Jahre anknüpfen. Denn entsprechende Überlegungen hatte es in der Wissenschaft bereits nach dem Zweiten Weltkrieg noch vor der Gründung des BGH gegeben,[9] z. B. bei dem Frankfurter Rechtshistoriker Helmut Coing, der dem Positivismus übergesetzliche Grundsätze entgegensetzte, die er unabhängig von einer theologischen Verankerung aus dem Wesen des Menschen abzuleiten versuchte.[10] Konkret waren seine Bezugspunkte die Anerkennung der Persönlichkeit des Einzelnen, die Gleichberechtigung und ein allgemeingültiges Rechtsgefühl. Diese Ableitung allgemeiner Werte aus subjektiven Grundüberzeugungen nannte der Rechtshistoriker Franz Wieacker „materielle Grundwerte als erlebnismäßiges Phänomen“.[11] Die so gefundene

4 So beispielsweise Weinkauff, Naturrechtsgedanke, S. 559: „Als treibende Kraft stehen dahinter ersichtlich die bitteren Erfahrungen, die man mit dem staatlich gesetzten Unrecht in der nationalsozialistischen Zeit gemacht hatte“ (Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke, in: *NJW* (1960), S. 1689, 1691); ähnlich: Weinkauff, Die deutsche Justiz, S. 37.

5 Fischer, Bundesgerichtshof als Reichsgericht, S. 59; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, Rn. 483; Rüthers, Recht, in: *JZ* (2013), S. 824; Reifner, Juristen, in: *ZRP* (1983), S. 13 ff. (die Positivismusthese sei eine Umkehrung der wirklichen Verhältnisse); sehr kritisch gegenüber Weinkauffs These: Franssen, Positivismus, in: *JZ* (1969), S. 766; gegen ihn wieder Weinkauff, Was heißt das? in: *JZ* (1970), S. 54.

6 In diese Richtung argumentierte der spätere Bundesjustizminister Thomas Dehler im parlamentarischen Rat: „Der deutsche Richter stand unter dem Zwang des Gesetzes. Er konnte sich dem Druck des Gesetzes nicht entziehen.“ (S. 292); die Sicht, den Positivismus zum Prügelknaben zu machen, ist später scharf angegriffen worden, s. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung.

7 Dass die Positivismus-Legende auch im BGH vertreten wurde: Fischer, Bundesgerichtshof als Reichsgericht, S. 63; für die naturrechtliche Rechtsprechung setzte sich auch Willi Geiger ein, der ab 1953 Senatspräsident und gleichzeitig Richter am BVerfG war.

8 Gegen die These von der „Stunde Null“: Rüthers, Recht, in: *JZ* (2013), S. 823, der auf die Erkenntnisse aus seiner Habilitationsschrift (Die unbegrenzte Auslegung) verweist, worin er darlegt, dass sich bereits in der NS-Zeit ein Teil der Lehre, der dem NS nahestand, vom Positivismus ab und einem – rassistischen – Naturrecht zugewandt hatte.

9 Eine Reihe von Autoren werden von Dieter Schwab genannt: Schwab, Naturrecht als Norm, S. 69, 72 ff.

10 Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts.

11 Wieacker, Zur Erweckung, in: *Süddt JZ* (1949), S. 295.

Rechtsidee wurde fortan nicht nur zur kritischen Auseinandersetzung mit dem geltenden Recht herangezogen, sondern sollte dieses als regulatives Prinzip auch begrenzen. Am bekanntesten und wirkmächtigsten hat sich die sogenannte Radbruch'sche Formel erwiesen, wonach einem Gesetz (oder Befehl) die Gefolgschaft zu versagen ist

„[…], wenn der Widerspruch des positiven Rechts zur Gerechtigkeit ein unerträgliches Maß erreicht,“[12] eine Formel, die dann auch Eingang in die BGH-Rechtsprechung gefunden hat.[13] Dies bedeutete allerdings nicht, dass die Positionen der geschilderten Autoren eins zu eins übernommen wurden. Ein Wesensmerkmal des Naturrechts bestand nämlich zum Beispiel für Weinkauff in der Bedeutung der Religion für die Begründung des überpositiven Rechts. Einen solchen Gottesbezug des propagierten Naturrechts hatte ebenfalls der „Vater“ der rheinland-pfälzischen Landesverfassung, Adolf Süsterhenn, bereits 1947 angedeutet und das Naturrecht somit in einem christlichen Licht gesehen, das zwar unabhängig von einer bestimmten Religion bestehe, aber durch das Christentum erst vollendet werde.[14] Auch Weinkauff brachte unmissverständlich seine Auffassung zum Ausdruck, dass die christliche Religion entscheidend für die Herausbildung naturrechtlicher Gedanken sei.[15] Die Ordnung der Werte beruhe auf göttlicher Setzung, was nicht nur seine persönliche Auffassung, sondern die des gesamten Gerichts sei.[16] Schon kurz nach Gründung des BGH hatte er klar und eindeutig über naturrechtliche Grundsätze gesagt: „Diese Sätze gelten, weil Gott sie verbindlich gesetzt hat“,[17] was letztlich auf die Anerkennung eines absoluten, das heißt zeitlich und regional gleichbleibenden Naturrechts hinausläuft.[18] In diesem Punkt war der Ansatz der überwiegenden Literatur ein anderer, weil diese betonte, dass Wertprinzipien immer auch auf die jeweilige historische Situation Rücksicht nehmen müssten.[19]

12 Radbruch, Gesetzliches Unrecht, in: *SJZ* (1946), S. 105, 107.

13 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff.); BGH v. 12.2.1952 – 1 StR 658/51 (BGHSt 2, 173 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420b, S. 325 ff.); BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff.).

14 Süsterhenn, Die Kirche in der Welt, S. 55; zu den naturrechtlichen Ansätzen von Süsterhenn, Weinkauff und Coing ausführlich die Monografie von Foljanty, Recht oder Gesetz.

15 Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke, in: *NJW* (1960), S. 1689 ff.

16 Weinkauff, Naturrechtsgedanke, S. 561.

17 Weinkauff, Naturrecht in evangelischer Sicht, in: *Zeitwende* (1951/52), S. 95 ff. (abgedruckt in: Maihofer (Hrsg.): Naturrecht oder Positivismus, S. 210 ff., Zitat auf S. 213).

18 Die Überzeitlichkeit wird bspw. betont in BGH v. 8.6.1953 – I VRG 5/53 (BGHZ 11 Anhang, S. 81); BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 52); zur naturrechtlichen Auffassung Weinkauffs ausführlich: Herbe, Weinkauff, S. 121–177.

19 Gegen die katholische Sicht und die daraus abgeleitete Folgerung eines absoluten Naturrechtssystems sprach sich dezidiert Franz Wieacker aus: Wiacker, Zum heutigen Stand; ähnlich: Spranger, Zur Frage, in: *Universitas* 3 (1948), S. 405–420; siehe auch: Radbruch, Neue Probleme, S. 32; Replik Wieacker, in: *Universitas* 3 (1948), S. 1173 ff.; Mitte der 1950er Jahre suchte der damalige BGH-Richter und spätere Mainzer Strafrechtsprofessor Dietrich Lang-Hinrichsen eine säkulare Begründung, s.

Der naturrechtliche Bezug findet sich in der BGH-Rechtsprechung vieler Senate sowohl bei grundsätzlichen Fragestellungen als auch bei einzelnen Rechtsproblemen und schlägt sich häufig in Formulierungen nieder, die der Selbstvergewisserung dienen, ohne dass das Gericht damit eine konkrete Problemlösung verbindet. In sprachlicher Hinsicht kommt das naturrechtliche Denken in unterschiedlichen Ausdrucksformen zum Vorschein: Hin und wieder wird das Wort Naturrecht selbst gebraucht,[20] oft ist die Rede von einem allgemein anerkannten oder allgemein gültigen Sittengesetz, wie sich mehrere Senate ausdrückten.[21] Die Redewendung von den „sittlichen Wertvorstellungen, die sich bei allen Kulturvölkern finden“,[22] und von den „Geboten der Menschlichkeit“[23] kommen öfter in Entscheidungen des 1. Strafsenates vor. Alle diese Formulierungen weisen einen Bezug zu einem überpositiven Recht auf. Des Weiteren deutet sowohl der häufige, ja fast inflationäre Gebrauch des Begriffs der Gerechtigkeit, der in verschiedenen Kombinationen verwandt wurde („strafende Gerechtigkeit“, „Gerechtigkeitsidee“, Forderung oder Gebot der Gerechtigkeit),[24] als auch die Formulierung von einem unantastbaren Rechts- und Freiheitsbereich[25] auf eine naturrechtliche Bezugnahme hin. Aber nicht nur die Verwendung einzelner Begriffe ist ein Indiz dafür, dass das Gericht naturrechtlich gedacht hat, die Richter sprechen in verschiedenen Entscheidungen sogar ausdrücklich von einem übergesetzlichen Recht.[26] Auch die

---

Lang-Hinrichsen, Die ewige Wiederkehr, S. 1–69. Auf der anderen Seite gab es auch in der Literatur einige Autoren, die an die Scholastik anknüpften, etwa Johannes Messner und Günter Küchenhoff.

20 BGH v. 12.7.1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 107); BGH v. 8.2.1952 – V ZR 6/50 (BGHZ 5, 97); BGH v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHSt 4, 390).

21 BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 93); BGH v. 5.4.1951 – IV ZR 79/50 (BGHZ 1, 358); BGH v. 8.2.1952 – V ZR 6/50 (BGHZ 5, 97); BGH v. 29.9.1952 – III ZR 340/51 (BGHZ 7, 227); BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234, 237 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff. (773)); BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 (BGHSt 3, 106); BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 362 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff.); BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 52); BGH v. 14.7.1955 – 1 StR 172/55 (BGHSt 8, 83); BGH v. 28.7.1955 – StE 213/52 (BGHSt 8, 163).

22 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234, 237 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff.); ähnlich: BGH v. 6.11.1951 – 1 StR 27/50 (BGHSt 1, 399).

23 BGH v. 6.11.1951 – 1 StR 27/50 (BGHSt 1, 397, 399).

24 BGH v. 12.7.1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 107); BGH v. 6.10.1952 – I VRG 11/52 (BGHZ 9, 400); BGH v. 29.1.1957 – VIII ZR 71/56 (BGHZ 23, 181); BGH v. 12.4.1954 – GSZ 1/54 (BGHZ 13, 96); BGH v. 8.7.1955 – I ZR 24/55 (BGHZ 18, 96) u. v. m. (viele weitere Nachweise bei Langner, Gedanke des Naturrechts, S. 96 ff.).

25 BGH v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHSt 4, 390); BGH v. 21.12.1955 – 6 StR 113/55 (BGHSt 9, 147); BGH v. 22.12.1956 – 2 StR 15/56 (BGHSt 10, 170).

26 BGH v. 15.3.1951 – III ZR 153/50 (BGHZ 1, 276); BGH v. 23.5.1951 – II ZR 71/50 (BGHZ 2, 189); BGH v. 12.7.1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 107); BGH v. 19.6.1952 – III ZR 147/50 (BGHZ 7, 25); BGH v. 6.10.1952 – I VRG 11/52 (BGHZ 9, 400); BGH v. 6.9.1953 – I VRG 11/53 (BGHZ 11, Anhang S. 34) und viele mehr (Langner, Gedanke des Naturrechts, S. 96 f.); BGH v. 27.2.1951 – 4 StR 123/51 (BGHSt 1, 49); BGH v. 13.11.1951 – 1 StR 597/51 (BGHSt 2, 1); BGH v. 18.10.1951 – 3 StR 513/51 (BGHSt 2, 77); BGH v. 30.8.1952 – 3 StR 496/51 (BGHSt 2, 394); BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 363 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff.); BGH v. 5.5.1954 – 1 StR 25/54 (BGHSt 6, 124); BGH v. 26.3.1954 – 1 StR 23/54 (BGHSt 6, 10); BGH v. 8.4.1954 – 3 StR 836/53 (BGHSt 6, 156).

Vorstellung eines unantastbaren Kernbereichs des Rechts, „wie er im Rechtsbewusstsein aller Kulturvölker lebt“,[27] und der über jedem innerstaatlichen Recht stehe,[28] ist eindeutig naturrechtlich inspiriert.

Als inhaltlicher Bezugsrahmen wurden vor allen Dingen die Grundrechte herangezogen,[29] denen ein naturrechtlicher Rang zugesprochen wurde.[30] Die Freiheit des Menschen bilde die Grundlage eines Schuldstrafrechts,[31] der Gleichheitssatz sei ein allgemeines Prinzip des Rechts,[32] auch die Eigentumsgarantie habe Anteil an überpositiven Grundsätzen,[33] und schließlich wurde auch auf die Menschenwürde zurückgegriffen.[34] Aber nicht nur die Grundrechte, auch andere grundlegende Werte sollten Anteil am Naturrecht haben, wobei etwa die Prinzipien der Einehe,[35] der Rechtsstaatlichkeit,[36] der Grundsatz von Treu und Glauben[37] oder – negativ – die Ablehnung einer Siegerjustiz[38] genannt werden. Ferner wird der Begriff von der abendländischen Kultur[39] benutzt, um ihn als historischen Bezug des Naturrechts für den westeuropäischen Kulturkreis heranzuziehen,[40] aus dem das überpositive Recht hergeleitet wurde. Erkenntnisquelle sollte, wie bei Coing und Wieacker, das Gewissen beziehungsweise das Rechtsempfinden sein.[41] Dieses offene Bekenntnis zur Subjektivität ist einerseits für Juristen überraschend,[42] andererseits aber konsequent, wenn das Naturrecht eher als Bollwerk gegenüber einer Diktatur oder zur Bekräftigung einer ohnehin bereits bestehenden Haltung gebraucht wird. Dass nicht nur der Richter an das überpositive

27 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234, 239 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff. (774)).
28 BGH v. 6.11.1951 – 1 StR 27/50 (BGHSt 1, 399); BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 363 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff.).
29 BGH v. 8.6.1953 – I VRG 5/53 (BGHZ 11, Anhang S. 81).
30 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 275).
31 Zur Freiheit: BGH v. 18.3.1952 – GSSt 2/51 (BGHSt 2, 200 f.).
32 Zur Gleichheit: BGH v. 19.6.1952 – III ZR 147/50 (BGHZ 7, 25); BGH v. 6.9.1953 – I VRG 11/53 (BGHZ 11, Anhang S. 40).
33 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 275); BGH v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 317); BGH v. 28.2.1955 – GSZ 4/54 (BGHZ 16, 353); BGH v. 8.6.1953 – I VRG 5/53 (BGHZ 11, Anhang S. 84 f.).
34 BGH v. 12.2.1952 – 1 StR 658/51 (BGHSt 2, 173, 177 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420b, S. 325 ff. (334)).
35 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 53).
36 BGH v. 1.12.1952 – III ZR 114/52 (BGHZ 8,182); BGH v. 28.2.1955 – GSZ 4/54 (BGHZ 16, 354).
37 BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 28/52 (BGHZ 7,127).
38 BGH v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 293).
39 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234, 239 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff. (774)); BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357, 362, 365 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff. (509, 512)); BGH v. 12.7.1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 108); mit dem Zusatz „christlich“: BGH v. 8.2.1952 – V ZR 6/50 (BGHZ 5, 97).
40 BGH v. 15.3.1951 – III ZR 153/50 (BGHZ 1, 276).
41 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 56 f.); BGH v. 7.5.1953 – III ZR 140/51 (BGHZ 10, 5).
42 Fritz Bauer kommentierte dies so: „Diese Selbstgewißheit ist erkenntnistheoretisch naiv, sie wird weder von protestantischer noch humanistischer Seite geteilt“ (Bauer, Justiz als Symptom, S. 231).

Recht gebunden sein sollte, sondern auch der Gesetzgeber,[43] ergibt sich aus dem Charakter des Naturrechts ohnehin. Auch bei der Frage, ob ein Gesetz wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht unwirksam ist und ihm daher die Gefolgschaft zu versagen sei, wurde daher auf die Radbruch'sche Formel zurückgegriffen.[44]

Vor allem in strafrechtlichen Entscheidungen wurde die Legitimität bestimmter nationalsozialistischer Gesetze bestritten mit der Folge, dass insoweit eine Strafbarkeit für NS-Täter begründet werden konnte,[45] ohne gegen das Rückwirkungsverbot zu verstoßen.[46] Hier spürt man am stärksten den Einfluss Gustav Radbruchs,[47] ebenso bei der Frage, ob konkrete Befehle einen Rechtfertigungsgrund bilden. Wenn der 1. Strafsenat des BGH sagt, dass für gerichtliche Entscheidungen bestimmte Mindestanforderungen an Verfahrensgrundsätzen bestünden (betrifft Standgerichte)[48] oder dass bei der Befolgung eines Befehls ein Mindestmaß an Gewissensanspannung zu verlangen sei,[49] liegt darin letztlich ein Anschluss an die erwähnte Kernbereichslehre Radbruchs.

Die vielen, hier nicht vollständig wiedergegebenen Formulierungen, können nicht darüber hinwegtäuschen, dass letztlich keine engmaschige Kontrollfunktion gegenüber der Rechtsordnung der Bundesrepublik angestrebt wurde. Kaum eine Norm des (damals) aktuell geltenden Rechts wurde als Verstoß gegen das Naturrecht abgelehnt.[50] Es ging den Richtern, wie bereits eingangs erwähnt, weniger um die Etablierung einer neuen Rechtsquelle zur Lösung aktueller Probleme als vielmehr um die Abgrenzung zur nationalsozialistischen Zeit und die Absicherung allgemein anerkannter Werte. Auch wenn sich die meisten Richter am BGH in diesem Punkt einig gewesen sein dürften, soll nicht behauptet werden, dass alle am BGH die naturrechtlichen Vorgaben des Präsidenten konformistisch umgesetzt haben.[51] Sicherlich standen wohl einige der Richter dem Naturrechtsdenken skeptisch gegenüber,[52] ohne jedoch einen

43 BGH v. 6.11.1951 – 1 StR 27/50 (BGHSt 1, 399); BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357, 362, 365 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff. (509, 512)); BGH v. 25.5.1955 – IV ZR 6/54 (BGHZ 17, 334).

44 BGH v. 12.7.1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 107); BGH v. 29.1.1957 – VIII ZR 71/56 (BGHZ 23, 181); s. a. BGH v. 1.12.1952 – III ZR 114/52 (BGHZ 8, 182); BGH v. 28.2.1955 – GSZ 4/54 (BGHZ 16, 354); der BGH nennt als Maßstab ferner einen Widerspruch zum Sittengesetz (BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 52)). Einen solchen Verstoß sah das Gericht – nachvollziehbar – bei § 48 EheG nicht gegeben: BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 93).

45 Zu diesem Thema genauer unten Kapitel 1.2.2.

46 Das ist der Grund, warum Jähncke, Aufräumen, S. 140 die Naturrechtsprechung positiv bewertet.

47 Z. B. in BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff.); BGH v. 12.2.1952 – 1 StR 658/51 (BGHSt 2, 173 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420b, S. 325 ff.); BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff.).

48 BGH v. 12.2.1952 – 1 StR 658/51 (BGHSt 2, 173, 175 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420b, S. 325 ff. (327)).

49 BGH v. 22.1.1952 – 1 StR 485/51 (BGHSt 2, 251, 257).

50 Stattdessen wurde insoweit die Verfassungsmäßigkeit zum entscheidenden Maßstab.

51 Naturrechtliche Aussagen finden sich bei allen Zivilsenaten und den meisten Strafsenaten, besonders häufig beim IV. Zivil- und beim 1. Strafsenat, kaum dagegen bei dem 5. (Berliner) Strafsenat.

52 So zum Beispiel der Vorsitzende des fünften (Berliner) Strafsenats, Werner Sarstedt.

Anlass zu sehen, dies deutlich auszudrücken. Und es ist auffällig, dass mit dem Ausscheiden Weinkauffs diese „Naturrechtsepoche“ recht abrupt endete. Aber noch zehn Jahre nach Gründung des BGH resümierte dessen damaliger Präsident Bruno Heusinger, der selbst kein Anhänger einer Naturrechtslehre gewesen ist:

> Im Wirbel dieser Ereignisse galt es vor allem die Kraft zur Rückbesinnung auf diejenigen Urwerte von Gerechtigkeit und Menschenwürde zu gewinnen, die in ihrem Kern nicht zur Verfügung irdischer Obrigkeit stehen.[53]

1.2 Die Bestrafung des NS-Unrechts

Die bundesdeutsche Strafjustiz zu den nationalsozialistischen Verbrechen ist mittlerweile Gegenstand einer recht umfangreichen Literatur geworden,[54] deren Bewertung je nach Autor wenig überraschend unterschiedlich ausfällt, hängt diese doch in erster Linie vom Standpunkt des Betrachters, aber auch davon ab, welcher Bereich der Rechtsprechung jeweils in den Blick genommen wird. Während die meisten Kritiker ein Versagen der Justiz der Bundesrepublik konstatieren,[55] stehen auf der anderen Seite auch einige, die eine gemäßigt positive Bilanz ziehen.[56] Der BGH, der schon gleich in den ersten seiner Entscheidungen mit dem NS-Unrecht konfrontiert war und sich in den folgenden zwei Jahrzehnten in einer Reihe von Urteilen mit den unterschiedlichsten Verbrechen zu befassen hatte, die während der zwölf Jahre der NS-Herrschaft

53 Heusinger, Zehn Jahre, in: *DRiZ* (1960), S. 302.

54 Nur beispielhaft seien erwähnt: Rückerl, NS-Verbrechen vor Gericht; Müller, Furchtbare Juristen; Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Im Namen des Deutschen Volkes; Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen; Schramm, Skalen der strafrechtlichen Verantwortung; Jähnke, Aufräumen; Jasch/Kaiser, Holocaust.

55 Generell: Friedrich, Die kalte Amnestie; Giordano, Die zweite Schuld; Spendel, Rechtsbeugung durch Rechtsprechung, S. 89: „Bankrotterklärung“, zustimmend Koch, Der Huppenkothen-Prozess, S. 131; Müller, Furchtbare Juristen; Gribbohm, Nationalsozialismus, in: *NJW* (1988), S. 2842, 2849; Schramm, Skalen der strafrechtlichen Verantwortung, S. 157: „relatives Schlussstrichmodell“; Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 416, die gerade auch bezogen auf den BGH meint, die Rechtsprechung habe sich „vollkommen unabhängig von den gesetzlichen Voraussetzungen“ entwickelt (S. 419); Jasch/Kaiser, Holocaust: „höchst unbefriedigend“ (S. 200); speziell zu den in Italien begangenen Verbrechen der Wehrmacht: Schreiber, Kriegsverbrechen, S. 145 ff.; Streim, Saubere Wehrmacht, S. 592 ff.; Zahlen zu den Ermittlungsverfahren, Verurteilungen und Einstellungen bei Jasch/Kaiser, Holocaust, S. 199 f.; auch der BGH selbst hat Mitte der 1990er Jahre die justizielle Aufarbeitung des NS-Unrechts als „fehlgeschlagen“ bezeichnet (BGH v. 16.11.1995 – 5 StR 747/94 (BGHSt 41, 317 (339) = *JZ* (1996), S. 861, 866).

56 Reichel, Nationalsozialismus vor Gericht, S. 61; Burkhardt, Juristische Aufarbeitung, S. 474 f.; Rückerl, NS-Verbrechen, S. 325: „Ein Versuch nur – immerhin ein Versuch“.

begangen worden waren, ist von großen Teilen der Literatur in diesem Zusammenhang, mitunter heftig, kritisiert worden.[57]

Im Gegensatz zum Obersten Gerichtshof für die Britische Zone, der aufgrund des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 die Strafbarkeit unter anderem wegen „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ bejahte,[58] knüpfte der BGH grundsätzlich an das zur Tatzeit geltende Recht an, das allerdings von Fall zu Fall anhand naturrechtlicher Gedanken modifiziert wurde.[59]

1.2.1 Ein Täter – Millionen Gehilfen?[60]

Die Frage, wer Täter der einzelnen NS-Verbrechen und wer „nur“ Teilnehmer gewesen war, rührt an das ganz grundsätzliche Bild, das sich die Richter vom Geschehen in der Zeit von 1933 bis 1945 machten. Die Auffassung der bundesdeutschen Nachkriegsjustiz, Personen, die selbst unmittelbar eine Tat, etwa eine Erschießung eines Lagerinsassen, begangen hatten, nur als Gehilfen an dem Geschehen zur Verantwortung zu ziehen,[61] zeigt eine sehr eindimensionale Sicht. Schon die unteren Gerichte sahen von Anfang an überwiegend Hitler, Himmler und Goebbels als Täter des Holocaust, so dass die sonstigen Ausführenden, wenn überhaupt, „nur“ wegen Beihilfe belangt wurden.[62] Der Vorwurf gegenüber dem BGH geht dahin, dass er diese „Gehilfen-Rechtsprechung“ begründet, zumindest aber gefördert habe.[63] Nun ist unschwer zu erkennen, dass die Theorie des subjektiven Täterbegriffs, die dieser Ansicht zugrunde liegt, älter ist: Die eingeschränkte subjektive Beteiligungstheorie, an die die Nachkriegsrechtsprechung anknüpfte, war nämlich schon vom Reichsgericht vertreten worden, wonach Täter nur derjenige ist, der eine Tat als eigene will.[64] Soweit dieser subjektive Wille

57 Es gibt allerdings kaum Publikationen, die sich auf die Rechtsprechung des BGH spezialisiert und diese insgesamt thematisiert haben.

58 Zu dessen Rechtsprechung: Justizministerium NRW, Verbrechen gegen die Menschlichkeit; Pöpken, Vergangenheitspolitik, S. 569 ff.; Ohlenroth, Die Rechtsprechung; Storz, Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes.

59 Bereits 1951 hob die britische Militärregierung die Ermächtigung zur Anwendung dieses Gesetzes durch deutsche Gerichte auf.

60 Ähnlich die Formulierung von Sax, Der Bundesgerichtshof, in: *JZ* (1963), S. 335; Steinke, Sie waren Mörder, in: *SZ*, 17.11.2021.

61 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff.); BGH v. 22.1.1952 – 1 StR 485/51 (BGHSt 2, 251, 257); BGH v. 12.2.1952 – 1 StR 658/51 (BGHSt 2, 173 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420b, S. 325 ff.); BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff.); BGH v. 14.10.1952 – 1 StR 791/51 (BGHSt 3, 271 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 404d, S. 626 ff.); aus den 1960er Jahren: BGH v. 29.3.1963 – 4 StR 500/62 (BGHSt 18, 311 = Rüter/de Mildt, Bd. XVIII, Nr. 529b, S. 329 ff.).

62 Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 177 ff., 182 ff.; Koch, Täterschaft, S. 434.

63 Müller, Furchtbare Juristen, S. 253; Koch, Täterschaft, S. 435.

64 So das RG in seiner bekannten „Badewannenentscheidung“ (RGSt 74, 85).

nicht nachgewiesen werden konnte, entfiel eine Täterschaft und es kam nur eine Beteiligung an der Tat eines anderen (Beihilfe, Anstiftung) in Betracht.[65] Bei Anwendung der geschilderten subjektiven Theorie konnten die Angeklagten sich damit verteidigen, sie hätten lediglich – widerstrebend – auf Befehl gehandelt, womit sie zwangsläufig aus dem „Täterprofil" herausfielen. Ganz in diesem Sinne hatte der 4. Strafsenat des BGH in einem Verfahren aus dem Jahr 1951, in dem eine Rechtfertigung nach § 47 MilStGB (Handeln auf Befehl) verneint wurde, dem Landgericht in seiner Zurückverweisung aufgetragen, zu prüfen, ob der Täter die Tat als eigene gewollt habe; nur dann sei er als Täter anzusehen.[66] Diese Formulierung in der rückverweisenden Entscheidung spricht eindeutig für eine Fortsetzung der Linie des Reichsgerichts. Das galt auch für einige Entscheidungen des 1. Senats: Ein Angehöriger der Waffen-SS hatte einen gefangengenommenen Feindflieger erschossen. Der Senat bezeichnete zwar auch die Tatherrschaft und das Maß des Tatbeitrages als wichtige Anhaltspunkte für eine Täterschaft, meinte dann aber: „Entscheidend ist jedoch die Willensrichtung des Handelnden. Will er die Tat als eigene, ist er Täter, will er eine fremde Tat fördern, ist er Gehilfe".[67] Weitere Entscheidungen – auch anderer Senate – gingen in dieselbe Richtung.[68]

Allerdings gibt es insbesondere zu Beginn der 1950er Jahre auch einige Urteile, in denen die unmittelbar Handelnden auch nach Auffassung der BGH-Strafsenate „Täter" waren, meist wenn sie Exzess-Handlungen begangen hatten: Bei Misshandlungen an Kriegsgefangenen wurden zum Beispiel die konkret vor Ort befindlichen Mitarbeiter eines Konzentrationslagers als Täter bestraft,[69] und ein Arzt des Konzentrationslagers wurde wegen schwerer Körperverletzung in Täterschaft verurteilt.[70] Mitunter hatte das Schwurgericht auch festgestellt, dass die Angeklagten die Tat als eigene gewollt hatten, so etwa bei einem Befehlshaber eines Wachkommandos eines Lagers in Oberhessen, der auf Befehl noch im März 1945 vor dem Heranrücken der Alliierten 87 meist weibliche Häftlinge umbringen ließ,[71] ferner bei einem Mann, der auf Befehl bei den Massentötungen in Treblinka die Bewachung des Vorgangs übernommen hatte,[72] oder bei zwei maßgebenden SS-Leuten eines Ortes, die an vorderster Front mitgewirkt

65 Nachweise der Rechtsprechung der unteren Instanzen bei: Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 177 ff.; Greve, Amnestierung, in: *KJ* 33 (2000), S. 151 ff.

66 BGH v. 13.2.1951 – 4 StR 32/50 (Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 281b, S. 446 ff.; *NJW* (1951), S. 323); BGH v. 5.7.1951 – 3 StR 333/51 (Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 268b, S. 240 ff.).

67 BGH v. 5.5.1954 – 1 StR 626/53 (Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 413b, S. 83 ff. (85)).

68 Beispielsweise wurde die Selektion von Personen für eine Deportation als Beihilfe gewertet (BGH v. 28.11.1952 – 4 StR 23/50 (Rüter/de Mildt, Bd. XI, Nr. 380c, S. 723 ff.; *NJW* (1953), S. 513)).

69 BGH v. 4.4.1951 – 1 StR 77/50 (BGHSt 1, 84); BGH v. 5.6.1951 – 1 StR 129/51 (BGHSt 1, 219); BGH v. 11.12.1952 – 4 StR 48/50 (Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 612b, S. 719 ff.): Erschießung eines Fahnenflüchtigen im April 1945; BGH v. 7.12.1954 – 2 StR 327/54 (BGHSt 7, 47).

70 BGH v. 27.3.1953 – 1 StR 689/52 (BGHSt 4, 113).

71 BGH v. 5.7.1951 – 3 StR 333/51 (Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 286b, S. 240 ff., 243).

72 BGH v. 10.1.1952 – 3 StR 672/51 (Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 270 b, S. 277).

hatten, die Synagoge abzubrennen.[73] Diese Verurteilungen hatten vor den BGH-Senaten Bestand. Auch wenn die Angeklagten auf Befehl gehandelt hätten, sei es nicht zu beanstanden, dass sie als Täter verurteilt wurden. Noch weitergehender wird als grundsätzlicher Ausreißer (aus der subjektiven Theorie) ein Urteil des 5. Strafsenats des BGH aus dem Jahre 1956 angeführt:[74] Ein Mann, der im März 1953 auf Drängen einer Frau, der er „hörig" gewesen sein soll, deren Ehemann heimtückisch tötete, wurde als Täter angesehen, obwohl er die Tat nicht als eigene gewollt hatte und als „Typ des sturen Befehlsempfängers" bezeichnet wurde.[75] Das gab Anlass, zu vermuten, dass der BGH in diesem Verfahren mit der rein subjektiven Sichtweise gebrochen hatte.[76] Allerdings war dies kein Verfahren gewesen, das ein nationalsozialistisches Verbrechen zum Gegenstand hatte. Ausdrücklich betonte der 5. Senat genau in diesem Urteil, dass die Beurteilung von Täterschaft und Teilnahme bei Befehlsempfängern im Rahmen eines Machtapparates anders zu sehen sein könnte.[77] Der Senat hat in dieser Entscheidung zwar eine grundsätzliche Stellungnahme zur subjektiven Theorie vermieden, aber konkret gesagt, dass bei der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme alle Umstände der Tat zu berücksichtigen seien, zum Beispiel die Beherrschung des Geschehensablaufs – ein rein objektives Kriterium.[78] In die gleiche Richtung gehen zwei Urteile Mitte der 1950er Jahre, zum Beispiel eines des 4. Senats, das hinsichtlich der Tötung jüdischer Häftlinge die Verurteilung wegen Beihilfe aufhob und dem Schwurgericht zu prüfen aufgab, ob nicht doch Täterschaft gegeben sein könne, wobei die Tatherrschaft einen wichtigen Anhaltspunkt bilde.[79] Aus dieser Entscheidung, die unter dem Vorsitz von Eberhard Rotberg erging und bei der Elisabeth Krumme Berichterstatterin war, lässt sich eine Distanzierung gegenüber einer rein subjektiven Betrachtung entnehmen.[80] Alles in allem kann jedenfalls nicht davon gesprochen werden, wie mitunter unterstellt wird, dass der BGH als ganzes die subjektive Theorie des Reichsgerichts eins zu eins fortgesetzt habe.

73 BGH v. 13.6.1952 – 4 StR 39/50.

74 BGH v. 10.1.1956 – 5 StR 529/55 (BGHSt 8, 393) unter dem Vorsitz von Werner Sarstedt. Beisitzer waren Adolf Schmidt, Rudolf Schmitt, Else Koffka und Rudolf Börker. Dieser sogenannte Berliner Senat ließ eine gewisse Skepsis gegenüber einer rein subjektiven Sicht durchblicken.

75 BGH v. 10.1.1956 – 5 StR 529/55, S. 10 des Urteils. Damit stellte sich der Senat gegen die Reichsgerichts-Rechtsprechung (RGSt 74, 84).

76 So damals: Schönke/Schröder, 9. Aufl. 1959, vor § 47 Anm. VIII 2.

77 BGH v. 10.1.1956 – 5 StR 529/55 (BGHSt 8, 393, 399).

78 Siehe Koch, Täterschaft, S. 432 ff.

79 BGH v. 8.11.1956 – 4 StR 359/56 (Rüter/de Mildt, Bd. XIV, Nr. 446c, S. 227 ff.). Ganz ähnlich der erste Senat zwei Monate später: BGH v. 22.1.1957 – 1 StR 321/56 (Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 566, S. 573 ff. (573 f.)).

80 Überdies haben mitgewirkt: Friedrich Sauer, Claus Seibert und Heinz Wiefels.

In die Kontinuität passt dann aber wiederum die berühmte „Staschinski-Entscheidung“ [81] von 1962, die ganz auf der Linie des Reichsgerichts lag:[82] Der Angeklagte namens Staschinski hatte im Auftrag des KGB 1959 in München zwei ukrainische Exil-Politiker[83] mit einer Giftpistole ermordet, indem er ihnen Blausäure ins Gesicht gespritzt hatte.[84] Der 3. Senat unter dem Vorsitz von Heinrich Jagusch verneinte die Täterschaft des Auftragsmörders,[85] weil dieser die Tat nur im Auftrag ausgeführt und nicht als eigene gewollt habe. Deshalb könne er nur wegen Beihilfe belangt werden. Täter sei letztlich der sowjetische Geheimdienst.[86] Bei dieser Tat, die auf Befehl erfolgte, drängt sich die Parallele zu den NS-Fällen sofort auf,[87] und der Senat erwähnte in seinem Urteil auch die NS-Massenmorde und gab zu verstehen, dass der Handelnde, wenn er die Motive der Machthaber teilte, unter Umständen auch Täter (und damit Mörder) sein könne.[88] Insoweit hätte durchaus die Möglichkeit bestanden, Personen, die Erschießungen persönlich vorgenommen hatten, auch als Täter zu belangen, ja der Leitsatz des 3. Senats legte diese Prüfung sogar nahe. Auf der anderen Seite hatte der Senat in diesem Urteil aber auch gesagt, es fehle die Tätereigenschaft, wenn die betreffenden Personen

> solche Verbrechensbefehle mißbilligen und ihnen widerstreben, sie aber gleichwohl aus menschlicher Schwäche ausführen, weil sie der Übermacht der Staatsautorität nicht gewachsen sind und ihr nachgeben, weil sie den Mut zum Widerstand oder die Intelligenz zur wirksamen Ausflucht nicht aufbringen, sei es auch dass sie ihr Gewissen vorübergehend durch politische Parolen zu beschwichtigen und sich vor sich selbst zu rechtfertigen versuchen.[89]

81 BGH v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 (BGHSt 18, 87 = *NJW* (1963), S. 355). Das Urteil ist in der Folgezeit viel kommentiert und häufig kritisiert worden. S. a. Baumann, Die strafrechtliche Problematik, S. 308; ders. Beihilfe, S. 563 ff.

82 Ob dies eine erneute Wende der Rechtsprechung war (dahin tendiert Greve, Amnestierung, in: *KJ* 33 (2000), S. 151 ff.) oder doch eher eine kontinuierliche Fortsetzung, also ständige Rechtsprechung (so Sax, Der Bundesgerichtshof, in: *JZ* (1963), S. 329 und Koch, Täterschaft), soll hier nicht entschieden werden, ist auch letztlich nicht entscheidend.

83 Einer der Ermordeten war Stephan Bandera, ein bekannter ukrainischer Nationalheld und NS-Kollaborateur.

84 Dieser Mord erinnert auffallend an die Giftanschläge auf russische Exilpolitiker in Berlin und London im 21. Jahrhundert.

85 Der Täter war dann zum Bundesnachrichtendienst übergelaufen. Durch den Fall war auch der BND selbst in das Fadenkreuz der Kritik geraten, weil die „Rekrutierung seiner Spione an alte Waffenbrüderschaften aus der Kriegsphase angeknüpft hatte“ (Weinke, Die Verfolgung, S. 288).

86 Das Urteil ist in diesem Punkt durchaus auch ein politisches Statement in Richtung Sowjetunion gewesen.

87 SWR Hörfunkarchiv, W1528992. So auch die damaligen Kommentare, s. zum Beispiel die erwähnte Sendung, in der auch darauf hingewiesen wird, dass die NS-Täter im Vergleich zu Staschinski zu milde behandelt würden.

88 BGH v.19.10.1962 – 9 StE 4/62 (BGHSt 18, 87, 93 ff.), wer die Motive des Befehlsgebers billige, sei regelmäßig Täter, formulierte der 9. Senat (BGHSt 18, 94).

89 BGH v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 (BGHSt 18, 94 = *NJW* (1963), S. 355).

Für jeden Strafverteidiger dürfte nunmehr die Strategie klar gewesen sein: Der Mandant musste letztlich nur angeben, dass er die Taten nicht als eigene habe begehen wollen. Im Ergebnis legitimierte das Urteil – ob gewollt oder nicht – insoweit die bisherigen Entscheidungen der unteren Instanzen und förderte in gewisser Hinsicht eine entsprechende zukünftige Auslegung, wonach regelmäßig von einer Gehilfenschaft ausgegangen wurde,[90] insbesondere für die dann später noch folgenden Verfahren. „Die Taten bewegten sich in den Formen, die eine verbrecherische Führung festgelegt hatte,“[91] so beschrieben die Richter eine Situation, die häufig in der Zeit nach 1933 gegeben war oder jedenfalls leicht behauptet werden konnte und schwer zu widerlegen war.[92]

Die Vermutung, diese Rechtsprechung habe im Ergebnis zu einer Entlastung der NS-Täter beigetragen,[93] ist kaum von der Hand zu weisen. Die Praxis setzte sich auch in späteren Entscheidungen (in den 1960er Jahren) fort, indem untergerichtliche Urteile bestätigt wurden: Bei Tötungen durch ein Sonderkommando im Lager Chelmno, Polen, war es nach der Beweisaufnahme unklar, ob die Tat Ausdruck einer besonders ausgeprägten Autoritätsgläubigkeit und Befehlsergebenheit des Angeklagten war. Selbst wenn Tatsachen dafürsprechen, der Täter habe sich aus persönlicher Überzeugung mit den verwerflichen Zielen des Taturhebers in Übereinstimmung befunden, sei es nicht fehlerhaft, von einer Teilnahme auszugehen, so der 2. Strafsenat.[94] Der Tatrichter könne gleichwohl die Täterschaft ablehnen, wenn der Angeklagte darlegte, dass seine innere Einstellung gegenüber der Tat eher ablehnend war.[95]

> Die herausgehobene Stellung des Angeklagten und seine besonders aktive Mitwirkung (es handelte sich um einen Polizeileutnant und den Leiter des Sonderkommandos – der Verfasser) können dagegen vernachlässigt werden.[96]

Dasselbe Ergebnis (bloße Teilnahme) wurde 1966 angenommen bei den eigenhändigen Erschießungen von Gefangenen, die wegen Durchfalls nicht mehr marschfähig gewe-

90 Nachweise über Entscheidungen unterer Instanzen bei Koch, Täterschaft, S. 436 f.; Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 177 ff.; Nestler, Schuld, S. 358; Heine, Täterschaft, in: *JZ* (2000), S. 923 mit der Differenzierung nach Tattypen (neutrale Beihilfe, unterer Befehlsbereich, Funktionäre im mittleren Befehlsbereich, Generäle, Exzesstäter).

91 BGH v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 (BGHSt 18, 87).

92 Allerdings waren diese Formulierungen, die ja nicht das Ergebnis trugen, zu schwach, um die untergerichtliche Rechtsprechung zu einem Umdenken zu bewegen, vor allem ließ sich ein entsprechendes Motiv ja leicht leugnen.

93 Müller, Furchtbare Juristen, S. 253; Perels, Die Aushöhlung, S. 208 f.; Jasch/Kaiser, Holocaust, S. 123; Schramm, Skalen der strafrechtlichen Verantwortung, S. 173; differenzierend Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 65, die meint, nicht das BGH-Urteil selbst, sondern seine Umdeutung durch die unteren Gerichte sei das Verhängnisvolle gewesen.

94 BGH v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 594c, S. 345 ff. (355)).

95 BGH v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 594c, S. 345 ff. (355)).

96 BGH v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 594c, S. 345 ff. (355)).

sen seien:[97] Der Angeklagte habe sich im Rahmen des Befehls gehalten (nur marschunfähige Personen zu erschießen). Obwohl der Tötende durchaus eine eigene Entscheidung fällte, nämlich die Opfer aussuchte, habe er nur Gehilfenwillen gehabt, sei also nur Teilnehmer gewesen. Es wurde noch einmal betont, dass bei Handeln im Rahmen eines Befehls nicht mehr die Regel gelte, dass derjenige Täter ist, der eigenhändig den Tatbestand verwirklicht.[98] Bei diesen Erschießungen von Marschunfähigen hatte die Vorinstanz sogar Indizien für einen Täterwillen gesehen, die der 2. Senat aber nicht gelten ließ: „Der bei der Ausführung gezeigte Eifer beruht weder auf Einverständnis noch auf eigenem Interesse an der Tat, sondern auf der seinem damaligen Alter entsprechenden Einstellung.“[99]

Himmlers persönlicher Verbindungsoffizier, ein SS-General, der Transporte in das Vernichtungslager Treblinka mitorganisiert hatte und dies „als notwendig und richtig ansah und dessen Zielsetzung billigte“, gab an, er habe „Himmler helfen wollen“, und diese innere Einstellung zur Tat sei maßgebend.[100] Dass die Vorinstanz ausdrücklich die Billigung der Zielsetzung seitens des Offiziers festgestellt hatte, ist eigentlich ein starkes Indiz für eine Täterschaft, gleichwohl wurde der Täterwille verneint. Ähnlich das bereits erwähnte Urteil vom 25. November 1964[101] zu den Ermordungen im polnischen Chelmno, in dem der 2. Senat die tatrichterliche Wertung gelten ließ, einer der Angeklagten, der Erschießungen auf Befehl vorgenommen hatte, habe eine weitgehende Annäherung an die Absichten der Taturheber gehabt, gleichwohl aber nicht Täter sein wollen.[102] Sogar wenn kein konkreter Befehl vorlag, sondern die betreffende Person auf eigene Faust gehandelt hatte, war immer noch offen, ob sie den notwendigen Täterwillen besaß oder ohne jegliches Eigeninteresse handelte, was nach der Rechtsprechung ein Indiz gegen diesen Willen bildete.[103]

Letztlich wird in den geschilderten Urteilen der Landgerichte, aber auch der verschiedenen BGH-Senate ein (Nicht-)Wille konstruiert, den es so in der konkreten Situation wohl kaum geben kann. Wer willentlich eine Handlung vornimmt, bei der ein bestimmter Erfolg zwingend eintritt, kann kaum behaupten, er habe keinen Täterwil-

97 BGH v. 2.11.1966 – 2 StR 226/66 (Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 598b, S. 272 ff. (275)).

98 BGH v. 2.11.1966 – 2 StR 226/66 (Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 598b, S. 272 ff. (275)).

99 BGH v. 2.11.1966 – 2 StR 226/66 (Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 598b, S. 272 ff. (275)). Das Zitat ist eigentlich eine Tatsachen-, keine Rechtsfeststellung. Etwas anders wurde der „einverständliche Eifer“ in einer Entscheidung von 1962 gewertet (BGH v. 19.10.1962 – 9 StE 4/62 (BGHSt 18, 87, 94)), der für eine Identifikation mit dem Haupttäter spreche. Dies wurde abgelehnt vom 2. Senat in: BGH v. 2.11.1966 – 2 StR 226/66 (Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 598b, S. 272 ff. (275)).

100 BGH v. 26.10.1965 – 1 StR 106/65 (Rüter/de Mildt, Bd. XX, Nr. 580b, S. 500 ff. (503), teilweise auch in: *DRiZ* (1966), S. 59). Dass andere Umstände für eine andere Sicht sprächen, wie die Bundesanwaltschaft meinte, sei unerheblich (S. 503). Entscheidend sei die Sicht des Tatrichters. Genau das wird dann im Fall Rehse umgedreht.

101 BGH v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 594c, S. 345 ff. (355)).

102 Die 12 Angeklagten waren zum Teil wegen fünfstelliger Mordtaten angeklagt (70.000, 55.000 und 45.000 Tötungen).

103 BGH v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 594c, S. 355 ff.).

len. Die stark gekünstelt wirkende Subjektivierung in den Formulierungen der verschiedenen Senate musste die Rechtsprechung der unteren Instanzen in Richtung darauf beeinflussen, dass es fast nur noch Teilnehmer und keine Täter mehr gab,[104] da die Richter ja bekanntlich nicht in die Angeklagten hineinsehen können. Geht es nur noch nach der inneren Einstellung, so fragte im Jahre 1967 der Mainzer Strafrechtswissenschaftler Ernst Walter-Hanack in Bezug auf die BGH-Rechtsprechung: „[…] wer wäre überhaupt noch Täter?“[105]

Schließlich noch ein Wort zu den Auswirkungen des hinter dieser Täterlehre stehenden Geschichtsbildes, insbesondere auf die Verbrechen in den Massenvernichtungslagern: Die Richter weigerten sich, die systematische Ermordung von Millionen Menschen als eine einheitliche Tat anzusehen,[106] wie dies die Staatsanwaltschaften und wie es insbesondere der hessische Generalstaatsanwalt Fritz Bauer immer wieder gefordert hatte.[107] Die Schuld in einer Mitwirkung im Kollektiv zu sehen,[108] wurde von den BGH-Senaten nicht akzeptiert. Ganz deutlich verlangte der 2. Senat noch im Auschwitz-Urteil von 1969[109] den Nachweis jeweils einzelner konkreter Taten und erschwerte damit die Verurteilung von Personen, denen nur nachzuweisen war, dass sie an dem unbegreiflichen Geschehen mitgewirkt hatten. Den in der Wissenschaft, etwa von Claus Roxin,[110] schon früh gewiesenen Weg hat der BGH nicht beschreiten wollen:

> Nicht jeder, der in das Vernichtungsprogramm des Konzentrationslagers eingegliedert war und dort irgendwie anläßlich dieses Programms tätig wurde, ist für alles, was auf Grund dieses Programms geschah, verantwortlich. Strafbar kann nur sein, wer die Haupttat konkret gefördert hat. […] Eine andere Auffassung käme über den Begriff der natürlichen Handlungseinheit zu der Annahme eines Massenverbrechens, die in der Rechtsprechung des BGH immer abgelehnt worden ist,[111]

so die Absage an ein einheitliches Vernichtungsprogramm im Auschwitzurteil von 1969.

Die These, dass die Gehilfenrechtsprechung des BGH für viele Täter eine Strafmilderung bewirkte, dürfte, was die Praxis betrifft, wohl richtig sein.[112] Offen bleibt die Frage, ob die Konsequenzen vom BGH fahrlässig verschuldet waren, weil er von den

---

104 S. a. Hanack, Zur Problematik, in: *JZ* (1967), S. 333.

105 Hanack, Zur Problematik, in: *JZ* (1967), S. 331; ähnlich das Fazit von Sax, der satirisch kommentiert, es habe damals einen Täter und 60 Millionen Gehilfen gegeben (Sax, Der Bundesgerichtshof, in: *JZ* (1963), S. 335).

106 Schon früh: BGH v. 10.7.1951 – 1 StR 207/51 (*NJW* (1951), S. 666). Nachweise über die früheren BGH-Urteile in dieser Frage, in: *NJW* (1969), S. 2057.

107 Bauer, Ideal, in: *JZ* (1967), S. 625, 628.

108 So Nestler, Schuld, S. 364.

109 BGH v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 595b, S. 838 ff.; *NJW* (1969), S. 2056).

110 Roxin, Straftaten, in: *GA* (1963), S. 193 ff.

111 BGH v. 20.2.1969 – 2 StR 280/67 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 595b, S. 838 ff.; *NJW* (1969), S. 2056).

112 Am Ende der „Gehilfenrechtsprechung steht somit die Privilegierung jedes Befehlsempfängers, auch solcher Personen, die in voller Übereinstimmung mit der NS-Ideologie aus Rassismus töteten“

unteren Gerichten missverstanden worden war, oder ob die BGH-Strafsenate diese Ergebnisse gewollt hatten? Während Kerstin Freudiger meint, das Gericht sei von den Untergerichten fehlinterpretiert worden,[113] gehen andere davon aus, dass die Entlastung vor allem solcher NS-Verbrecher, die innerhalb der Hierarchie standen, vom BGH beabsichtigt war.[114] Nun waren an diesen Urteilen so viele Personen als Richter beteiligt, dass es kaum möglich ist, eine einheitliche Aussage zu treffen, ganz abgesehen davon, dass man in den Kopf auch des einzelnen Richters genauso wenig blicken kann wie in den des Angeklagten. Fest steht: Gesehen haben die Senate diese Frage, in den frühen Jahren haben sie diese zum Teil differenziert bewertet, aber spätestens nach der vielstimmigen Kritik an der „Staschinski-Entscheidung" musste den Richtern (aller Senate) bewusst gewesen (oder geworden) sein, welche Folgen die Rechtsprechung haben würde; dies haben sie dann zumindest wohl mehr oder weniger billigend in Kauf genommen. Ob man dieses (Staschinski-) Urteil von 1962 nun als „Sündenfall der Justiz"[115] ansieht oder nur als eine konsequente Umsetzung einer viel älteren Tradition, ist nicht so entscheidend. Tatsächlich ist der Einfluss der BGH-Rechtsprechung auf die damals gängige Praxis, Täter als Teilnehmer zu behandeln, nicht zu unterschätzen.[116]

Für den Historiker stellt sich die Frage, was letztlich der Grund für diese Rechtsprechung war, denn es geht hier ja nicht nur um eine rein juristisch-dogmatische Auseinandersetzung zwischen objektivem und subjektivem Täterbegriff. Im Ergebnis spiegeln die geschilderten Judikate ein Bild, das einer weitgehend gesellschaftskonformen Sicht der 1950er Jahre auf die NS-Zeit entspricht: Einer kleinen Gruppe von Tätern stand angeblich ein Volk gegenüber, das vom einfachen Lagerwachmann bis zum höchsten Richter widerstrebend, aber ohnmächtig den Weisungen eines verbrecherischen Regimes ausgeliefert gewesen sein soll, ein Bild, mit dem sich ein großer Teil der Bevölkerung der jungen Bundesrepublik – vielleicht zum Selbstschutz? – gut eingerichtet hatte und das auch offensichtlich das stabile Verständnis der BGH-Strafsenate über die ersten beiden Jahrzehnte seiner Rechtsprechung blieb.[117] Diese Sicht verdrängte, dass große Teile der Funktionseliten in vielfacher Weise Mitträger des

(Koch, Der Huppenkothen-Prozess, S. 438). Unter 5 Prozent der Verurteilten wurden als Täter belangt (zur Statistik: Perels, Die Aushöhlung, S. 87).

113 Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 65.

114 Müller, Furchtbare Juristen, S. 253 f.; Roxin, Täterschaft, S. 612, spricht vom „Interesse, einen ungeschriebenen richterrechtlichen Strafmilderungsgrund für NS-Befehlsempfänger zu schaffen"; Roxin, Straftaten, in: *GA* (1963), S. 197; Heine, Täterschaft, in: *JZ* (2000), S. 926.

115 Nestler, Schuld, S. 357.

116 Die Rechtsprechung war nicht nur dogmatisch fehlerhaft, sondern hat auch zu einigen Verwerfungen geführt, weil sie letztlich Fragen der Schuld (einverständlicher Eifer, innere Einstellung) in den Bereich der Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme verschoben hat. Wie Heine, Täterschaft, in: *JZ* (2000), S. 923 und Hanack, Zur Problematik, in: *JZ* (1967), S. 333 zu Recht dargelegt haben, konnte man aus den Formulierungen alles und jedes herauslesen.

117 Zur Fehlerhaftigkeit dieses Bildes aus rechtstatsächlicher Sicht: Reifner, Juristen, in: *ZRP* (1983), S. 13 ff.

totalitären Staates gewesen sind.[118] Diese Verdrängung dürfte durch die Tatsache beeinflusst gewesen sein, dass 82 Prozent der BGH-Richter in der NS-Justiz tätig gewesen[119] und damit – unabhängig von ihrer Einstellung zum nationalsozialistischen Regime – zu einem nicht geringen Teil zumindest in gewissem Umfang dem Regime gedient hatten. Die Sicht einer Täterschaft nur der Regierungsebene hatte ja auch Selbstentlastungs-Charakter, und diese Selbstentlastung fiel besonders deshalb leicht, weil sie nur den Täterbegriff des Reichsgerichts fortsetzen musste.

1.2.2 Was damals rechtens war, kann heute doch nicht Unrecht sein[120]

Viele nationalsozialistische Täter[121] argumentierten gegenüber den ihnen gemachten Vorwürfen, sie hätten nur dem damals geltenden Recht entsprechend gehandelt. Sie seien straflos, weil ihr Verhalten entweder schon gar nicht unter eine Strafnorm fiel oder weil ein Rechtfertigungsgrund oder ein Befehl ihr Handeln decke. Die damit aufgeworfenen Fragen der Rechtfertigungsgründe und des Verschuldens sind anschauliche Beispiele für die Ambivalenz der BGH-Rechtsprechung zwischen dem Versuch einer Abgrenzung gegenüber dem Unrecht der nationalsozialistischen Zeit und einer Zurückhaltung vor zu harten Verurteilungen.

Rechtfertigende Normen des nationalsozialistischen-Staates

In den ersten Jahren haben die Strafsenate bestimmte Formen gesetzlichen Unrechts klar ablehnend beurteilt. Bereits im Jahre 1952 wurde dieser Aspekt im Verfahren gegen einen ehemaligen Polizeipräsidenten wegen seiner Beteiligung an Deportationen im Jahr 1941 relevant.[122] Der Angeklagte hatte sich auf bestehende Erlasse berufen, deren Existenz allerdings nicht klar belegt war; diesen Erlassen müsse, so der 1. Senat, ohnehin die rechtfertigende Wirkung versagt werden, weil sie gegen Grundsätze verstoßen, die „[…] im Bewußtsein aller zivilisierten Völker“ vorhanden seien.[123] Auch bei der Mitwirkung von Gestapo-Mitarbeitern an den Deportationen jüdischer Bürger aus Württemberg sagte derselbe Senat, „[…] nicht alles, was der damalige Staat gemacht habe, sei rechtmäßig“,[124] es gebe vielmehr einen Kernbereich des Rechts, der nicht un-

118 Dazu z. B. Roxin, Wir wollten ein neues Strafrecht schaffen, S. 203 ff.; Baumann, So wie es lief, S. 122 ff.; Perels, Die Aushöhlung, S. 89; Reifner, Juristen, in: *ZRP* (1986), S. 18, der meint, „dass das, was uns heute als Auswuchs erscheint, damals integriert war und auch integriert werden konnte“.

119 S. Band 1, Kap. 3.2.2, Die „neuen alten“ Richter

120 Der Satz stammt vom ehemaligen Baden-Württembergischen Ministerpräsident Filbinger, den er in einem *Spiegel*-Interview am 15.5.1978 von sich gab, in: *Der Spiegel*, 1978.

121 Bzw. ihre Strafverteidiger.

122 BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff.).

123 BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 362).

124 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff.).

terschritten werden dürfe, und dieser sei vor allem durch die Grundrechte der Art. 1 bis 19 des Grundgesetzes markiert.[125] Und auch der 3. Senat hat – bereits im Juli 1951 – einem Befehl, 87 Häftlinge zu erschießen, die Verbindlichkeit abgesprochen.[126]

Ein Jahr später berief sich der Leiter eines Hilfswachkommandos auf einen besonderen Kriegsnotstand.[127] Er hatte einen (kriegsgefangenen) Russen, der sich aus einem zerstörten Gebäude Zigaretten angeeignet hatte, unmittelbar nach dessen „Tat" eigenhändig erschossen und hielt sein Verhalten entsprechend § 124 MilStGB, wonach ein Offizier gegen Straftaten von Untergebenen (und eventuell auch von Kriegsgefangenen) unmittelbar einschreiten darf, für straflos. Auch dies erkannte der 1. Senat nicht als Rechtfertigung an, weil die Norm nur bei nicht anders abzuwehrenden Angriffen und bei schweren Gefahren eine private Ahndung rechtfertige und sonst ein Gerichtsverfahren voraussetze.[128]

Handeln auf Befehl

Die meisten Entscheidungen betrafen Fälle, in denen sich die Angeklagten auf konkrete Befehle beriefen und daraus eine Rechtfertigung entweder wegen Nötigungsnotstands nach § 52 StGB aF oder (im militärischen Bereich) nach § 47 MilStGB ableiteten. Der entsprechende Paragraf des Militärrechts wurde vom BGH – entgegen einer anderen Auffassung[129] – trotz seiner Historie auch in der Bundesrepublik für anwendbar gehalten,[130] weil sonst das Rückwirkungsverbot verletzt werde.[131]

Bei einem Handeln auf Befehl kam eine Strafbarkeit des Befehlsempfängers nur in Betracht, „[...] wenn der Befehl eine Handlung betraf, welche ein allgemeines oder militärisches Verbrechen bezweckte".[132]

Von dem Rechtfertigungsgrund profitierten nicht nur Soldaten, sondern auch ihnen gleichgestellte Personen, zu denen unter anderem die Waffen-SS beziehungsweise im Kriegsgebiet eingesetzte Polizeibataillone gehörten.[133] Grundsätzlich erkannte der

125 AaO., S. 237 f.; diese Kernbereichslehre hat der BGH letztlich von Radbruch übernommen (ähnlich in BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357, 362 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff. (509)).

126 BGH v. 5.7.1951 – 3 StR 333/51 (Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 268b, S. 240 ff.).

127 BGH v. 6.5.1952 – 1 StR 414/51 (BGHSt 2, 333, 334 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 269b, S. 254 ff.), Geier, Mantel, Jagusch, Peetz, Glanzmann.

128 Das Landgericht hatte die Schuld des Täters bejaht, da kein relevanter Irrtum anzuerkennen sei, was, so der BGH, rechtsfehlerfrei sei (vorige Fn.).

129 Das OLG Koblenz hatte die Anwendbarkeit abgelehnt (*NJW* (1950), S. 614).

130 BGH v. 16.1.1951 – 4 StR 58/50 (*NJW* (1951), S. 204).

131 Art. 1 § 4 der Verordnung für die Britische Zone (VOlBZ 1947, S. 6) stehe dem ebenfalls nicht entgegen, da das Militärstrafgesetzbuch einschließlich der hier anzuwendenden Vorschrift kein nationalsozialistisches Unrecht darstelle, sondern bereits vorher gegolten habe (BGH v. 19.3.1953 – 3 StR 765/52 (BGHSt 5, 239, 244 = Rüter/de Mildt, Bd. IX, Nr. 311b, S. 382 ff.)).

132 § 47 Abs. 1 Nr. 2 MilStGB.

133 Die Anwendbarkeit auf die Polizei war geregelt in der VO des Ministerrats für die Reichsverteidigung v. 17.10.1939 (RGBl I, S. 2107); siehe BGH v. 19.3.1953 – 3 StR 765/52 (BGHSt 5, 239 = Rüter/de Mildt, Bd. IX, Nr. 311b, S. 382 ff.).

BGH also den Befehlsnotstand an, doch ließen die Strafsenate bei der Anerkennung einer solchen Rechtfertigung Zurückhaltung erkennen. Im Einzelnen verlangte die BGH-Rechtsprechung in diesem Bereich zunächst einmal die Prüfung, ob der Befehl, auf den sich ein Angeklagter berief, überhaupt wirksam war. Dies wurde etwa diskutiert für einen Führerbefehl,[134] den ein Täter glaubte befolgen zu müssen, der an einer Erschießung in Russland mitgewirkt hatte. In der Literatur sind – formale – Zweifel an der Wirksamkeit dieses Erlasses geäußert worden,[135] die vom 4. Senat für nicht einschlägig erachtet wurden,[136] weil Hitler im Jahre 1943 bereits alle Macht in seinen Händen gehalten hatte und auch für andere Regelungen zu dieser Zeit längst keine Einschaltung des Reichstags mehr erfolgt war, ohne dass dies damals zu irgendwelchen Zweifeln an der Gültigkeit geführt hätte.[137] Es wird insoweit auf die faktische Situation, nicht auf eine theoretische Sicht abgestellt.

Aber allein der formal ordnungsgemäße Erlass eines Befehls führte nicht automatisch zur Straflosigkeit, weil die BGH-Richter in vielen Fällen das damals Befohlene im Nachhinein als rechtswidrig angesehen haben, wie die angeführten Beispiele gezeigt haben.[138] Dem Katastrophenbefehl Hitlers vom März 1945 wurde mehrfach, auch vom 4. Senat, die Wirksamkeit abgesprochen.[139] Derselbe Senat hat den Befehl, eine Synagoge zu zerstören, für unwirksam gehalten und die Überlegung, ob es für die Täter zumutbar war, sich den Befehlen zu wiedersetzen, als unerheblich angesehen, denn sie hätten innerlich den Befehl gebilligt.[140]

Im Ergebnis muss man vor allem dem 1. Senat zugutehalten, dass er bei der Anwendung der Rechtfertigungsgründe eine restriktive Richtung verfolgte und mit verschiedenen Begründungen viele Freisprüche der Vorinstanzen aufhob. Ein bloßer Schießbefehl genüge noch nicht zur Rechtfertigung des Täters, wenn nicht zusätzlich bei Nichtbefolgung des Befehls dem Ausführenden konkrete Gefahren drohten.[141] Allenfalls wenn für den Täter bei Verweigerung des Befehls eine Leibes- oder Lebensge-

134 Es handelt sich um einen Befehl Hitlers vom 19.5.1943 (RGBl I, S. 315).

135 Hitler hätte erst den Reichstag einschalten müssen.

136 BGH v. 29.12.1953 – 4 ARs 47/53 (BGHSt 5, 230).

137 BGH v. 29.12.1953 – 4 ARs 47/53 (BGHSt 5, 233).

138 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff.) und v. 19.12.1952 – 4 ARS 47/53 (BGHSt 5, 230) unter Bezugnahme auf die Entscheidung des Großen Strafsenats v. 18.3.1952, mit der dieser den Verbotsirrtum als nicht vorsatzausschließend bewertet hatte (GSSt 2/1951 – *NJW* (1952), S. 593).

139 BGH v. 11.12.1952 – 4 StR 48/50 (Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 612b, S. 719 ff.). Ähnlich der 1. Senat im Fall von Ermordungen von Bürgern von Penzberg Ende April 1945 (BGH v. 22.1.1957 – 1 StR 321/56 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 427b, S. 566 ff. (573 f.)).

140 BGH v. 13.6.1952 – 4 StR 39/50. Beide Entscheidungen ergingen unter dem Vorsitz von Alfred Groß unter Mitwirkung von Elisabeth Krumme und Joseph Engels, die jeweils nicht NS-belastet waren.

141 BGH v. 22.1.1952 – 1 StR 485/51 (BGHSt 2, 251, 258); BGH v. 14.10.1952 – 1 StR 791/51 (BGHSt 3, 271 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 404d, S. 626 ff.).

fahr bestehe und er aus diesem Grund gehandelt hatte,[142] käme eine Rechtfertigung in Betracht.[143] Wenn der Wille nicht gebeugt wurde, sei eine Rechtfertigung ausgeschlossen. In einem Fall, in dem SS-Männer im Jahr 1934 vier Juden von hinten auf Befehl erschossen hatten, wurde die Rechtfertigung vom 1. Strafsenat abgelehnt,[144] denn Lebensgefahr hätten die Angeklagten bei Befehlsverweigerung in der konkreten Situation nicht zu befürchten gehabt.[145] Derselbe Senat hatte die Freisprüche für Gestapo-Beamte, die sich an rechtswidrigen Tötungen von Ost-Zwangsarbeitern im Rahmen einer „Sonderbehandlung" beteiligt hatten und sich auf einen Geheimerlass des Reichssicherungshauptamtes vom 5. November 1942 beriefen,[146] aufgehoben.[147] Das vom Berichterstatter Wilhelm Geier abgefasste Urteil begründete die Aufhebung des Freispruchs und die Ablehnung der Rechtfertigung damit, dass die Personen, die den Befehlsnotstand geltend machten, sich freiwillig in eine entsprechende Position begeben hatten.[148] Und noch einmal der 1. Senat, der den Freispruch des Schwurgerichts aufhob, das dem Täter zugutegehalten hatte, er habe nicht ohne unmittelbare Gefährdung aus der Geheimen Staatspolizei ausscheiden können. Diese Feststellung sei zu unsubstantiiert, außerdem habe der Angeklagte niemals vorgetragen, dass er der Gestapo zu irgendeiner Zeit nur widerwillig oder gar gezwungen angehört habe.[149] Ganz auf dieser Linie liegt der 3. Senat, wenn er verlangte, dass die Täter, die noch im März 1945 unmittelbar vor dem Heranrücken der alliierten Truppen 87 meist weibliche Häftlinge auf Befehl erschossen hatten, sich hätten krankmelden oder „unbemerkt absetzen" können.[150] Aus dem Rahmen fällt insoweit ein Urteil des 5. Senats unter dem Vorsitz von Werner Sarstedt, in dem es hieß, das Schwurgericht habe die Anforderungen an den Angeklagten überspannt, wenn es verlangt habe, sich krank zu melden.[151]

Es sind vor allem zwei Richter gewesen, die in diesen Verfahren im ersten Senat häufig mitgewirkt haben, einerseits als Beisitzer, andererseits oft auch als Berichterstatter: Friedrich Wilhelm Geier, geboren 1913, der nie der NSDAP angehört hatte und seit 1942 beim Oberlandesgericht Kattowitz gewesen war, und Heinrich Jagusch,

142 Die Gefahr musste dem Täter bewusst gewesen sein und er durfte nicht aus anderen Motiven gehandelt haben (BGH v. 6.11.1951 – 1 StR 27/50 (BGHSt 1, 391); BGH v. 14.10.1952 – 1 StR 791/51 (BGHSt 3, 271, 275 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 404d, S. 626 ff. (632)).

143 So auch der dritte Senat: BGH v. 4.11.1954 – 3 StR 353/54: eine Degradierung reicht dafür nicht aus: BGH v. 8.6.1956 – 1 StR 117/ 56 (Rüter/de Mildt, Bd. XIV, Nr. 443c, S. 100 ff.).

144 BGH v. 22.1.1952 – 1 StR 485/51 (BGHSt 2, 251, 257).

145 BGH v. 22.1.1952 – 1 StR 485/51 (BGHSt 2, 251, 258).

146 BGH v. 14.10.1952 – 1 StR 791/51 (BGHSt 3, 271, 275 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 404d, S. 626 ff. (632)).

147 Die Angeklagten waren vom LG München freigesprochen worden (LG München v. 29.5.1951, Urteil in: BA, B 283/85248, Bl. 1 ff.).

148 BGH v. 14.10.1952 – 1 StR 791/51 (BGHSt 3, 271, 276).

149 BGH v. 8.6.1956 – 1 StR 117/56 (Rüter/de Mildt, Bd. XIV, Nr. 443c, S. 100 ff.).

150 BGH v. 5.7.1951 – 3 StR 333/51 (Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 268b, S. 240 ff.).

151 BGH v. 5.1.1965 – 5 StR 540/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXIII, Nr. 627b, S. 464 ff.).

Jahrgang 1908, von 1930 bis 1933 Mitglied der SPD, ab 1938 Parteimitglied der NSDAP.[152] Beide waren nach dem Krieg ab 1948 beim Obersten Gerichtshof für die Britische Zone tätig und haben sich in dieser Zeit durch ihren Verfolgungseifer gerade auch gegenüber nationalsozialistischen Verbrechen ausgezeichnet, einen Eifer, den sie offensichtlich im 1. Strafsenat des BGH fortgesetzt haben.[153]

Die hier geschilderte Linie wurde im Wesentlichen auch in den 1960er Jahren weiterverfolgt. Ein denkbarer Notstand setze voraus, dass der Täter zumindest versucht hatte, einen Ausweg zu finden und die Gefahr nicht anders habe abwenden können.[154] Somit sei eine Strafbarkeit gegeben, wenn die Täter einen Ausweichversuch nicht ernsthaft unternommen hätten, „[…] weil ihr Wille infolge ihrer Befehlsergebenheit tatsächlich nicht gebeugt worden sei.“[155]

Das wurde auch für Massentötungen in Belzec (Polen) als entscheidender Gesichtspunkt angeführt, als die Verteidigung damit argumentierte, die Angeklagten hätten damals nicht gewagt, dem jähzornigen Lagerkommandanten zu widersprechen.[156] Dem hielt der 1. Senat entgegen: Die Angeklagten hätten überhaupt keine Überlegungen in Hinblick auf eine Umgehung des Befehls oder dessen Nichtausführung angestellt.

Und noch ein Verfahren mit einem prominenten Angeklagten: Auch den erstinstanzlichen Freispruch des Landgerichts Stuttgart in dem Verfahren gegen Kurt Leibbrand, der im Krieg Chef einer Eisenbahnpionierkompanie in verschiedenen Ländern gewesen war[157] und angeklagt wurde, weil er auf Befehl angeordnet hatte, 28 italienische Zivilisten in Orange (Südfrankreich) erschießen zu lassen, hob der 1. Senat unter dem Vorsitz von Wilhelm Geier auf.[158] Leibbrand hatte (vielleicht fälschlicherweise?) gemeldet, dass Gefangene gemeutert hätten. Wer aber, so der Senat, einen verbrecherischen Befehl durch eine unwahre Meldung selbst herbeiführt, könne sich nicht auf eine Rechtfertigung gem. § 47 MilStGB berufen. Daher hatte der 1. Senat die Sache an das Landgericht Stuttgart zurückverwiesen, um den Sachverhalt zu klären.[159] In dem

152 Bei ihm ist unklar, ob er 1938 in die NSDAP aufgenommen worden war, denn er war 1937 Parteianwärter, hat aber nie ein Parteibuch erhalten. S. BA, Pers 101/74196 und BA, Pers 74199.

153 Auch im sogenannten Huppenkothen-Verfahren steht das erste Urteil, an dem die beiden mitgewirkt haben, in deutlichem Gegensatz zum skandalösen dritten Urteil (siehe dazu Kap. 1.2, Standgerichte).

154 BGH v. 29.3.1963 – 4 StR 500/62 (BGHSt 18, 311 = Rüter/de Mildt, Bd. XVIII, Nr. 529b, S. 329 ff.). Die Freisprüche wurden aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.

155 BGH v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 594c, S. 353 ff.).

156 BGH v. 14.12.1965 – 1 StR 464/65 (Rüter/de Mildt, Bd. XX, Nr. 585b, S. 645 ff.; BeckRS 1965, 00113).

157 Leibbrand war habilitierter Bauingenieur, der nach dem Krieg die Verkehrsplanung in vielen deutschen und Schweizer Städten geleitet hatte.

158 BGH v. 16.7.1963 – 1 StR 118/63 (BGHSt 19, 33 = Rüter/de Mildt, Bd. XXIII, Nr. 622c, S. 264 ff.; *NJW* (1964), S. 57). Im dritten Anlauf wurde das Verfahren gegen Leibbrand eingestellt, weil das LG zwar eine Strafbarkeit wegen Totschlags annahm, dieser aber verjährt war.

159 BA, B 283/1000135, Brief Geiers an den Präsidenten des BGH v. 7.2.1964. Das Verfahren hatte ein Nachspiel in der Öffentlichkeit: Ein Amtsgerichtsdirektor beschwerte sich über ein Interview des BGH-

erneuten Verfahren sah das Landgericht dann zwar die Rechtswidrigkeit des Verhaltens, nahm jedoch „nur“ einen Totschlag an, so dass das Verfahren schließlich wegen Verjährung eingestellt wurde.

Weitere Versuche der Rechtfertigung

Eine andere Verteidigungsstrategie verfolgten die Anwälte von Angeklagten, denen die Tötung sowjetischer Arbeiter vorgeworfen wurde. Die Täter hätten Angst vor drohenden Racheakten der später eventuell Freigelassenen gehabt. Auch diese Argumentation fand beim 4. Strafsenat des BGH kein Gehör: Die Furcht rechtfertige ihr Tun genauso wenig wie die ebenfalls vorgebrachte Tatsache, dass die Alliierten deutsche Zivilisten, zum Beispiel durch Bombenangriffe, töteten;[160] ein solches Argument des „tu quoque“ habe im deutschen Strafrecht keinen Platz, so der 4. Senat, der damit deutliche Worte fand, die wahrscheinlich auf die Berichterstatterin in diesem Verfahren, Elisabeth Krumme, zurückgehen, die als NS-Unbelastete nach dem Krieg beim Obersten Gerichtshof für die Britische Zone tätig gewesen war. Auch die anderen Mitwirkenden an diesem Urteil stehen nicht im Verdacht, auf NS-Täter Rücksicht genommen zu haben: Den Vorsitz führte Eberhard Rotberg, der selbst in der NS-Zeit Schwierigkeiten mit der Gestapo gehabt hatte, ferner haben mitgewirkt der spätere Generalbundesanwalt Ludwig Martin und der von den Nationalsozialisten Verfolgte Dietrich Lang-Hinrichsen.[161] Derselbe Senat hat in einer ähnlichen Zusammensetzung auch die Verurteilung von Ärzten, die an der Ermordung von Gefangenen mitgewirkt hatten, gebilligt; trotz eines möglichen Befehls lehnten die Richter einen rechtfertigenden Notstand ab, denn die Angeklagten seien bei einer Befehlsverweigerung keinen Gefahren ausgesetzt gewesen.[162] Auch hier kommt ein deutlicher Verfolgungswille zum Ausdruck, diesmal unter dem Vorsitz von Heinrich Jagusch unter Mitwirkung wieder des Verfolgten Lang-Hinrichsen und der erwähnten Elisabeth Krumme. Bemerkenswert ist vielleicht, dass diesmal zusätzlich die beiden NS-Belasteten Fritz Flitner[163] und Rudolf Börtzler[164] dabei waren, die aber entweder durch die anderen Senatsmitglieder „neutralisiert“ worden sind oder ohnehin kein Interesse (mehr?) an einer Beschönigung des nationalsozialistischen Unrechts hatten.[165]

Vorsitzenden Geier, der angeblich von einer Überforderung der Stuttgarter Richter gesprochen haben soll, was Geier nachdrücklich dementierte.

160 BGH v. 30.9.1960 – 4 StR 242/60 (BGHSt 15, 214 = Rüter/de Mildt, Bd. XVI, Nr. 486c, S. 235 ff.).

161 BA, B 283/124260.

162 BGH v. 29.3.1963 – 4 StR 500/62 (BGHSt 18, 311 = Rüter/de Mildt, Bd. XVIII, Nr. 529b, S. 329 ff.; *NJW* (1963), S. 1258).

163 BA, Pers 101/39805.

164 BA, Pers 101/48777; BA, Pers 101/48780. Börtzler war nicht nur Parteimitglied, sondern in diversen Untergliederungen.

165 Ob sich die beiden angepasst haben oder ob die Bestrafung ihrer inneren Überzeugung entsprach, lässt sich im Nachhinein kaum beurteilen.

Auch im folgenden Fall wurde eine Rechtfertigung abgelehnt und ein Freispruch aufgehoben: Ein kommandierender General, der noch am 3. Mai 1945 einen beurlaubten Hauptmann erschossen hatte, weil dieser eine weiße Flagge gehisst hatte, berief sich auf einen entsprechenden (Flaggen-)Befehl und war aus diesem Grund vom Schwurgericht zu einer gemilderten Strafe (wegen Verbotsirrtums) verurteilt worden. Der 1. Senat folgte – erneut unter dem Vorsitz von Geier – in seinem zurückverweisenden Urteil im Wesentlichen der Stellungnahme der Bundesanwaltschaft[166] und wies darauf hin, dass in diesem Fall doch einiges dafürspreche, dass es dem General zuzumuten gewesen wäre, den Befehl zu missachten, da von dem Gefangenen keinerlei Gefahren ausgingen, zumal Hitler bereits tot war und der General bei einem Unterlassen kaum etwas zu befürchten gehabt hätte.[167]

Die aufgezählten Beispiele, in denen Freisprüche unterer Instanzen aufgehoben wurden, und auch konkret die jeweiligen Begründungen zeugen von einem ernsthaften Verfolgungswillen der Senate. Gleichwohl lautete das anschließende Urteil des Landgerichts in dem zuletzt angesprochenen Fall des Generals (sowie in anderen vergleichbaren Fällen) erneut auf Freispruch.[168] Wie konnte es dazu kommen?

Hinter den geschilderten Formulierungen der BGH-Strafsenate verbergen sich im Detail Schwierigkeiten, die über die Rechtfertigungsgründe hinausweisen. Bereits in einer der ersten Entscheidungen im Jahr 1952 gab der 1. Senat zu bedenken, ob die Angeklagten sich einen Sachverhalt vorgestellt hätten, der noch nicht als offensichtliches Unrecht anzusehen sein würde mit der Konsequenz, dass sie dann schuldlos gehandelt hätten.[169] Es deutet sich hier bereits die Anerkennung eines Irrtums über einen Befehlsnotstand an.[170] Durch diese Anerkennung wird die Tür für einen Freispruch auf der Schuldebene geöffnet, auch wenn die Richter in dem erwähnten Urteil versuchen, diese Tür gleich wieder ein wenig zu schließen: Von den Angeklagten könne ein gewisses Mindestmaß an Rechtsbewusstsein, das alle Kulturvölker hätten, bei der Gewissensanspannung verlangt werden.[171]

1.2.3 Schuldlosigkeit wegen Rechtsblindheit?

Das angedeutete Schlupfloch für einen Freispruch liegt auf der Ebene der Schuld, denn die Befolgung eines rechtswidrigen Befehls führte ja nicht automatisch zur Strafbarkeit der handelnden Personen. Zusätzlich war dem Angeklagten auch noch eine Schuld nachzuweisen. In diesem Zusammenhang gab es ein im Gesetz vorgegebenes

166 BA, B 283/89997, Bl.107 ff., Schreiben der Generalbundesanwaltschaft v. 20.7.1959.
167 BGH v. 13.10.1959 – 1 StR 57/59 (BGHSt 13, 268 = Rüter/de Mildt, Bd. XVI, Nr. 492c, S. 424 ff.). Den Vorsitz führte Wilhelm Geier, Berichterstatter war Günther Willms.
168 Urteil des Landgerichts v. 3.6.1960 (BA, B 283/89997).
169 BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff.).
170 Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 433.
171 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff.).

Problem beim Handeln auf Befehl, weil § 47 Abs.1 S. 2 MilStGB für eine Strafbarkeit des Untergebenen zusätzlich die Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Befehls, konkret laut BGH das sichere Wissen um den verbrecherischen Zweck des Befohlenen, voraussetzte. Bei bloßen Zweifeln sei demgegenüber eine Strafbarkeit nicht gegeben,[172] was die Verteidigung erleichtert haben dürfte. Die Regeln über den Verbotsirrtum, wonach bei Vermeidbarkeit des Irrtums eine Strafbarkeit gegeben war, sollten hier „wegen der Eigenart der militärischen Befehlsverhältnisse“ nicht gelten.[173] Mit dieser täterfreundlichen Auffassung hat der 3. Senat die Tür für einen Freispruch weit aufgestoßen, denn ein sicheres Wissen der Rechtswidrigkeit eines Befehls ließ sich leicht bestreiten, das Gegenteil schwer beweisen. Problematisch ist, dass der Zweck des Befehls ja regelmäßig bekannt war, die Ausführenden aber eigentlich behaupteten, das Verbrecherische nicht durchschaut zu haben. Inwieweit dies einen Freispruch rechtfertigen soll, war und ist umstritten.

Aber auch außerhalb der Befehlsstrukturen war die subjektive Vorwerfbarkeit ein schwieriges Thema, das durch ein Urteil des Großen Senats stark beeinflusst wurde. Auch wenn die Strafsenate im Großen und Ganzen in der Tradition des Reichsgerichts agierten, vollzog der BGH in einem grundlegenden Punkt der Schuldfrage eine Umkehr gegenüber der traditionellen Rechtsauffassung und der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Diese bedeutende Weichenstellung betraf das Unrechtsbewusstsein und damit einen Bereich, der in vielen Verfahren gegen nationalsozialistische Täter eine Rolle spielte, nämlich wenn ein Täter glaubt, zu seinem Tun berechtigt zu sein, weil er die Bedeutung der Strafrechtsnorm fehlerhaft einschätzt. Gesetzlich war in § 59 StGB aF nur der Irrtum über tatsächliche Verhältnisse geregelt, eine Norm für den geschilderten rein rechtlichen Verbotsirrtum fehlte. Im Jahr 1951 trennte der Große Senat das Wissen um die Rechtswidrigkeit der Tat vom Wissen um die Tatbestandselemente und erhob dadurch das Unrechtsbewusstsein zu einem selbständigen Element der Schuld.[174] Diese Änderung hatte gravierende Auswirkungen auf mögliche Irrtümer und begründete im Ergebnis die moderne Irrtumslehre: Ein solcher Irrtum über das Unrecht der Tat war nunmehr unerheblich, soweit er vermeidbar gewesen ist, bei Unvermeidbarkeit des Irrtums kam eine Strafbarkeit wegen einer Vorsatztat (bei eventuell geminderter Schuld) nicht mehr in Betracht, allenfalls eine Verurteilung wegen Fahrlässigkeit.[175]

Die neue Auffassung des BGH, die im Wege richterlicher Rechtsfortbildung erfolgte und auch mit der herrschenden Meinung der Literatur übereinstimmte,[176] ist dann

172 BGH v. 19.3.1953 – 3 StR 765/52 (BGHSt 5, 239, 243 = Rüter/de Mildt, Bd. IX, Nr. 311b, S. 382 ff. (387)).
173 BGH v. 19.3.1953 – 3 StR 765/52 (BGHSt 5, 239, 244 = Rüter/de Mildt, Bd. IX, Nr. 311b, S. 382 ff. (388)).
174 BGH v. 18.3.1952 – GSSt 2/51 (BGHSt 2, 194 = *NJW* (1952), S. 593); dazu auch Herdegen, Der Verbotsirrtum, S. 196 ff.; siehe auch: BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 (BGHSt 3, 105); BGH v. 23.12.1952 – 2 StR 612/52 (BGHSt 4, 1).
175 BGH v. 18.3.1952 – GSSt 2/51 (BGHSt 2, 209).
176 Zur Geschichte: BGH v. 18.3.1952 – GSSt 2/51 (BGHSt 2, 194, 199 f.).

später Gesetz geworden.[177] Insoweit hat der BGH durchaus eine zukunftsweisende Entscheidung getroffen. Allerdings hat der Große Senat es unterlassen, konkrete Kriterien für die Frage der Vermeidbarkeit/Unvermeidbarkeit eines solchen Verbotsirrtums aufzustellen, was damals zu einer Reihe von Freisprüchen unterinstanzlicher Gerichte wegen unverschuldeter Verbotsirrtümer gerade im Bereich der NS-Taten führte.[178] Den Tätern wurde nicht selten zugutegehalten, dass sie geglaubt hatten, in Einklang mit dem (damaligen) Recht zu handeln, auch wenn dieses – im Nachhinein betrachtet – grobes Unrecht war. Zwar hatte der Große Senat keinen Freibrief ausgestellt: Es sei zu prüfen, ob ein Täter „bei gehöriger Anspannung des Gewissens das Unrechtmäßige seines Tuns hätte erkennen können,"[179] wobei jeweils die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen seien. Im Ergebnis war diese Formulierung aber zu schwach, um die Untergerichte von ihrer bisherigen Haltung abzubringen, so dass in diesem Bereich viele landgerichtliche Freisprüche ergingen, die dann später zum Teil heftig kritisiert wurden.[180]

Schon in der geschilderten Entscheidung von 1952 hatte der Große Senat gesagt, dass ein Täter ohne Schuld handeln könne, wenn er das Unrechtmäßige seines Tuns, das objektiv gegeben war, nicht hatte erkennen können.[181] Konsequent hat dann der 1. Senat in einer Entscheidung im gleichen Jahr, in der er den unantastbaren Kernbereich des Rechts beschworen hat, die Möglichkeit einer Entschuldigung wegen Fehlvorstellungen der Angeklagten für möglich erachtet.[182] Es sei zu prüfen,

> [...] ob das, was sich die Angeklagten als gegeben oder nur als möglich vorstellten schon so offenkundig die Merkmale des Unrechts trug, daß die Annahme begründet war, es seien sich auch die Angeklagten dessen bewußt gewesen.[183]

Das Gericht verwies in dieser Entscheidung an die Vorinstanz zurück, um die innere Sicht der Angeklagten zu ermitteln. Denn es könne ein – entschuldigender – Irrtum vorgelegen haben, auch weil der Handelnde sich in einem Interessenwiderstreit sah. In der Konsequenz war also zu prüfen, ob der Angeklagte, auch wenn ihm die rechtfertigende Berufung auf einen Erlass (oder Befehl) wegen dessen Rechtswidrigkeit versagt blieb, eine Vorstellung hatte, nach der die Tat doch gerechtfertigt sein könne.[184] Der erste Senat forderte daher das Landgericht auf, zu ermitteln, was der Angeklagte

177 Er ist nunmehr in § 17 StGB geregelt: Die Schuld entfällt, wenn der Irrtum unvermeidbar ist.
178 Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 340 ff., die meint, dass Welzel mit seiner Auffassung die Euthanasie-Fälle der NS-Zeit habe exkulpieren wollen (S. 343).
179 BGH v. 18.3.1952 – GSSt 2/51 (BGHSt 2, 201).
180 Vgl. zu den landgerichtlichen Urteilen die Arbeit von Freudiger.
181 BGH v. 15.3.1951 – GSSt 2/51 (BGHSt 2, 194 = *NJW* (1952), S. 593).
182 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234 = Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 615b, S. 770 ff.). Er schränkte diese Aussage aber auch ein bei „ganz offensichtlich groben Verstößen gegen den Grundgedanken der Gerechtigkeit und Menschlichkeit".
183 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 240).
184 BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357, 364 = Rüter/de Mildt, Bd. VIII, Nr. 283b, S. 506 ff. (513)).

geglaubt habe und welche Anspannung des Gewissens ihm in der damaligen Zeit zuzumuten gewesen sei.[185] Auch die Verurteilung von Mitgliedern eines Einsatzkommandos unter der Leitung des Hauptangeklagten Robert Mohr, die 1941 und 1943 in Südrussland an der Tötung von Juden, politischen Funktionären und Geisteskranken mitgewirkt hatten (es handelte sich um über 1.000 Fälle), wurde aufgehoben, weil das Schwurgericht Wuppertal die Entschuldigungsgründe der Angeklagten zu wenig gewürdigt habe.[186] Diese seien noch einmal zu prüfen.[187] Bei der Mitwirkung an den Tötungen von 150.000 Menschen in Chelmno wurde allerdings nicht beanstandet, dass das Landgericht einen Verbotsirrtum angenommen, diesen aber als vermeidbar angesehen hat.[188] Letztlich überantwortete der BGH diese Frage den Schwurgerichten.

Insbesondere in Euthanasie-Entscheidungen wurden derartige Fragen intensiv diskutiert: So ging es um die Rechtfertigung zweier Ärzte, die der Beihilfe zum Mord an Schwerkranken angeklagt waren, und die sich verteidigten mit dem Argument, dass man nur mitgemacht habe, „um noch zu retten, was noch zu retten ist".[189] Letztlich beriefen sich die Angeklagten damit auf einen übergesetzlichen Notstand unter dem Gesichtspunkt einer Gefahrengemeinschaft, in der ohne die strafbare Handlung auch die Rettung anderer nicht möglich gewesen wäre; es wurde der Grundsatz des kleineren Übels geltend gemacht.[190] Der 4. Senat hat zwar einem solchen Notstand die Anerkennung verweigert, und begründete dies einerseits mit einer fehlenden gesetzlichen Regelung, andererseits mit der naturrechtlichen Tradition der christlichen Sittenlehre. Gleichwohl hatten die Richter eine Hintertür offengelassen:

> Wenn die Angeklagten sich aber verpflichtet fühlten, möglichst viele dem Tode verfallene Kranke zu retten, läßt sich nicht ohne weiteres ausschließen, dass sie es nicht als Unrecht ansahen, wenn sie zu diesem Zweck zu der nach ihrer Überzeugung unvermeidlichen Vernichtung der übrigen Geisteskranken in entfernter Weise beitragen.[191]

An einer Schuld soll es also fehlen, wenn der Täter „nach dem Maß seiner geistigen Kräfte sein Gewissen angespannt hat" und dann in einem vermeintlichen Widerstreit der Stimme des Gewissens (zur Befehlsbefolgung) folgt.[192] In einem ähnlich gelagerten Fall, der knapp ein Jahrzehnt später zur Entscheidung stand, war der Leiter der Ge-

185 BGH v. 19.12.1952 – 1 StR 2/52 (BGHSt 3, 357, 366).

186 BGH v. 11.12.1964 – 2 StR 121/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXII, Nr. 606b, S. 525 ff.). Zu diesem Fall auch ausführlich Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 182 ff.

187 Hauptangeklagter war Robert Mohr, der Leiter des Kommandos, der in einem zweiten Verfahren dann doch rechtskräftig verurteilt worden ist.

188 BGH v. 25.11.1964 – 2 StR 71/64 (Rüter/de Mildt, Bd. XXI, Nr. 594c, S. 345 ff.). Die mehrjährigen Haftstrafen wurden gebilligt.

189 BGH v. 28.11.1952 – 4 StR 23/50 (Rüter/de Mildt, Bd. XI, Nr. 380c, S. 723 ff.; *NJW* (1953), S. 513).

190 Der Gedanke hatte in der Literatur vereinzelt befürwortende Stimmen gefunden.

191 BGH v. 28.11.1952 – 4 StR 23/50 (Rüter/de Mildt, Bd. XI, Nr. 380c, S. 723 ff., 727 = *NJW* (1953), S. 513, 514).

192 BGH v. 19.5.1953 – 2 StR 186/52 (Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 383b, S. 58 ff., 60).

sundheitsabteilung im Bayrischen Innenministerium (von 1933–1945) angeklagt, der gegenüber den Heil- und Pflegeanstalten des Landes weisungsbefugt gewesen war und die Tötung von 120 erwachsenen Geisteskranken und 130 Kindern angeordnet hatte. Er verteidigte sich damit, er habe geglaubt, bei den Getöteten hätte es sich nur um unheilbar Geisteskranke gehandelt, die keinen natürlichen Lebenswillen mehr besaßen.[193] Der 1. Senat wies das Landgericht an, zu prüfen, ob ein entschuldigender Irrtum vorgelegen haben könne. Möglicherweise habe der Angeklagte sich

> mit seinem angeblichen Verbotsirrtum im Einklang mit den Auffassungen von Wissenschaftlern befunden, denen man schwerlich den Vorwurf verbrecherischer Absichten machen kann und die sich in den gekennzeichneten engen Grenzen bereits vor dem Aufkommen des Nationalsozialismus für die Vernichtung ‚lebensunwerten Lebens' ausgesprochen hatten.[194]

Auch in diesem Fall wurde, wie in so vielen Fällen, der Ball letztlich an die Vorinstanz zurückgespielt, um prüfen zu lassen, ob der Täter nicht wegen fehlenden Unrechtsbewusstseins entschuldigt sein könnte.[195] Im konkreten Fall hätten sich allerdings bei den Richtern Zweifel einstellen müssen, ob eine solche Vorstellung (des Angeklagten beziehungsweise der erwähnten Wissenschaftler), dass es lebensunwertes Leben gebe, überhaupt eine Rechtfertigung bedeutet hätte;[196] denn bereits in den 1920er Jahren hatte nur eine kleine Minderheit so etwas vertreten. Anerkannt war dies nicht. In diesem Punkt haben die Richter des 1. Senats Differenzierungen akzeptiert, die eigentlich mit den grundsätzlichen christlichen Vorstellungen, die sonst so hochgehalten wurden, in eklatantem Gegensatz stehen. Von dieser Rechtsfrage abgesehen bleibt bemerkenswert, wie weit subjektive Fehlvorstellungen Berücksichtigung finden sollten. Denn auch in anderen Verfahren gegen Ärzte wurden Einlassungen der Angeklagten, man habe gedacht, man dürfe bestimmte Leben opfern, um andere zu retten, als Entschuldigungsgründe akzeptiert. Diese Auslegung des BGH ist mitunter als „Verbotsirrtum wegen Rettungsabsicht" bezeichnet worden,[197] womit die Schuldfrage „ins Belieben ihrer (der Täter – der Verfasser) subjektiven sittlichen und gewissensmäßigen Einschätzung" gestellt worden sei. Dieser Aspekt soll von den Untergerichten dankbar aufgenommen worden sein.[198]

Als Fazit kann die Tendenz festgestellt werden, dass die Taten mit einer oft klaren Distanzierung durch die BGH-Senate durchgängig als Unrecht gebrandmarkt wurden. Auf der anderen Seite müsse bei dem Irrtum über einen Rechtfertigungsgrund geprüft

---

193 BGH v. 6.12.1960 – 1 StR 404/60 (BGHSt 15, 342 = *NJW* (1961), S. 276).

194 BGH v. 6.12.1960 – 1 StR 404/60 (BGHSt 15, 342 = *NJW* (1961), S. 276).

195 Einerseits war damit die Möglichkeit des Freispruchs eröffnet, andererseits ging der Senat darauf ein, was damals schon alles hätte bekannt sein müssen, so dass nicht jede behauptete Unwissenheit glaubhaft sei (so Punkt 2 ff. der „Hinweise", die am Ende des Urteils abgedruckt sind).

196 Für die heutige Rechtslage wäre das selbstverständlich auszuschließen.

197 Benzler, Justiz, in: *KJ* (1988), S. 150.

198 Nachweise zu landgerichtlichen Urteilen bei: Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, vor allem in Kapitel V (S. 332 ff.); Benzler, Justiz, in: *KJ* (1988), S. 151.

werden, ob dieser Irrtum entschuldige, wenn die Täter angaben, von der Rechtmäßigkeit ihres Handelns überzeugt gewesen zu sein. Das wurde bejaht, wenn sie Vorstellungen gehabt hätten, bei deren Vorliegen ein angespanntes Gewissen glauben konnte, gerechtfertigt zu sein. Wir sehen im Ergebnis eine Kombination von übergesetzlichem Schuldausschließungsgrund und Verbotsirrtum. Obwohl der Versuch, dem Einzelfall gerecht zu werden, gerade in der Schuldfrage notwendig ist und damit naturgemäß eine Subjektivierung einhergeht, bleibt die Rechtsprechung problematisch. Es wurden von den Senaten auf der Schuldebene Formulierungen verwendet, die Freisprüche erleichterten, wenn nicht nahelegten. Diese Formulierungen von Seiten der Strafsenate haben letztlich den Ausreden der Angeklagten Tür und Tor geöffnet, soweit die Tatsacheninstanzen diesen Einlassungen Glauben schenken wollten. Der BGH hat insoweit die Weichen gestellt, die Freisprüche blieben allerdings den Tatsacheninstanzen überlassen.

1.2.4 Der Dolch des Mörders unter der Robe des Richters[199] – das Justizunrecht

Kaum ein Thema hat die Gemüter so erregt, wie die Tatsache, dass fast kein NS-Richter von bundesdeutschen Gerichten rechtskräftig wegen seiner richterlichen Tätigkeit zwischen 1933 und 1945 verurteilt worden ist.[200] Auch dem BGH wird an dieser Tatsache eine große Verantwortung zugeschrieben, und diese mögliche Mitverantwortung soll im Folgenden etwas näher beleuchtet werden.

Rechtsbeugung – ein Privileg für die Justiz?

Hinsichtlich der Strafbarkeit der Richter stellte sich die Frage, welcher Maßstab für eine Strafbarkeit gelten sollte, wenn Richter rechtswidrige (Todes-)Urteile gefällt hatten: Sollten sie in einem solchen Fall wegen Totschlags oder sogar Mordes belangt werden können, oder sollte dies nur möglich sein, wenn sie Rechtsbeugung begangen hatten? Diese Frage war vor allem für die Voraussetzungen der Strafbarkeit von großer Bedeutung.

Grundsätzlich hat der BGH – anders als die Alliierten in den Nürnberger Prozessen und auch in Abkehr von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone – in Verfahren gegen NS-Richter das mit dem Rechtsbeugungs-Paragrafen (§ 336 RStGB aF) verbundene Justiz- oder Richterprivileg angewandt, auch wenn dies in den ersten Entscheidungen noch nicht so deutlich ausgesprochen,[201] doch spä-

199 So das Urteil im Nürnberger Juristenprozess v. 4.12.1947, zitiert nach: Peschel-Gutzeit, Das Nürnberger Juristenurteil.

200 Zu diesem Abschnitt siehe Quasten, Judikatur des BGH; Scholderer, Rechtsbeugung, S. 452 ff.; Hoeppel, NS-Justiz (3. Kapitel); Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen.

201 BGH v. 29.5.1952 – 2 StR 45/50 (Rüter/de Mildt, Bd. X, Nr. 345b, S. 504 ff.; *MDR* (1952), S. 693); das Hamburger Landgericht kam dann am 27.2.1953 gleichwohl zu einem Freispruch (BA, B 283/74927,

testens mit dem Urteil vom 7. Dezember 1956 klargestellt wurde.[202] Die Sperrwirkung durch den Rechtsbeugungsparagrafen wird vor allem auf den berühmten Aufsatz von Gustav Radbruch aus dem Jahre 1946[203] zurückgeführt, in dem dieser jenen Weg vorgeschlagen hatte, denn zuvor hatte es eine solche Sperrwirkung nicht gegeben.[204] Anfangs war das Privileg, wie es immer wieder genannt wurde, nur auf die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit erstreckt worden. Für den Volksgerichtshof, der 1934 aufgrund der Unzufriedenheit der NS-Führung mit dem Ergebnis des Reichstagsbrandprozesses errichtet worden war,[205] stellte sich die Frage, ob dieser ein „normales“ Gericht gewesen war, was der BGH letztlich bejaht hat,[206] so dass § 336 RStGB aF auch für die Richter dieses Gerichts galt.[207]

Und schließlich war zu klären, ob die Urteilenden an Standgerichten auch als Richter im Sinne des § 336 StGB aF anzusehen seien. In einer Stellungnahme des Generalbundesanwalts wurde dies im Jahre 1956 verneint für Laienrichter, die an einem eilig einberufenen Standgericht mitgewirkt hatten.[208] Anders sah dies der 1. Strafsenat: Er hat zwar nicht unmittelbar die Richtereigenschaft der Laien bejaht, ihnen gleichwohl die Sperrwirkung zuerkannt. Er ließ eine Verurteilung wegen anderer Delikte (zum Beispiel Mord oder Totschlag) nur zu, wenn den Mitwirkenden an dem Standgerichtsverfahren eine Rechtsbeugung nachgewiesen wurde.[209] Und auch für den General, der als Gerichtsherr das Standgericht kurz vor Ende des Krieges eingesetzt hatte,[210] sei § 336 StGB aF unmittelbar anzuwenden.[211]

Bl. 294 ff.); BGH v. 16.12.1952 – 2 StR 27/52 (Rüter/de Mildt, Bd. XI, Nr. 360d, S. 90 ff., 91); BGH v. 9.6.1953 – 1 StR 198/53 (Rüter/de Mildt, Bd. X, Nr. 332b, S. 233 ff., 235). Hoeppel liest die Entscheidungen so, dass die Ausschließlichkeit der Rechtsbeugung noch nicht so eindeutig formuliert worden sei, s. Hoeppel, NS-Justiz, S. 404.

202 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 299 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff. (387); vergleiche Scholderer, Rechtsbeugung, S. 382.

203 Radbruch, Gesetzliches Unrecht, S. 15; die von Radbruch auf den Gesetzgeber bezogene subjektive Formel wurde vom BGH auf die Rechtsprechung übertragen (Scholderer, Rechtsbeugung, S. 475).

204 Vgl. Vormbaum, Die strafrechtliche Aufarbeitung, S. 159, der darauf hinweist, dass er in seiner Habilitationsschrift (Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils) in keiner einzigen Quelle vor 1945 einen Hinweis auf ein solches Privileg gefunden habe. Zum gleichen Ergebnis kommt die Dissertation von Thiel, Rechtsbeugung, 2005. In den Nürnberger Prozessen der Alliierten war eine entsprechende Einschränkung ebenfalls nicht praktiziert worden.

205 Gesetz v. 24.4.1934 (RGBl I, S. 341).

206 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 300 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382, 389), zu einem Anklagevertreter siehe sogleich.

207 Kritisch: Jahntz/Kähne, Der Volksgerichtshof; Müller, Redaktion Kritische Justiz, S. 455.

208 Begründung der Revision der Staatsanwaltschaft v. 22.4.1956, BA, B 283/88119 Bl. 114 ff.

209 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff.). Die Revisionsbegründung vom 22. April findet sich in: BA, B 283/88119, Bl. 114 ff.; das Landgericht Nürnberg kam am 23.4.1958 zu Freisprüchen (Bl. 326).

210 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 302 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff. (391)). Zu diesem Verfahren genauer unten.

211 § 145 RMilStGB sei aufgehoben worden und daher nicht relevant.

Da der Tatbestand der Rechtsbeugungs-Norm den Vorsatz hinsichtlich der Fehlerhaftigkeit des Urteils verlangte, war fahrlässiges Handeln immer straflos.[212] Aber der BGH schränkte die Strafbarkeit noch weiter ein: Eine deutliche Erschwerung der Strafverfolgung gegenüber Richtern bedeutete es, dass das Gericht seine ursprüngliche, 1952 angedeutete Auffassung, nach der bedingter Vorsatz genügt hätte,[213] vier Jahre später wieder aufgab und direkten Vorsatz verlangte,[214] was natürlich sehr viel schwieriger nachzuweisen ist.[215] Der Senat berief sich bei seiner Auffassung, die im Gesetzeswortlaut keinen Anhaltspunkt hatte, auf eine angeblich herrschende Meinung, für die er allerdings keinen Nachweis erbrachte und die es so wohl gar nicht gab.[216] Seine Hauptbegründung ging dahin, verhindert werden müsse der sonst leicht zu erhebende Vorwurf, der Richter habe falsch entschieden, und ein bedingter Vorsatz sei schnell konstruiert.[217] Mit der Sperrwirkung und der hohen Vorsatzschwelle schuf das Gericht eine Situation, in der ein Richter straflos sein musste, der zwar wissentlich ein rechtswidriges Urteil mit einem sachfremden Ziel fällte, aber an dieses sachfremde Ziel glaubte, weil ihm dann ja der erforderliche Vorsatz fehlte.[218]

Die ersten Fälle von Richterunrecht wurden bereits Anfang der 1950er Jahre verhandelt. In zwei Entscheidungen des 2. und einer des 4. Senats wurde jeweils zurückverwiesen, weil die Vorinstanzen noch das Kontrollratsgesetz Nr. 10 angewandt hat-

212 Es ist nachvollziehbar, einen Richter nicht für fahrlässige Fehlurteile haften zu lassen, weil dadurch die richterliche Unabhängigkeit gefährdet würde.

213 BGH v. 29.5.1952 – 2 StR 45/50 (Rüter/de Mildt, Bd. X, Nr. 345b, S. 504 ff.; *MDR* (1952), S. 693); in diesem Verfahren wurde die vom Landgericht Hamburg (155-seitiges Urteil in: BA, B 283/74927) verhängte Strafe wegen Rechtsbeugung aufgehoben, was zum späteren Freispruch nach der Zurückverweisung führte (BA, B 283/74927, Bl. 294 ff.); BGH v. 16.12.1952 – 2 StR 27/52 (Rüter/de Mildt, Bd. XI, Nr. 360d, S. 90 ff., 91); BGH v. 9.6.1953 – 1 StR 198/53 (Rüter/de Mildt, Bd. X, Nr. 332b, S. 233 ff.). Hoeppel hat zu Recht darauf hingewiesen, dass die Entscheidungen aus dem Jahre 1952 nicht ganz eindeutig gewesen seien, da die Terminologie („Wissen und Wollen" oder „wenigstens mit bedingtem Vorsatz gewollt") in ihrem Bezugspunkt (Tötungshandlung? Rechtsbeugung?) unklar gewesen seien (S. 262, 288 f.).

214 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 299 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff. (384)); kritisch: Kaiser, Verantwortlichkeit, in: *NJW* (1960), S. 1328; ebenso: Dellian, Haftungsprivileg, in: *ZRP* (1969), S. 50; Frankenberg/Müller, Juristische Vergangenheitsbewältigung, in: *KJ* (1983), 145 ff.; Spendel, Rechtbeugung, Kapitel Justiz und NS-Verbrechen, S. 108 ff.

215 Spendel spricht davon, das Gericht habe die Strafbestimmung durch diese Einschränkung, die nicht durch das Gesetz gerechtfertigt sei, weitgehend „unanwendbar" gemacht (Spendel, Rechtsbeugung, in: *NJW* (1996), S. 809). Allerdings wäre gleichwohl eine Verurteilung in den im Folgenden geschilderten Fällen möglich gewesen.

216 Dies ergeben die Nachforschungen von Deiseroth, NS-Justiz, S. 59; Dellian, Haftungsprivileg, in: *ZRP* (1969), S. 50; aus heutiger Sicht ebenfalls ablehnend: Hoeppel, NS-Justiz und Rechtsbeugung, S. 419 f. Diese „herrschende Meinung" wird vom Senat auch nicht nachgewiesen.

217 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 300 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff. (384)). Vormbaum weist überdies darauf hin, dass in allen Lehrbüchern zum allgemeinen Teil des Strafrechts zu lesen ist, dass, wenn nicht das Gesetz etwas anderes fordert, für den Tatbestandsvorsatz Eventualvorsatz ausreicht, s. Die strafrechtliche Aufarbeitung, S. 161.

218 Scholderer, Rechtsbeugung, S. 475.

ten, das nunmehr von den deutschen Gerichten nicht mehr angewandt werden durfte.[219] Insoweit nahmen diese Entscheidungen keine Stellungnahme in der Sache.

Richter als Täter entlarvt, aber nicht verurteilt

Interessant sind einige andere Fälle aus der ersten Hälfte der 1950er Jahre, in denen es um Denunziationen ging, aufgrund derer vom Volksgerichtshof beziehungsweise Reichskriegsgericht jeweils ein Todesurteil verhängt worden war. In einem der ersten Prozesse, in dem Richterunrecht vor dem BGH verhandelt wurde, war eine Denunziantin angeklagt wegen Freiheitsberaubung und versuchten Mordes. Sie hatte ihren Mann, den sie loswerden wollte, (mit einer wahrheitsgemäßen Anzeige) denunziert:[220] Er habe lästerlich über Goebbels und das Regime geredet, worauf der Ehemann vom Reichskriegsgericht nach § 5 KSSVO zum Tode verurteilt worden war.[221] Da die wahrheitsgemäße Anzeige ja nicht rechtswidrig sein kann, stellte sich die Frage, worin die rechtswidrige Tathandlung liegen sollte. Der Senat lehnte die Auffassung ab, wonach das Gerichtsurteil rechtmäßig und trotzdem das Verhalten des Anzeigenerstatters rechtswidrig gewesen sein könnte, beides könne nur einheitlich entschieden werden.[222] Als rechtswidrige Handlung kam nur das damalige Urteil in Betracht, und da setzte der 1. Senat an zwei Punkten an: Zum einen habe das Militärgericht das Tatbestandsmerkmal der Öffentlichkeit der Wehrkraftzersetzung fehlerhaft angewandt,[223] denn für eine familiäre Äußerung sei eine Auslegung nicht mehr vertretbar, mit der solche Äußerungen als „öffentlich“ unter die Strafvorschrift subsumiert worden waren:[224] „Diese Auffassung strich im Ergebnis das Merkmal der öffentlichen Begehung aus dem Tatbestand des § 5 Abs. 1 Nr. 1“.[225] Ein deutliches Wort, wahrscheinlich auf den Berichterstatter Wilhelm Geier zurückzuführen.[226] Ferner sei das vom Kriegsgericht verhängte Strafmaß im konkreten Fall nicht angemessen gewesen, weil die da-

219 BGH v. 29.5.1952 – 2 StR 45/50 (Rüter/de Mildt, Bd. X, Nr. 345b, S. 504 ff. (506)); BGH v. 4.12.1952 – 4 StR 33/50 (Rüter/de Mildt, Bd. X, Nr. 350b, S. 597 ff.); in einem dritten Verfahren wurde die Sache zurückverwiesen, weil ein Verfahrensverstoß begangen worden war (BGH v. 16.12.1952 – 2 StR 27/52 (Rüter/de Mildt, Bd. XI, Nr. 360d, S. 90 ff. (91))).

220 BGH v. 8.7.1952 – 1 StR 123/51 (BGHSt 3, 110 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 384c, S. 80 ff.; *NJW* (1952), S. 1024). Berichterstatter war Wilhelm Geier, Vorsitzender war Hans Richter, außerdem wirkten mit: Heinrich Jagusch, Ernst Mantel und Ludwig Peetz.

221 Das Urteil ist aber wohl nicht vollstreckt worden, daher wurde die Denunziantin nur wegen Freiheitsberaubung und versuchter Tötung angeklagt.

222 BGH v. 8.7.1952 – 1 StR 123/51 (BGHSt 3, 110, 114 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 384c, S. 80 ff. (82)). Davon zu unterscheiden ist der Fall BGHSt 3, 4 (BGH v. 10.6.1952 – 1 StR 837/51), in dem aufgrund einer unwahren Tatsache ein fehlerhaftes Urteil erreicht werden sollte.

223 BGH v. 8.7.1952 – 1 StR 123/51 (BGHSt 3, 110, 116 ff.).

224 Diese Ersatzöffentlichkeit sollte gegeben sein, wenn der Angeklagte damit rechnen musste, dass seine Äußerungen an die Öffentlichkeit gelangen, so das Reichskriegsgericht und das Reichsgericht (RGSt 76, 118).

225 BGH v. 8.7.1952 – 1 StR 123/51 (BGHSt 3, 110, 118 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 384c, S. 80 ff. (83)).

226 BA, B 283/85188. Den Vorsitz führte Hans Richter, beteiligt war auch Heinrich Jagusch.

mals verhängte Todesstrafe außerhalb jeglichen Verhältnisses zum Schuldgehalt stehe; daher könne nicht mehr von einem vertretbaren Urteil gesprochen werden. Die rechtswidrige Handlung wurde also vom Gericht begangen, die Denunziantin hatte dieses lediglich benutzt. Die Vorstellung, dass ein Gericht sich benutzen lässt, wirkt schon etwas merkwürdig. Allerdings stand eine Strafbarkeit der Richter nicht zur Debatte, da nur die Denunziantin angeklagt war. Insoweit lässt sich allenfalls spekulieren, ob der 1. Senat auch die Richter des Kriegsgerichts zur Verantwortung gezogen hätte. Die noch folgenden späteren Urteile lassen dies indes wenig wahrscheinlich erscheinen.

In einer weiteren BGH-Entscheidung nur wenige Monate später ging es um das Todesurteil gegenüber einem Mann, der sich abfällig über Hitler ausgelassen hatte.[227] Sein Bruder, ein überzeugter Nationalsozialist, hatte ihn angezeigt. Da auch in diesem Fall die Anzeige der Wahrheit entsprach, konnte die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Angeklagten eigentlich nur wieder in der Herbeiführung eines rechtswidrigen Urteils bestehen. Das sah auch der 3. Strafsenat so: Er verneinte die Verhältnismäßigkeit des Strafmaßes, konkret der vom Volksgerichtshof verhängten Todesstrafe, und zwar unabhängig von der Strafbarkeit des abgeurteilten Verhaltens. Allein die zu hohe Strafe müsse bereits für die Bewertung als Unrechtsurteil ausreichen, da es sich bei der damals verurteilten Tat um einen minder schweren Fall gehandelt habe. Außerdem hieß es in dem BGH-Urteil, dass das Todesurteil des Volksgerichtshofs möglicherweise schon deshalb nicht vertretbar war, weil der Begriff der Öffentlichkeit der Wehrkraftzersetzung (im Sinne der KSSVO) damals fehlerhaft ausgelegt worden sei: Es ging konkret um die spitzfindige Überlegung, die sich an der damaligen Theorie der Ersatzöffentlichkeit orientierte: Wenn der Verurteilte mit der Weitergabe seiner Äußerungen gerechnet hatte, wäre das Urteil entsprechend der damaligen Rechtsprechung des Reichsgerichts[228] vertretbar gewesen, wenn er nur damit hätte rechnen müssen, so sei eine Strafbarkeit damals nicht gegeben gewesen.[229] Anders als das Urteil des 1. Senats, wollte der 3. Senat sich nicht so eindeutig von der damaligen Rechtsprechung distanzieren.[230] Und schließlich noch ein spätes Denunziantenurteil von 1958, in dem dies-

227 BGH v. 6.11.1952 – 3 StR 59/50 (BGHSt 4, 66 = Rüter/de Mildt, Bd. XI, Nr. 372b, S. 392 ff.). Zu diesem Urteil: Dencker, Strafrechtliche Behandlung, S. 295 ff.

228 RGSt 76, 118.

229 BGH v. 6.11.1952 – 3 StR 59/50 (BGHSt 4, 66 = Rüter/de Mildt, Bd. XI, Nr. 372b, S. 392 ff.).

230 BA, Pers 101/39821, Personalblatt. Ob diese Reichsgerichtsrechtsprechung mit ihrer Konstruktion einer Ersatzöffentlichkeit ihrerseits vertretbar war, wird nicht problematisiert. Das liegt möglicherweise am Vorsitzenden Carl Kirchner, der als früherer Reichsanwalt beim Reichsgericht gegen seine damalige Rechtsauffassung hätte argumentieren müssen. Berichterstatter war Hans Koeniger (BA, B 283/69722, mitgewirkt haben ferner Paulheinz Baldus, Richard Busch und Theodor Krauss). Immerhin hielt der Oberbundesanwalt Carlo Wiechmann diese Auslegung für einen Verstoß gegen den Wortlaut und die damaligen Urteile (sowohl des Reichsgerichts als auch des Volksgerichtshofes) für fehlerhaft (Stellungnahme des Oberbundesanwalts vom 3.4.1952 – BA, B 283/69722, Bl. 37, 42 f.) und vom 13.6.1952 (Bl. 33 ff.). Nachweis über kritische Literaturstimmen aus den 1940er Jahren bei: Gribbohm, Nationalsozialismus, in: *NJW* (1988), S. 2842, 2845 Fn. 41.

mal wieder der 1. Senat die Verurteilung von drei Angeklagten durch das Landgericht München[231] wegen eines „Anzeigeverbrechens“ in der NS-Zeit bestätigt hat.[232] Der von einer Buchhalterin denunzierte Direktor der Deutschen Bank aus Hindenburg war daraufhin im September 1943 vom Volksgerichtshof zum Tode verurteilt und hingerichtet worden. Das Urteil, so der BGH, sei wegen der Verhängung der Todesstrafe rechtswidrig gewesen.

> Die Angeklagte wusste, dass die Rechtsprechung des Volksgerichtshofes im Jahre 1943 durch eine ungewöhnliche Härte gekennzeichnet war und unter bewusster Außerachtlassung der Prinzipien eines Rechtsstaates vor allem der Vernichtung der Gegner des Dritten Reiches und der Einschüchterung der Bevölkerung diente.[233]

In den gerade geschilderten Verfahren waren nur die Denunzianten angeklagt, nicht ein Richter, so dass sich die Frage der Rechtsbeugung nicht stellte. Dies war zunächst auch in dem dritten Tatkomplex genauso, der aber deshalb besonders interessant ist, weil später auch einer der in diesem Verfahren beteiligten Volksgerichtshof-Richter in der Nachkriegszeit angeklagt wurde.[234] Eine Informantin der Gestapo hatte mehrere Oppositionelle des NS- Regimes, konkret den sogenannten Kaufmann-Will-Kreis, in Gießen denunziert. Die Frau namens Dagmar Imgart hatte sich der Gruppe zum Schein angeschlossen, um diese dann den NS-Behörden auszuliefern. Die Teilnehmer des Kreises wurden vor allem wegen des Abhörens von Feindsendern vom Volksgerichtshof zum Teil zum Tode, zum Teil zu hohen Zuchthausstrafen verurteilt. Die Denunziantin wurde nach dem Krieg wegen Freiheitsberaubung angeklagt, aber vom Landgericht Limburg freigesprochen; der 3. BGH-Senat hob diesen Freispruch auf und verwies zurück, da die Volksgerichtshof-Urteile vor allem wegen der verhängten Strafen rechtswidrig gewesen sein könnten.[235]

Überdies hatte Frau Imgart den katholischen Geistlichen Max Josef Metzger denunziert, der 1943 eine Denkschrift verfasst hatte, in der er über die mögliche Neuordnung Deutschlands nach dem Kriege spekuliert und die er über einen Mittelsmann der britischen Regierung hatte zukommen lassen wollen.[236] Er war wegen Feindbegünstigung (§ 91 b RStGB) vom Volksgerichtshof zum Tode verurteilt und hingerichtet

---

231 Das Urteil v. 27./28.11.1957 befindet sich in: BA, B 283/89392, Bl. 1 ff.

232 BGH v. 13.5.1958 – 1 StR 134/58 (Rüter/de Mildt, Bd. XIV, Nr. 454b, S. 455 ff.). Zu einem Verfahren vor dem Landgericht Darmstadt gegen den Staatsanwalt des Volksgerichtshofes Harzmann, der in den geschilderten Denunziantenfällen mitgewirkt hatte, siehe: Hoffmann, Die Strafverfolgung, S. 283 ff.

233 BGH v. 13.5.1958 – 1 StR 134/58, S. 19 des Urteils (BA, B 283/89392). Die Kausalität einer Handlung wurde bejaht, auch wenn eine Ersatzursache denselben Erfolg herbeigeführt hätte, etwa bei einer Denunziation, die zur Einlieferung in ein Konzentrationslager geführt hatte, auch wenn diese Einlieferung später wahrscheinlich ohnehin erfolgt wäre (BGH v. 27.11.1951 – 1 StR 303/51 (BGHSt 2, 20 = Rüter/de Mildt, Bd. IX, Nr. 318c, S. 678 ff.)).

234 Es handelt sich um das Verfahren gegen Hans-Joachim Rehse. Dazu sogleich.

235 BGH v. 29.1.1953 – 3 StR 248/52 (Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 409b, S. 843 ff.).

236 Zum Fall Metzger siehe z. B.: Lehmann, Der Priester.

worden. Ein weiteres Mal stand die Informantin Imgart in der Bundesrepublik vor Gericht, und im Jahre 1956 wurde der 3. Senat sehr deutlich:[237] Das damals wegen Wehrkraftzersetzung durch den Volksgerichtshof ausgesprochene Todesurteil sei eine rechtswidrige Tötung unter dem Deckmantel der Strafrechtspflege gewesen.[238]

> Der Missbrauch des § 91 b StGB durch den Volksgerichtshof gegen Dr. Metzger hat daher mit Rechtsprechung nichts zu tun. Er ist nicht nur eine Ausnutzung gerichtlicher Formen zur widerrechtlichen Tötung. Folgerichtig weitergedacht erfasst eine derartige ‚Rechtsanwendung' alle Menschen, die nicht jede Gelegenheit wahrnehmen, das Gewaltregime zu fördern, sondern die es stattdessen beim Namen nennen. Sie dient dann nur noch der Vernichtung des politischen Gegners und verletzt den unantastbaren rechtlichen Kernbereich. Gerade dadurch enthüllt eine derartige ‚Rechtsprechung' ihr wahres Wesen als Terrorinstrument.

Der Volksgerichtshof habe den Anwendungsbereich des Strafgesetzes willkürlich überspannt, da bei Handlungen des damals Angeklagten keine Feindbegünstigung vorgelegen habe,[239] ein entsprechender Vorsatz Metzgers habe ebenfalls nicht bestanden. Mitgewirkt hatte in diesem Verfahren vor dem Volksgerichtshof Hans-Joachim Rehse als beisitzender Richter. Nach diesen mehr als deutlichen Ausführungen des 3. Senats wartete man gespannt auf das Verfahren gegen diesen Richter.

Der Fall Rehse

Hans-Joachim Rehse hatte als Beisitzer des ersten („Freisler"-)Senats des Volksgerichtshofes an einer Reihe von Todesurteilen mitgewirkt,[240] unter anderem an dem zuletzt geschilderten Fall des Geistlichen Max Josef Metzger, weswegen ihn das Landgericht Berlin 1967 wegen Mordes und Beihilfe zum versuchten Mord in sieben Fällen verurteilt hatte.[241] Rehse hatte sich damit verteidigt, von der Rechtmäßigkeit seines Handelns überzeugt gewesen zu sein. Der 5. Strafsenat des BGH hat im Jahr 1968 diese Verurteilung aufgehoben und die Sache zurückverwiesen,[242] dies im Wesentlichen aus zwei Gründen: Zum einen seien die für den Mordvorwurf erforderlichen niedrigen

---

237 BGH v. 28.6.1956 – 3 StR 366/55 (BGHSt 9, 302 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 409c, S. 848 ff.; *NJW* (1956), S. 1485).

238 BGH v. 28.6.1956 – 3 StR 366/55 (BGHSt 9, 302 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 409c, S. 848 ff.; *NJW* (1956), S. 1485).

239 Es habe sowohl am „Vorschubleisten" gefehlt als auch an einem Nachteil zu Lasten des Deutschen Reiches (BGH v. 28.6.1956 – 3 StR 366/55 (BGHSt 9, 302, 307 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 409c, S. 848 ff. (854)).

240 Rehse war seit 1941 Beisitzer am Volksgerichtshof und hatte an 231 Todesurteilen mitgewirkt. Nach dem Krieg wurde er am Landesverwaltungsgericht Schleswig beschäftigt.

241 LG Berlin v. 3.7.1967 (*DRiZ* (1967), S. 390). Eine genauere Schilderung des Berliner Urteils bei: Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 387 f.; Friedrich, Freispruch, S. 458–460.

242 BGH v. 30.4.1968 – 5 StR 670/67 (Rüter/de Mildt, Bd. XXXI, Nr. 695c, S. 358 ff.; *NJW* (1968), S. 1339), mitgewirkt haben: Werner Sarstedt, Adolf Schmidt, Rudolf Börker, Friedrich Kersting und Horst Herrmann.

Beweggründe vom Schwurgericht nicht widerspruchsfrei nachgewiesen. Zum anderen könne ein Richter am Volksgerichtshof nicht als Teilnehmer der Taten des Vorsitzenden Freisler angesehen werden, sondern allenfalls als Täter. Denn seine Stellung ergebe sich allein aus § 1 GVG, wonach der Richter „unabhängig, gleichberechtigt, nur dem Gesetz unterworfen und seinem Gewissen verantwortlich gewesen" sei.[243] Für den Angeklagten war es in dieser Konstellation günstiger, als Täter eingeordnet zu werden, weil ihm dann – anders als bei einer Teilnahme – die Mordmerkmale Freislers nicht zugerechnet werden konnten.

Die Möglichkeit einer Beihilfe wird sogar rechtlich ausgeschlossen. Die Besonderheiten des Verfahrens, wie sie die Praxis beim Volksgerichtshof beherrscht haben, wurden völlig ausgeblendet, der Senat wandte eine rein am Gesetz orientierte Betrachtung an und verwandte keinen Gedanken darauf, dass die tatsächlichen Verhältnisse vielleicht anders gewesen sein könnten: Die Feststellung des Schwurgerichts, dass Rehse eben nicht eigenständig gehandelt, sondern sich Freisler untergeordnet habe, wird vom BGH nicht akzeptiert, nach dem Motto: Das Sollen bestimmt das Sein. Es wurde in diesem Punkt ein anderer Sachverhalt unterstellt, und dies, obwohl der BGH als Revisionsgericht an die Tatsachenfeststellung der Vorinstanz gebunden ist! Darüber hinaus malte der Senat ein unrealistisches und geschöntes Bild der damaligen Situation in den Verfahren, die ja in Wahrheit durch massive Beeinträchtigungen der richterlichen Unabhängigkeit gekennzeichnet waren.[244] Schließlich bleibt die Urteilsbegründung in diesem Punkt auch begrifflich vage: Es wird von einer „Höchstpersönlichkeit" der Entscheidung Rehses gesprochen, ohne dass gesagt wird, welches Tatbestandsmerkmal damit gemeint ist (der Täterwille oder die Tatherrschaft?). Soweit das sehr knapp begründete Urteil des 5. Senats.[245]

Interessant ist dieses Urteil aber auch wegen einer Vielzahl von Gesichtspunkten, die in ihm nicht erwähnt werden, aber gleichwohl die Richter des Senats beschäftigt haben. Das geht unter anderem aus dem umfangreichen, über 40-seitigen Votum hervor, das der Berichterstatter Hermann Adolf Schmidt[246] verfasst hat.[247]

---

243 BGH v. 30.4.1986 – 5 StR 670/67 (Rüter/de Mildt, Bd. XXXI, Nr. 695c, S. 358 ff.; *NJW* (1968), S. 1339).

244 Die verschiedenen Faktoren, die die richterliche Unabhängigkeit nach 1933 untergraben haben, wie beispielsweise die Justizlenkung oder die Möglichkeit der Entlassung durch Führerbefehl (Reichstagsbeschluss v. 26.4.1942 – RGBl I 1942, 247), hat bereits der – spätere – BGH-Richter Gribbohm aufgezählt (Gribbohm, Nationalsozialismus, in: *NJW* (1988), S. 2848).

245 Der BGH ist insbesondere durch das Rehse-Urteil des fünften Strafsenats in die Kritik geraten. In der wissenschaftlichen Literatur ist das Urteil fast durchgängig kritisch bewertet worden: Rasehorn, Das Verfahren, in: *NJW* (1969), S. 457 ff.; Spendel, Justizkrise, S. 14; Müller, Furchtbare Juristen, S. 282 f.; Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 386 ff. Das Rehse-Urteil ist einer Flut an Kritik nicht nur von Juristen, sondern auch von der Tagespresse ausgesetzt gewesen.

246 BA, Pers 101/76151, Personalblatt. Adolf Schmidt, 1911 geboren, war 1944 Amtsrichter in Berlin geworden. Er war nie Mitglied der NSDAP gewesen.

247 BA, B 283/4458, Votum.

Eine relevante Frage besteht darin, ob die von Rehse mitverantworteten Urteile objektiv rechtswidrig waren. Insbesondere unter Berücksichtigung des oben geschilderten Volksgerichtshof-Urteils gegen Metzger werden die Bedenken gegen das dahingehende BGH-Urteil groß, gerade auch, wenn man auf die Diskussion darüber im Senat schaut. Einig war man sich im 5. Strafsenat, dass die Auslegung des Begriffs öffentlich (im Sinne der KSSVO) durch den Volksgerichtshof dem Angeklagten nicht angelastet werden könne, da zuvor das Reichsgericht und das Reichskriegsgericht ähnlich entschieden hätten. Hier entlaste den Angeklagten die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Die gegenteiligen, oben dargestellten Auffassungen ihrer BGH-Kollegen aus dem 1. und 3. Senat, jeweils aus dem Jahr 1952 und noch einmal des dritten Senats aus dem Jahr 1956, werden nicht erwähnt. Immerhin geht Berichterstatter Herrmann Adolf Schmidt in seinem Votum auf ein Schreiben des Justizministers Thierack ein, indem dieser die Auslegung damals für falsch erklärt hatte. Es sei jedoch, so Schmidt, nicht festgestellt worden, dass Rehse dieses Schreiben gekannt habe. Gleichwohl hätte der Senat überlegen müssen, ob, wie die anderen BGH-Senate zum Ausdruck gebracht hatten,[248] die Reichsgerichts-Rechtsprechung zur Ersatzöffentlichkeit überdehnt rechtswidrig war. Immerhin stand im Jahr 1968 ein Richter als Angeklagter vor Gericht und nicht – wie in den 1950er Jahren – Denunzianten, bei denen die Senatskollegen anderthalb Jahrzehnte vorher angenommen hatten, dass sie die Unrechtmäßigkeit dieser Auslegung erkannt hätten. Einige Formulierungen im Votum Schmidts deuten darauf hin, als sei der Senat der Auffassung des Reichsgerichts von der Ersatzöffentlichkeit nicht ganz abgeneigt gewesen, wie eine Bemerkung vermuten lassen könnte:

> Vorsorglich sei noch erwähnt, daß dem Angeklagten auch deswegen niemals nachzuweisen sein wird, er habe die rechtlich unzulässige Ausweitung des Begriffs öffentlich erkannt, weil selbst Rechtsstaaten in Kriegszeiten Schutzbegriffe stets überdehnen und überdehnt haben.[249]

Gleichwohl hat Schmidt in einem Nebensatz seines Votums die damalige Auslegung als fehlerhaft bezeichnet, was für ihn aber unerheblich war, da der Richter Rehse dies nicht erkannt habe.

Die Rechtswidrigkeit des Volksgerichtshof-Urteils konnte sich im Fall Metzger überdies auch aus der Verhängung der Todesstrafe ergeben. Hier gab es im 5. BGH-Senat unterschiedliche Auffassungen. Die Strafzumessung durch den Volksgerichtshof (und durch Rehse) sei vorsätzlich falsch gewesen, so dass zumindest Totschlag zu bejahen sei, meinte Berichterstatter Schmidt:

> Die Strafen standen ganz offensichtlich außer jedem Verhältnis zum Schuld- und Unrechtsgehalt der Taten. Diese Art des Strafens war daher rechtswidrig, weil sie ohne Rücksicht auf die Sach-

248 Man kann auch alle drei oben mitgeteilten Urteile in diesem Sinne deuten.

249 BA, B 283/4458, Votum Schmidt, S. XXXIV. Senatskollege Börker hielt die Urteile ohnehin für vertretbar, wahrscheinlich sogar für richtig (dazu sogleich).

> lage allein darauf abzielte, durch übermäßige Strenge die politisch anders Denkenden einzuschüchtern.[250]

Der Abstand zwischen der tatangemessenen Strafe und der Todesstrafe sei so groß, dass der Angeklagte das erkannt haben müsse.[251] In diesem Punkt war der Senatskollege Börker anderer Auffassung, die er in einem eigenen kurzen Votum niederlegte. Denn damals sei die Verhängung der Todesstrafe in solchen Fällen die Regelstrafe gewesen.

> Damals galt es als nötig, bei der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen, daß die Kriegslage hartes Durchgreifen gegen Defaitisten gebiete, um den Bestand des Reiches und den Sieg zu sichern.[252]

Diese Auffassung ist vielleicht auch dadurch mitbeeinflusst, dass Börker als Kriegsgerichtsrat selbst ähnliche Urteile wie die hier dem Angeklagten zur Last gelegten verfasst haben dürfte.[253] Die Formulierung („den Sieg zu sichern“) deutet auf eine entsprechende Voreinstellung hin. Er votierte nicht nur für eine Einstellung des Verfahrens wegen Verjährung, sondern für einen Freispruch, weil seiner Ansicht nach schon die Strafbarkeit des Verhaltens Rehses nicht nachgewiesen sei.

Schmidt sprach in seinem Votum ferner die gravierenden Verfahrensfehler in dem damaligen Verfahren gegen Metzger an,[254] meinte aber, diese würden dem Angeklagten durch Staatsanwaltschaft und Generalbundesanwalt nicht zur Last gelegt. „ME sollten auch wir darüber hinweggehen“.[255] So geschah es dann auch.

Unabhängig von der Rechtswidrigkeit der damaligen Volksgerichtshofs-Urteile konnte Rehse – in seiner Eigenschaft als Richter – nach der damaligen BGH-Auffassung nur verurteilt werden, wenn er die Fehlerhaftigkeit seiner Entscheidungen gekannt hatte.[256] Dies sei aber den Ausführungen des Landgerichts nicht zu entnehmen, das von einer Rechtsblindheit des Angeklagten gesprochen habe, die mit dem Vorsatz der Rechtsbeugung „nicht vereinbar erscheine“. Während Schmidt aber die „Rechts-

250 Votum Schmidt, S. XXXIII.

251 Votum Schmidt, S. XXXVII.

252 BA, B 283/4458, Votum Börker.

253 BA, Pers 6/179178.

254 So heißt es in dem Tatbestand: „Freisler führte die Verhandlung in unsachlicher Form. Er fiel Dr. Metzger immer wieder ins Wort, unterbrach ihn auch dann ständig, nachdem Metzger gebeten hatte sich im Zusammenhang äußern zu dürfen. Freisler schrie ihn mehrfach an und auch nieder, so dass er warten musste bis Freisler ihm widersprechen ließ. […] Die Beratung dauerte nicht länger als 10 Minuten ebenfalls die anschließende Urteilsverkündung Freisler schlug in der Beratung die Todesstrafe vor keiner der ehrenamtlichen Beisitzer erhob Einwendungen gegen Freislers Vorschlag. Eine förmliche Abstimmung zur Schuld und Straffrage fand nicht statt.“ (Votum Schmidt, S. VIII f.).

255 Votum Schmidt, S. XXXIII.

256 Ein wesentliches Problem liegt sicher in der ganzen Konstruktion des Tatbestandes der Rechtsbeugung, der laut BGH verlangt, dass die Rechtswidrigkeit vom Vorsatz umfasst sein muss. Damit entfällt die bei Nichtrichtern relevante Frage, ob die Verkennung der Rechtslage vermeidbar war.

blindheit“ an sich nicht für entschuldigend hielt, sondern „nur“ den Vorsatz verneinen wollte, meinte das Senatsmitglied Börker in dem erwähnten Votum dazu: „Ich löse den Widerspruch im Schwurgerichtsurteil und seinen Ausdruck rechtsblind nicht, wie das Gutachten, zuungunsten sondern eher zugunsten des Angeklagten“.[257]

Dass die reine Verblendung den Vorsatz soll ausschließen können, ist allerdings nicht mehr nachzuvollziehen, nicht nur aus heutiger Sicht.[258] Die Tatsache, dass bei dieser Auslegung der Rechtsbeugung auch Freisler hätte freigesprochen werden müssen (so das Schwurgericht), weil der Einwand der Rechtsblindheit nicht zu widerlegen sei, schreckte die BGH-Richter des 5. Senats indes nicht: „So etwas muß unter Umständen hingenommen werden.“[259]

Schmidt zitiert das Schwurgericht, wonach „der Angeklagte dem nationalsozialistischen Rechtsdenken verfallen war“; zu diesem Rechtsdenken (Unterstreichung im Original) habe, so Schmidt, aber auch gehört, dass, wie der Angeklagte meinte, „die Todesstrafe in vielen Fällen verhängt werden musste, weil die Kriegslage hartes Durchgreifen gegen jedes Anzeichen von Fetischismus gebot“.[260] Rehses Auffassung habe nationalsozialistischem Rechtsdenken entsprochen, und zwar „dem damals zweifellos schon geltenden und nicht etwa erst zu schaffendem Rechtsdenken.“

Im Ergebnis arbeitet Schmidt in seinem Votum mit verschiedenen Rechtsbegriffen: Bei der Bewertung der Rechtswidrigkeit bezieht er sich noch stark auf das Gesetz, bei den Ausführungen zu den Vorstellungen des angeklagten Richters füllt er dieses Gesetz mit nationalsozialistischer Ideologie. Damit wird aber dann das Delikt der Rechtsbeugung völlig entwertet und inhaltsleer. Obwohl, so Schmidt, die Feststellungen des Landgerichts in diesem Punkt unklar seien, wolle er sie „in dem Sinne auslegen, daß sich der Angeklagte in politischer Blindheit der wahren Rechtslage bewußt verschlossen hat.“[261]

Letztlich stellte Schmidt in seinem Votum heraus, komme es auf diese Frage gar nicht an: Rehse könne allenfalls wegen Totschlags, aber nicht wegen Mordes belangt werden, und ersterer sei verjährt. Denn Rehse sei ja nicht Mordgehilfe Freislers gewesen,[262] sondern selbst Täter. Und er selbst habe keine niedrigen Beweggründe gehabt, weil er aufgrund der Kriegslage geglaubt habe, hart durchgreifen zu müssen. Gegenüber der Argumentation des Generalbundesanwalts, der eine Prüfung niedriger Beweggründe (als Mordmerkmale) bei Rehse durch die Tatsacheninstanz forderte, meinte Schmidt:

> Ich meine, dass wir das Mordmerkmal der niedrigen Beweggründe ganz allgemein nicht mehr so weit auslegen sollten, wie es bislang der Fall war. Nahezu alles, was nicht unter die anderen

257 BA, B 283/4458. So Börker in seinem Votum.
258 Ähnlich: Müller, Verwendung, S. 135.
259 Votum Schmidt, S. XXIX.
260 Votum Schmidt, S. XXVII.
261 Votum Schmidt, S. XXIX.
262 Dann wäre seine Tat nicht verjährt.

> Mordmerkmale fällt, wird jetzt als ‚niedrig' behandelt. Totschlag gibt es kaum mehr. Meines Wissens habe ich einen besonders schweren Fall des Totschlages bisher noch nicht erlebt. Das findet seine Ursache auch in der m. E. nicht zu billigenden Ausweitung des Begriffes ‚niedrige Beweggründe'. Diesen Weg möchte ich nicht mehr weiter gehen, weder im vorliegenden noch in den üblichen Mordfällen.

Alle diese hier geschilderten Erwägungen kommen im Urteil selbst nicht zum Ausdruck, das sich – wie gesagt – sehr knapp zu nur zwei Punkten verhält. Möglicherweise beruhte diese Zurückhaltung auf der Tatsache, dass der Senat sich unter Beobachtung fühlte und heftige ablehnende Reaktionen fürchtete. Denn die Studentenunruhen hatten einen Höhepunkt erreicht und gerade diejenigen, die ohnehin der schleppenden Aufarbeitung der NS-Verbrechen kritisch gegenüberstanden, schauten gespannt auf das Urteil. Dies dürfte mit dazu beigetragen haben, dass die meisten Mitglieder des 5. Senats (Börker muss man wohl ausnehmen) möglichst wenig Angriffsfläche bieten wollten und sich dann derart verkürzt geäußert haben. Auch dafür gibt es einen Anhaltspunkt in den Verfahrensakten, denn Berichterstatter Schmidt plädierte für die Einstellung des Verfahrens und schrieb, es sei auch an das Ansehen der Rechtspflege zu denken.[263] Vielleicht war dann auch das Ansehen des Senats der leitende Gedanke, warum die Richter sich dazu entschieden, weder einzustellen noch freizusprechen, sondern die Sache an das Landgericht zurückzuverweisen.

Am 6. Dezember 1968 hat dann das Landgericht Berlin – wie fast schon zu erwarten – den Angeklagten Rehse freigesprochen,[264] das erneute Revisionsverfahren erledigte sich mit dem Tod des Angeklagten. Ohne behaupten zu wollen, dass dieser Freispruch vom gesamten Senat gewünscht war, ist jedenfalls festzuhalten, dass der BGH diesen Freispruch des Landgerichts sehr genau vorbereitet hatte.

Dass zumindest einer der Richter des 5. Senats, nämlich der schon mehrfach zitierte Rudolf Börker, in dieser Frage befangen war, kann man bereits seinem Votum entnehmen, wird aber durch das Nachspiel mehr als plausibel: Zum Freispruch des Berliner Landgerichts schrieb Börker nämlich einen Leserbrief im *Berliner Tagesspiegel* unter seinem Namen (ohne Angabe der Berufsbezeichnung) und formulierte:[265] „Das mutige Urteil des Schwurgerichts zeigt, dass die Gerichte zum Glück noch immer ohne Furcht vor Reaktionen der eigenen Überzeugung folgen." Er begrüßte diesen Freispruch und gab damit zu verstehen, wie er in einer anschließenden Revision zu entscheiden gedenke.[266] In Berlin und Karlsruhe wurde folgerichtig überlegt, ob Bör-

263 Votum Schmidt, S. XLIV.

264 LG Berlin v. 6.12.1968 – Ks 1/67. Großenteils abgedruckt bei Friedrich, Freispruch, S. 463–486, zu den Gründen des landgerichtlichen Urteils auch: Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 390 ff.

265 BA, Pers 101/75780, Bl. 72, Kopie des Artikels im *Berliner Tagesspiegel*, 11.12.1968. Dort auch ein Interview der Zeitung mit Börker v. 13.12.1968.

266 Diese Episode wurde auch in der DDR genau verfolgt und kommentiert, s. *Neue Justiz* (1969), S. 182.

ker damit für eine mögliche zweite Revision befangen war.[267] In seiner Antwort an den BGH-Präsidenten, der ihn zu einer Stellungnahme zu seinem Leserbrief aufgefordert hatte, gab Börker als Motiv für diesen Leserbrief an:

> Bei mir sprach eine Art von Schuldgefühl mit, weil der 5. Strafsenat den Aufsehen erregenden Freispruch nicht schon am 30.4.1968 auf Grund der damals vorliegenden tatrichterlichen Feststellungen selbst gefällt hatte.[268]

Klarer kann man eigentlich nicht zum Ausdruck bringen, dass der Senat mit der Rückverweisung taktisch agiert hatte. Auch die Frage seiner – formellen – Befangenheit erledigte sich dann aber durch den Tod des Angeklagten Rehse, womit das Verfahren ohne rechtskräftige Verurteilung abgeschlossen war.

Zusammenfassend ist festzuhalten: Letztlich hat der Senat in diesem Fall entgegen anderer Beteuerungen die Rechtsblindheit doch zur Begründung der Straflosigkeit herangezogen,[269] allerdings nur auf die besondere Situation des Richters bezogen. Auffällig an dem „Rehse-Urteil“ ist aber nicht nur die fehlende Stimmigkeit der Argumentation (im Urteilstext, nicht im Votum), sondern seine im Ergebnis völlig abweichende Einschätzung gegenüber der geschilderten älteren BGH-Entscheidung, die ja ebenfalls den konkret vom Volksgerichthof unter Mitwirkung von Rehse entschiedenen Fall (Metzger) betrifft: Der 3. BGH-Strafsenat hatte ja im Jahre 1956 gesagt,[270] es habe sich bei dem Urteil des Volksgerichtshofs gegen Dr. Metzger um eine rechtswidrige Tötung unter dem Deckmantel der Strafrechtspflege gehandelt: „Der Missbrauch des § 91 b RStGB durch den Volksgerichtshof gegen Dr. M. hat mit Rechtsprechung nichts zu tun.“[271]

Zwölf Jahre danach hat dann der 5. Strafsenat im „Rehse-Urteil“ den Richtern dieses so gescholtenen Urteils das Privileg des § 336 StGB aF gewährt und gemeint, in dem damaligen Prozess habe Rehse „unabhängig“ und „nur seinem Gewissen unterworfen“ geurteilt. Und das Votum Schmidts zeigt eine auffällige Ambivalenz zwischen einer eindeutigen Abkehr von dem nationalsozialistischen Unrecht einerseits und großer Zurückhaltung vor der Verurteilung eines damaligen Kollegen andererseits. Er bezeichnet die Volksgerichtshof-Urteile als falsch, weil maßlos, verengt den Blick auf die

---

267 Zu den Reaktionen bei der Bundesanwaltschaft: Kießling/Safferling, Staatsschutz im Kalten Krieg, S. 98 f.

268 BA, Pers 101/75780, Bl. 79, Stellungnahme Börker in seinem Schreiben an den Chef-Präsidenten vom 17.12.1968. Als Reaktion hat Präsident Fischer gegenüber Börker eine Missbilligung ausgesprochen, BA, Pers 101/75780, Bl. 80, s. Schreiben des Präsidenten Fischer an Börker v. 8.1.1969.

269 So Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 402. Ähnlich sieht es Scholderer: „Damit ist klar gesagt, dass eine – im pervertierten nationalsozialistischen Sinne naturrechtliche bzw. übergesetzliche Einstellung des Richters den Rechtsbeugungsvorsatz nach Ansicht des BGH ausschloss, – und damit auch die Bestrafung wegen Beihilfe zum Mord“, s. Scholderer, Rechtsbeugung, S. 477.

270 BGH v. 28.6.1956 – 3 StR 366/55 (BGHSt 9, 302 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 409 c, S. 848 ff.; *NJW* (1956), S. 1485).

271 BGH v. 3.7.1962 – 1 StR 213/62 (BGHSt 17, 307).

sicher übermäßige Strafe und wirkt insoweit wie ein Feigenblatt, das die ausbleibende Auseinandersetzung mit den anderen entscheidenden Fragen verdecken soll.

Es ist für einen Leser kaum vorstellbar, dass die beiden Senate über dieselbe Sache sprechen. Selbstverständlich muss es den Richtern 1968 gestattet sein, eine andere Sicht der Dinge darzulegen als die Kollegen vor über einem Jahrzehnt, aber es ist ihnen vorzuwerfen, dass sie genau diese Auseinandersetzung verweigerten, ja sie entschlossen sich, ihr eigenes Urteil nicht in die öffentliche Sammlung aufzunehmen (was angesichts der Tatsache, dass es recht wenig beinhaltet, auch wieder konsequent ist).

Die Personen, die an diesem Verfahren mitgewirkt haben, sind teilweise bereits erwähnt worden. Dem mehrfach zitierten Richter Börker kann eine Nähe zum NS-Regime nicht abgesprochen werden, er war schon früh 1933 in die NSDAP eingetreten und während des Krieges in der Militärgerichtsbarkeit tätig gewesen und hat mindestens an einem Todesurteil mitgewirkt.[272] Weiter waren an dem Rehse-Urteil beteiligt der langjährige Vorsitzende des 5. Senats Werner Sarstedt, der 1937 der NSDAP beigetreten war, aber wohl kein überzeugter Nationalsozialist gewesen sein soll. Er hat sich jedenfalls nach dem Krieg als renommierter Strafrechtler einen Namen gemacht und war auch bei Kritikern der BGH-Rechtsprechung durchaus angesehen.[273] Adolf Schmidt, der Berichterstatter, war dagegen nie Mitglied der NSDAP gewesen, er war genusowenig belastet[274] wie Friedrich Kersting, der, 1905 geboren, im Jahr 1939 Amtsgerichtsrat in Breslau wurde und auch nie in die NSDAP eingetreten ist. Er kam erst 1962 an den BGH.[275] Im Ergebnis ist es bei dieser Zusammensetzung kaum wahrscheinlich, dass das Urteil in Sachen Rehse (allein?) damit zu erklären ist, dass hier alte Nationalsozialisten geurteilt haben.[276]

Standgerichte

Gegen die Beteiligten an den standgerichtlichen Verfahren, in denen im Konzentrationslager Flossenbürg Dietrich Bonhoeffer, Admiral Wilhelm Canaris und andere Widerstandskämpfer und im Konzentrationslager Sachsenhausen Hans von Dohnanyi zum Tode verurteilt worden waren, kam es in den 1950er Jahren zu einer ganzen Reihe von Urteilen, allein drei vom BGH. Angeklagt waren der Richter des Verfahrens im Konzentrationslager Flossenbürg Otto Thorbeck, damals SS-Sturmbannführer, und

272 BA, Pers 101/700930, Personalblatt; BA, Pers 6/179178 zu seiner Militärrichtertätigkeit.

273 BA, Pers 101/76123, Personalblatt; BA, Pers 101/76132; Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 412 zu seinem Einfluss auch auf justizkritische Juristen, etwa seiner Mitwirkung zusammen mit Fritz Bauer an der Königsteiner Erklärung.

274 BA, Pers 101/76151, Personalblatt.

275 BA, Pers 101/75921, Personalblatt. In der NSDAP war er nie, jedoch in anderen Verbänden, unter anderem war er NSKK-Rottenführer.

276 Der fünfte Richter, Horst Herrmann, ist erst 1924 geboren worden. Zum Versuch einer Erklärung, auch unter Berücksichtigung der biographischen Hintergründe siehe in diesem Kapitel am Ende das Fazit zum Richterunrecht.

Walter Huppenkothen, der in beiden Verfahren als Ankläger fungierte. Im Jahr 1952 hat der 1. Senat des BGH die Freisprüche des Schwurgerichts München aufgehoben und die Sache zurückverwiesen.[277] Berichterstatter war Wilhelm Geier, Vorsitzender war Hans Richter, ferner haben mitgewirkt Ernst Mantel, Roderich Glanzmann und Heinrich Jagusch. In den standgerichtlichen Verfahren haben die Richter derartig schwere prozessuale Regelverstöße und Auffälligkeiten festgestellt, dass der Verdacht bestünde, dass es sich um bloße Scheinverfahren gehandelt habe,[278] die letztlich kein Recht schufen. Obwohl der Senat konzedierte, „[...] dass ein Staatswesen in Zeiten höchster kriegerischer und politischer Gefahr Gerichte walten lässt, die sachlich mit größter Strenge zu arbeiten haben und weitgehende Verfahrensfreiheiten genießen,“[279] hat er das konkrete Verfahren als nicht mehr vertretbar angesehen. Denn es gebe Mindeststandards des Verfahrens, die der Senat naturrechtlich begründete, und damit existierten „allgemein verbindliche rechtliche Grundsätze, die unabhängig von staatlicher Anerkennung gelten.“ Und diese seien von dem damaligen Standgericht verletzt worden. Anordnungen, die die Gerechtigkeit nicht einmal anstrebten, schüfen kein Recht, so der 1. Senat.

Nach einem erneuten Freispruch durch das Landgericht wies der BGH wieder zurück, diesmal aber mit einer Begründung, die rein formale Fehler bei der Anwendung des damaligen Kriegsrechts bemängelte.[280] Noch während dieses Verfahren lief, hatte der BGH-Präsident im Mai 1954 in der Wochenzeitschrift *Das Parlament* einen Beitrag veröffentlicht, in dem er die Widerstandshandlungen der im April 1944 hingerichteten Männer für rechtmäßig erklärte. Der Verteidiger Huppenkothens, der Münchener Rechtsanwalt Alfred Seidl, der wohl erst zwei Jahre später Kenntnis von diesem „Gutachten“[281] erhielt, behielt sich vor, die Zulässigkeit einer solchen Stellungnahme während eines laufenden Verfahrens durch das Bundesverfassungsgericht nachprüfen zu lassen.[282] Letztlich kam es zu einem dritten Durchgang. Und völlig anders ist die Sicht des 1. Senats auf genau dieses gegeißelte Verfahren gut vier Jahre später:[283] Nunmehr meinte der Senat in einer anderen personellen Zusammensetzung,[284] die Tat der Ange-

277 BGH v. 12.2.1952 – 1 StR 658/51 (BGHSt 2, 173 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420b, S. 325 ff., teilweise auch in BGHSt 2, 173, 177). Zu den verschiedenen Verfahren vor den Landgerichten München und Augsburg und den anschließenden Revisionen beim BGH: Koch, Der Huppenkothen-Prozess; ausführlich und instruktiv nunmehr die lesenswerte Dissertation von Miriam Wolf, Das Verfahren gegen Walter Huppenkothen und Otto Thorbeck.

278 BGH v. 12.2.1952 – 1 StR 658/51 (BGHSt 2, 175 ff.).

279 BGH v. 12.2.1952 – 1 StR 658/51 (BGHSt 2, 174 f.).

280 BGH v. 30.11.1954 – 1 StR 350/53 (Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420c, S. 336 ff.); Berichterstatter war Ludwig Peetz. Zu den einzelnen Verfahren, auch vor dem LG Augsburg siehe die ausführliche Darstellung bei Wolf, Das Verfahren, S. 92–386.

281 So nannte er es in seinem Schriftsatz v. 14.5.1956 (BGH-Registratur, 1 StR 350/53, Bl. 220 f.).

282 Dazu ist es aber wohl nicht gekommen.

283 BGH v. 19.6.1956 – 1 StR 50/56 (Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420d, S. 344 ff. und *NStZ* (1996), S. 485). Berichterstatter war wieder Ludwig Peetz.

284 Dazu sogleich.

klagten[285] dürfe nicht nach dem aktuellen Recht, sondern dem zum Zeitpunkt der Verurteilung geltenden Gesetz beurteilt werden. Er formulierte:

> [...] Ausgangspunkt ist das Recht des Staates auf Selbstbehauptung. In einem Kampf um Sein und Nichtsein sind, worauf der erkennende Senat bereits in seinem ersten Urteil vom 12. Februar hingewiesen hatte, bei allen Völkern von jeher strenge Gesetze zum Staatsschutz erlassen worden, auch dem nationalsozialistischen Staate kann man nicht ohne weiteres das Recht absprechen, dass er solche Gesetze erlassen hat.[286]

Der Richter habe sich 1944 nicht die Frage stellen müssen, ob das Handeln der Widerstandskämpfer unter dem Gesichtspunkt eines höheren Widerstandsrechts als übergesetzlicher Notstand hätte gerechtfertigt sein können.[287] Warum dieser Rechtfertigungsgrund zugunsten Bonhoeffers und seiner Mitangeklagten keine Rolle spielen sollte, wird allerdings juristisch nicht begründet. Auf die Verfahrensaspekte wurde nunmehr zwar eingegangen, aber anhand der vielen Formulierungen im landgerichtlichen Urteil, die Zweifel an der Tatsachenfeststellung erkennen lassen, glaubte der Senat ableiten zu können, dass den Angeklagten nicht zu widerlegen sei, dass ein Mindestmaß an Verfahrensregeln eingehalten wurde,[288] denn entscheidend seien nur die zwingend vorgeschriebenen Regeln. Warum eine Missachtung nahezu aller nicht zwingender Verfahrensvorschriften nicht ausreichend ist, um ein Scheinverfahren anzunehmen, wird nicht dargelegt.[289] In diesem Punkt liegt ein entscheidender Unterschied zu dem Urteil von 1952, das ja allein schon die völlig willkürliche Verfahrensführung für ein Unrechtsurteil ausreichen ließ. Das dritte Urteil erwähnt auch nicht, dass die Angeklagten gefoltert worden waren, ebenso wenig das Zustandekommen der Standgerichte. Schließlich wird auch die Rechtsanwendung nicht problematisiert. Allein ein formaler Akt wurde dem einen Angeklagten zum Verhängnis, nämlich die fehlende Einholung der Bestätigung des Urteils durch den Gerichtsherrn. Der Richter Thorbeck wurde freigesprochen und Huppenkothen nur verurteilt, weil er die Bestätigung des Gerichtsherrn nicht eingeholt hatte.[290]

Letztlich ist dieses Ergebnis, für das sich schließlich auch der spätere BGH-Präsident Günter Hirsch entschuldigte,[291] zu Recht vielfach kritisiert und dabei insbesonde-

285 Angeklagt waren wieder der Vorsitzende des Standgerichts und der damalige Ankläger.

286 BGH v. 19.6.1956 – 1 StR 50/56 (Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420d, S. 344 ff. (352)).

287 BGH v. 19.6.1956 – 1 StR 50/56 (Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 420d, S. 344 ff. (352)).

288 Bei Wolf werden die vielen Verfahrensverstöße aufgezählt, die sie zu dem Ergebnis kommen lässt, dass es sich damals in der Tat um Scheinverfahren gehandelt hat (Wolf, Das Verfahren, S. 401–412).

289 Das kritisiert auch zu Recht Höppel, NS-Justiz, S. 386.

290 Diese war nach §§1 Abs. 2, 77, 79 KSSVO vorgeschrieben.

291 In einer Rede zum 100. Geburtstag von Hans von Dohnanyi am 8.3.2002 sagte der damalige Präsident Günter Hirsch, für dieses Urteil müsse man sich schämen. https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Praesidenten/Hirsch/HirschReden/rede08032002.html [abgerufen am 1.6.2024].

re als „juristische Farce“[292] beziehungsweise als ein „Paradebeispiel der Rechtfertigung der NS-Justiz“[293] bezeichnet worden.

Dass in den beiden Urteilen von 1952 und 1956 mit zweierlei Maß gemessen wurde, ist immer wieder betont worden, obwohl ja bereits das erste Urteil von 1952 durchaus zeitgenössische Floskeln hatte.[294] Dennoch besteht ein gewichtiger Unterschied: Im Ergebnis wandte der 1. Senat im Jahr 1956 – trotz der vielfältigen naturrechtlichen Beteuerungen – in Rechtsbeugungsfällen das ehemals geltende Recht an und stellte die damaligen Normen nicht infrage. Dies hat er auch unmittelbar zum Ausdruck gebracht:

> Nicht die Anwendung ungültigen Rechts, sondern die missbräuchliche Anwendung gültiger Gesetze zu rechtsfremden Zwecken wird dem Richter in solchen Fällen vorgeworfen.[295]

Doch auch bei der Anwendung des damals geltenden Rechts hätte man sich die Frage stellen müssen, ob nicht eine Rechtfertigung der Widerstandshandlungen in Betracht kam.[296] Der Senat hat akzeptiert, dass aufgrund von Wertungen, die der nationalsozialistischen Ideologie entstammen, ein solches Widerstandsrecht nicht „existiert“ habe, was aber, wenn man ganz genau ist, der Sache nach eine außergesetzliche Wertung darstellt, da das Widerstandsrecht nicht konkret normiert war. Wenn die Ablehnung auf die Anschauung der damaligen Zeit abstellt, wird letztlich ein „NS-Naturrecht“ akzeptiert, das eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung verunmöglicht.

Die Gründe für die Unterschiede der drei Urteile, vor allem zwischen dem ersten und dem dritten könnten mit dem richterlichen Personal zusammenhängen. Am ersten BGH-Urteil von 1952 waren noch zwei Richter beteiligt, die vorher am Obersten Gerichtshof für die Britische Zone tätig waren, nämlich die bereits oben erwähnten Friedrich Wilhelm Geier und Heinrich Jagusch. Der Oberste Gerichtshof hatte grundsätzlich überpositive Grundsätze angewandt[297] und dessen Terminologie lässt sich zumindest ansatzweise in der ersten Entscheidung wiederfinden, obwohl das Urteil durchaus auch im Sinne der Staatsräson argumentiert. Ferner könnte die Person des Vorsitzenden Einfluss darauf gehabt haben, dass in der ersten Entscheidung noch ein gewisser Verfolgungswille gegenüber den Standgerichtsrichtern zum Ausdruck kommt. Denn Hans Richter, 1885 geboren, war nicht Mitglied der Partei gewesen und

---

292 Spendel, Rechtsbeugung, S. 393.

293 Greve, Amnestierung, in: *KJ* 33 (2000), S. 105.

294 Zum Beispiel die Formulierung: „Die Gemeinschaft im Kampf um Leben und Tod“.

295 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 301 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff. (385)).

296 Zwar kann man überlegen, ob es den Angeklagten zumutbar gewesen wäre, sich auf eine solche Rechtsansicht einzulassen, da sie dadurch vielleicht selbst in Gefahr gekommen wären, ihrerseits angeklagt zu werden. Aber das ist ein Aspekt, der erst nach der Rechtmäßigkeit des Urteils zu prüfen gewesen wäre.

297 Ohe, Das Gesellschaftsbild, S. 314 f.

während seiner Tätigkeit beim Reichsjustizministerium Vorgesetzter eines der Opfer, von Dohnanyi, mit dem er sich gut verstanden haben soll.[298]

Beim dritten Urteil führte den Vorsitz Max Hörchner, 1899 in Leipzig geboren, der während der nationalsozialistischen-Zeit Oberstaatsanwalt bei der Reichsanwaltschaft gewesen und 1937 der Partei beigetreten war.[299] Ebenfalls seit 1937 Parteimitglied war der Berichterstatter Ludwig Peetz, 1893 geboren, und zeitweilig während des Krieges als Oberfeldrichter in der Militärgerichtsbarkeit tätig.[300] Bei diesen beiden ist eine deutliche Nähe zum Nationalsozialismus zu sehen, und vergleicht man diese Belastung des Vorsitzenden und des Berichterstatters mit den drei Hauptprotagonisten des ersten Urteils (Richter, Geier und Jagusch), so ist in dieser Hinsicht schon ein Unterschied festzustellen. Zwei weitere Beisitzer des dritten Urteils waren allerdings eher regimefern, so Ludwig Martin[301] und der fünfte Beisitzende des dritten Urteils, Engelbert Hübner,[302] so dass die personelle Komponente auch nicht überbewertet werden darf.

Und schließlich sei noch ein weiteres Verfahren mit zwei grundverschiedenen Herangehensweisen innerhalb des BGH angeführt, das die Hinrichtung von Bürgern in Brettheim, Kreis Rothenburg/Tauber zum Gegenstand hatte: Gegen Ende des Krieges im April 1945 hatten jugendliche Hitler-Jungen sich in Brettheim eingefunden, um sich dem Vormarsch der Alliierten entgegenzustellen. Einige Bürger Brettheims verhinderten diesen Wahnsinn, indem sie die schlecht bewaffneten Kinder entwaffneten. Einer der Beteiligten, ein Bauer des Ortes wurde deswegen angeklagt, in einem weiteren Verfahren dann auch der Bürgermeister und ein Lehrer, weil sie sich geweigert hatten, aktiv an der Verhängung des Todesurteils an ihrem Dorfbewohner mitzuwirken. Alle drei wurden von einem eigens einberufenen Standgericht wegen Wehrkraftzersetzung zum Tode verurteilt und hingerichtet, ebenso ein Fahnenflüchtiger aus dem Volkssturm.[303]

Im Verfahren vor dem 1. Strafsenat des BGH ging es erstmals 1956 um die Strafbarkeit der Mitwirkenden an den Todesurteilen.[304] Angeklagt war der SS-Sturmbannführer Friedrich Gottschalk, der das Verfahren gegen den Bauern durchgeführt hatte,

298 BA, Pers 101/40030, Personalblatt; BA, Pers 101/39858, Zeugnis von Christian von Dohnanyi; BA, Pers 101/75872, Personalblatt; BA, Pers 101/40008, Personalblatt. Die beiden anderen Beisitzer waren Roderich Glanzmann, 1904 geboren, der während der NS-Zeit Mitglied des Reichsversicherungsamtes Berlin war und Ernst Mantel, der an beiden Urteilen beteiligt war, zwar nicht Parteimitglied gewesen war, aber in der Wehrmachtsgerichtsbarkeit Karriere gemacht hatte.

299 BA, Pers 101/48825, Personalblatt.

300 BA, Pers 101/48889, Personalblatt. Der Verfolgte Erich Schalscha, der beim zweiten Urteil beteiligt war, hat an dieser Entscheidung nicht mehr mitgewirkt.

301 PA Martin, Ludwig.

302 BA, Pers 101/48826, Personalblatt.

303 Zu den Vorfällen: Bertram, Das Drama; Schultheiß, Tragödie.

304 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 301 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff., 385), Max Hörchner, Ludwig Peetz, Ernst Mantel, Wolfhart Werner, Hermann Hengsberger.

sowie der SS-Generalleutnant Max Simon, der als Gerichtsherr die Standgerichte einberufen hatte. Man hätte bereits hinterfragen können, ob überhaupt zwingende Gründe für eine sofortige Aburteilung durch ein Standgericht bestanden oder ob nicht ein ordentliches Verfahren vor einem Divisionsgericht möglich gewesen wäre.[305] Diesen Aspekt hat der 1. Senat allerdings nicht berücksichtigt. Auch der Missbrauch des Rechts zu rechtsfremden Zwecken und die bewusst unverhältnismäßigen Strafen werden in diesem ersten Urteil genauso wenig problematisiert wie die Tatsache, dass die „Volkssturm-Strafrechts-Verordnung", die für Fahnenflucht die Todesstrafe anordnete, erst nach der Tat erlassen worden war.[306] Der Senat hob zwar das erstinstanzliche freisprechende Urteil auf und verwies an das Landgericht zurück, hatte aber genau in dieser Entscheidung die oben bereits erwähnte Änderung seiner Rechtsprechung vollzogen, indem er für die Rechtsbeugung bedingten Vorsatz nicht mehr genügen ließ, sondern direkten Vorsatz forderte. Den Richtenden müsse konkret nachgewiesen werden, dass sie vorsätzlich gehandelt haben, etwaige Zweifel der Standgerichts-„Richter" an der Rechtmäßigkeit ihrer richterlichen Entscheidung würden nicht zur Verurteilung wegen Rechtsbeugung genügen.[307] Damit wurden die Hürden für eine Verurteilung so hoch gehängt, dass es nicht verwundert, dass das Landgericht die Angeklagten daraufhin erneut freigesprochen hat.[308]

Zwei Mitwirkende des Senats an diesem Urteil sind aus dem dritten Huppenkothen-Verfahren bekannt, was vielleicht kein Zufall ist: Den Vorsitz führte wieder Max Hörchner und auch Ludwig Peetz wirkte wieder mit. Der Beisitzer Hermann Hengsberger, drei Jahre jünger als Peetz, war sogar unmittelbar 1933 in die Partei eingetreten und hatte ebenfalls weiteren NS-Verbänden angehört, seit 1934 in der SS, und er war ab 1939 Landgerichtsdirektor in Lüneburg.[309] Der annähernd gleich alte Ernst Mantel war zwar nicht Parteimitglied, hatte aber im Nationalsozialismus Karriere gemacht und war beim Sondergericht München und beim Reichskriegsgericht tätig gewesen.[310] Aus dem Rahmen fällt insoweit lediglich Wolfhart Werner,[311] der ebenfalls vor 1945 dem NS-Justizapparat angehört hatte; er war mit einer Jüdin verheiratet und kein Parteimitglied gewesen, nach dem Krieg wurde er an den Obersten Gerichtshof für die Britische Zone berufen.

305 BA, B 283/88119, Bl. 114 ff., 119. So die Stellungnahme des Generalbundesanwalts v. 22.4.1956.
306 BA, B 283/88119, Bl. 120. Auch darauf hatte der Generalbundesanwalt hingewiesen.
307 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 303 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff., 386).
308 Urteil Nürnberg-Fürth v. 23.4.1958 (BA, B 283/88119, Bl. 326).
309 BA, Pers 101/75900, Personalblatt. Seine Erklärungen für seine Nähe zum Nationalsozialismus wirken zumindest ein wenig dubios.
310 BA, Pers 101/40008, Personalblatt. Er soll sich für den Kommissarbefehl eingesetzt haben. Er hatte gewiss eine große berufliche Nähe zu dem angeklagten Justizunrecht gehabt.
311 BA, Pers 101/76248, Personalblatt.

Dass es auch anders ging, zeigte der 1. Senat in einer anderen personellen Zusammensetzung[312] nur drei Jahre später in seiner zweiten Revisionsentscheidung: Die erneuten landgerichtlichen Freisprüche für die „Richter“ wurden aufgehoben und zurückverwiesen.[313] Das ungewöhnlich ausführliche Urteil gab dem Landgericht auf mehreren Seiten Hinweise, die für eine Strafbarkeit der Rechtsbeugung sprechen. Es sei zum einen zu prüfen, ob damals die KSSVO richtig angewandt wurde, zum anderen aber auch, ob gegen das Verbot übermäßig hohen Strafens verstoßen wurde. Die Todesstrafe sei nicht unerlässlich gewesen, die damals übliche Tendenz, das Strafrecht missbräuchlich zur Unterdrückung anzuwenden, sei ein gewichtiges Anzeichen dafür, dass die Hinrichtung der Brettheimer Bürger rechtswidrige vorsätzliche Tötungen waren. Das Urteil bringt an vielen Stellen einen ernsten Verfolgungswillen des Senats zum Ausdruck und hebt sich damit deutlich von dem ersten „Brettheimer“ BGH-Urteil von 1956 ab. Das dürfte wohl mit dem geänderten Personal zusammenhängen: Den Vorsitz führte nunmehr der schon mehrfach erwähnte Wilhelm Geier, ferner wirkte mit Engelbert Hübner, 1902 geboren, der, wie bereits gesagt, nicht Mitglied in der NSDAP gewesen war.[314] Auch Ludwig Martin, Jahrgang 1909, war nie in der Partei gewesen, wird als religiös geschildert,[315] und Günther Willms, noch drei Jahre jünger, kam aus einer demokratisch-gesinnten Familie[316] und hatte sich 1957 in der *Juristenzeitung* gegen die schleppende Verfolgung der NS-Verbrechen gewandt.[317] Einzig Peetz hatte bereits am ersten Urteil mitgewirkt.

Allerdings hat der Senat auch in diesem Urteil die Subjektivierung des Tatbestandes der Rechtsbeugung weiter vorangetrieben, indem er darauf abstellte, ob der Richter damals Recht finden wollte oder ob er „rechtsfremden Zwecken gedient“ habe. Dies konnte man so verstehen, dass der Glaube des Richters an die rechtsfremden Zwecke ihn entlaste. Außerdem war nach der Zurückweisung durch den Senat mittlerweile so viel Zeit vergangen, dass die Vorgänge in den – auch subjektiven – Einzelheiten, die für eine Verurteilung hätten ermittelt werden müssen, nicht mehr aufgeklärt werden konnten. Schließlich verstarb der Hauptangeklagte, General Simon, vor einer erneuten Entscheidung des Landgerichts, so dass das Landgericht nur gegen Gottschalk eine Strafe – wegen Totschlags – verhängte.[318] Der Major, der die Verfahren

312 Vorsitzender war Wilhelm Geier, als Beisitzer mitgewirkt haben Ludwig Peetz, Ludwig Martin, Engelbert Hübner und Günther Willms – zu ihnen sogleich.

313 BGH v. 30.6.1959 – 1 StR 639/58 (Rüter/de Mildt, Bd. XVI, Nr. 494b, S. 581–590).

314 BA, Pers 101/48826, Personalblatt.

315 BMJ, PA Ludwig Martin.

316 BA, Pers 101/76278, Personalblatt.

317 Willms, Offenkundigkeit, in: *JZ* (1957), S. 465.

318 Diese Entscheidung des Landgerichts Ansbach v. 23.7.1960 (abgedruckt bei Rüter/de Mildt, Bd. XVI, Nr. 494a, S. 485–580), mit der Gottschalk zu dreieinhalb Jahre Gefängnis wegen Totschlags verurteilt worden ist, ist dann rechtskräftig geworden, indem der 1. BGH-Senat die Revision des Angeklagten als unbegründet zurückwies (BGH v. 5.5.1961 – 1 StR 56/61, siehe: Rüter/de Mildt, Bd. XVI, S. 580 Fn. 2 ohne Abdruck der Entscheidung).

gegen den Bürgermeister und den Lehrer durchgeführt hatte, wurde freigesprochen, weil er selbst Gefahr gelaufen wäre, dasselbe Schicksal zu erleiden wie „seine“ beiden Opfer. Dieses Urteil wurde rechtskräftig, weil beide Revisionen zurückgenommen wurden – ein unbefriedigendes Ergebnis für diesen Terrorismus der letzten Stunde.

Fazit zum Richterunrecht

Letztlich erwiesen sich die Hürden, die der 1. Senat durch die 1956 getroffene Entscheidung für eine Verurteilung wegen Rechtsbeugung errichtet hatte, doch als so hoch, dass es zu keiner weiteren rechtskräftigen Verurteilung eines NS-Richters gekommen ist.

Beim Versuch einer Erklärung ist noch einmal ganz grundsätzlich auf den Vergleich mit den eingangs erwähnten Urteilen gegen die Denunzianten zurückzukommen und auf den Wertungswiderspruch, der zu dem Rehse-Urteil besteht: Den Denunzianten wurde vorgeworfen, ein rechtswidriges Urteil herbeigeführt zu haben, wobei allen drei Denunzianten vom BGH unterstellt wurde, dass sie die Unrechtmäßigkeit der Urteile erkannten. „Es bedurfte nicht der Kenntnisse eines Rechtskundigen, um solche Urteile als rechtswidrig zu erkennen.“[319]

Aber wenn es um genau diese Richter ging, deren Urteile so offensichtlich falsch waren, wurde anders gewertet. Der Richter, konkret Rehse, sollte das Unrechtmäßige seiner Urteile nicht erkannt haben. Das führt in der Konsequenz zu der fast absurden Folgerung, dass dem juristischen Laien der Vorwurf gemacht wird, er hätte wissen müssen, dass ein Gericht so nicht urteilen dürfe, während dem (Profi-)Richter eine solche Kenntnis nicht zugemutet werden kann.[320] Und das, obwohl auch der Laie nur bei vorsätzlichem Handeln bestraft werden kann. Wie verzerrt die Konsequenzen dieser Sicht sind, liegt auf der Hand, schwieriger ist zu beantworten, woran es liegt.

Den dargelegten Wertungswiderspruch hat der 1. BGH-Senat in einem Urteil von 1956 immerhin gesehen und wegzuwischen versucht: Es gehe um den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit, der Denunziant könne seine Anzeige ja unterlassen, der Richter dagegen sei gezwungen, zu entscheiden.[321] Dieser Unterschied dürfte allerdings für sich allein die Strafbarkeit der einen und die Straflosigkeit der anderen kaum begründen.[322] Das Argument verkennt, dass der Richter gerade nicht gezwungen

319 BGH v. 8.7.1952 – 1 StR 123/51 (BGHSt 3, 110, 128 = Rüter/de Mildt, Bd. XII, Nr. 384c, S. 80 ff., 88).

320 Dass dies eklatant gegen das Gerechtigkeitsempfinden verstößt, betonte auch der BGH-Richter Gibbohm, Nationalsozialismus, in: *NJW* (1988), S. 2848.

321 BGH v. 7.12.1956 – 1 StR 56/56 (BGHSt 10, 294, 300 = Rüter/de Mildt, Bd. XIII, Nr. 421b, S. 382 ff., 385).

322 Zu dem Widerspruch auch Gibbohm, Nationalsozialismus, in: *NJW* (1988), S. 2848; ähnliches Unverständnis bei: Hoffmann, Strafverfolgung, S. 288 f.; Sax nennt diese Sicht letztlich eine konstruktive Typenvertauschung (S. 335). Die Diskrepanz zwischen der Verurteilung von Denunzianten und der Privilegierung der Richter möchte Schmolderer dadurch aufheben, dass er die Sperrwirkung der Rechtsbeugung auch auf den Denunzianten erstreckt (S. 360). Anderen falls käme es zu einer Bürgerdiskriminierung (S. 348 ff.).

ist, bewusst rechtswidrig zu entscheiden. Und nur im Fall der Rechtswidrigkeit der gerichtlichen Entscheidung ist ja auch der Denunziant, jedenfalls wenn er eine wahre Tatsache angibt, strafbar. Letztlich lässt man dem Laien eine Rechtsblindheit nicht durchgehen, dem Richter eine Verblendung schon, was sich wohl kaum mit dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit befriedigend erklären lässt.

Bleibt die sogenannte Krähen-Theorie,[323] die immer wieder als Erklärung für die Tatsache angeführt wird, dass die Richter des NS-Regimes von der bundesdeutschen Nachkriegsjustiz verschont blieben, während beispielsweise Denunzianten, die ein Gericht „benutzten", verurteilt wurden.[324] Ob die Kollegialität immer so weit geht, dass tatsächlich ein Richter den anderen nicht zur Rechenschaft ziehen mag, ist recht zweifelhaft, insoweit dürfte diese These in ihrer Allgemeinheit kaum zu verifizieren sein. Doch begrenzt auf das Spezialthema der Rechtsbeugung könnte eine etwas differenzierende Form dieser These eine gewisse Plausibilität besitzen. Denn die Vorstellung, selbst als Angeklagter für ein Fehlurteil zur Rechenschaft gezogen zu werden, ist ein Faktor, der geeignet ist, einen Menschen dahingehend zu beeinflussen, milder zu urteilen. Dazu kommt in den hier diskutierten Fällen, dass die damaligen (BGH-)Richter in einer Zeit beruflich sozialisiert worden sind, in der das obrigkeitsstaatliche Denken dominierend und daher Verständnis für die Staatsräson vorhanden war, ja der eine oder andere sogar stark in das NS-Unrecht verstrickt war. Unabhängig davon war die NS-Justiz den meisten BGH-Richtern nicht fremd, sie konnten sich in die Kollegen hineinversetzen, vielleicht sogar Verständnis für sie aufbringen. Und der damals schon beobachtete Trend zur Subjektivierung, konkret die Sicht des Angeklagten verstärkt zu berücksichtigen, dürfte psychologisch ein wichtiger Faktor gewesen sein, der eine gewisse Zurückhaltung bei der Verurteilung damaliger Kollegen veranlasst haben mag. Vielleicht haben die Richter der 1950er und 1960er Jahre sich selbst gesehen und die Schwierigkeit, naturrechtlich für richtig erkannte Werte auch innerhalb einer Diktatur praktisch anzuwenden. Dass die persönliche Erfahrung insoweit mitspielt, ist zumindest wahrscheinlich.

Denn die Sache sieht scheinbar anders aus, wenn die Justiz der DDR betroffen war. In einem Urteil des 5. BGH-Senats aus dem Jahre 1960 hat dieser eine Rechtsbeugung angenommen, weil der DDR-Richter auf Druck des Regimes nach Auffassung des BGH zu hohe Strafen für Zeugen Jehovas verhängt hatte.

> Der Angeklagte ist Volljurist, von dem erwartet werden kann, daß er ein Gefühl dafür hat, ob eine Strafe in unerträglichem Mißverhältnis zur Schwere der Tat und zur Schuld des Täters steht.[325]

323 Gegen den Begriff wegen seiner unpassenden Metapher: Hoeppel, NS-Justiz, S. 216.

324 Zum Beispiel Hoeppel, der sich allerdings kritisch mit dieser Theorie auseinandersetzt, s. Hoeppel, NS-Justiz, S. 216 ff., 507, 510. S. Vormbaum, Die strafrechtliche Aufarbeitung, S. 164, der davon spricht, dass die frühe Justiz der Bundesrepublik die eigene Profession habe schützen wollen.

325 BGH v. 16.2.1960 – 5 StR 473/59 (BGHSt 14, 147 = *NJW* (1960), S. 974).

Wäre das der Maßstab, würde er für die Verurteilung der Richter des Volksgerichtshofes, aber auch eines großen Teils der Strafrichter des Reichsgerichts, die Todesurteile für Kleinigkeiten verhängt hatten, genügt haben, um sie wegen Rechtsbeugung zu verurteilen. Allerdings war in dem konkreten Fall wohl nachgewiesen worden, dass der DDR-Richter sachfremde Zwecke in sein Urteil hatte einfließen lassen.[326] Im Ergebnis bleibt ein Gefühl des Unbehagens zurück, weil der Vergleich in das Erklärungsmuster passt, dass die Sozialisation der Richter auch insoweit Einfluss gehabt haben könnte, weil die damaligen BGH-Richter einem kommunistischen Juristen nicht die gleiche Großzügigkeit attestieren wollten wie den eigenen Kollegen von früher.

1.2.5 Ein Schlussstrich? – die Verjährungsfrage

Die „kalte Amnestie“ im Jahr 1968

Die Verjährung von NS-Taten ist vor allem durch ein Zusammenwirken des Gesetzgebers mit der BGH-Rechtsprechung zu einem der am meisten diskutierten Themen der Bewältigung des nationalsozialistische Unrechts geworden: Da Totschlag nach 15 Jahre verjährte,[327] waren solche Straftaten schon relativ bald nicht mehr verfolgbar, denn selbst wenn man berücksichtigt, dass während der Jahre 1945 bis 1949 der Lauf der Verjährungsfrist gehemmt war,[328] war für viele Taten[329] die Frist in den 1960er Jahren abgelaufen, sogar die 30-jährige Frist für Mord, wenn nicht der Gesetzgeber die Frist verlängert hätte.[330]

Konkret kam es daher für eine strafrechtliche Verfolgung einer NS-Tat Ende der 1960er-Jahre darauf an, ob es sich bei der ermittelten Straftat um Mord oder „nur“ um einen Totschlag handelte. In diesem Zusammenhang wurde die geschilderte subjektive Täterschaftslehre zu einem Problem. Grundsätzlich war der Teilnehmer genauso zu bestrafen wie der Täter, was durch eine gesetzgeberische Umgestaltung des Jahres 1968 aber eine Änderung erfuhr: Das Einführungsgesetz zum Ordnungswidrigkeitengesetz[331] führte eine zwingende Milderung der Strafe für den Teilnehmer einer Tat

326 Das kann einen wesentlichen Unterschied rechtfertigen.

327 § 67 StGB in der Fassung des 3. StrÄndG v. 4.8.1953.

328 BGBl I, 1965, S. 315. Die Zeit zwischen dem Kriegsende und der Gründung der Bundesrepublik, genauer vom 8.5.1945 bis zum 31.12.1949, sollte nicht eingerechnet werden, weil in dieser Phase eine bundesdeutsche Strafverfolgung nicht möglich war (§ 69 StGB). Daran haben die Sonderbestimmungen der Alliierten nichts geändert (BGH v. 28.5.1963 – 1 StR 540/62 (BGHSt 18, 367 = Rüter/de Mildt, Bd. XVIII, Nr. 526b, S. 127 ff.)).

329 Das galt für alle Straftaten mit Ausnahme von Mord und Völkermord.

330 Das Gesetz vom 26.6.1969 (BGBl I, S. 1065) verlängerte die Frist bis 1979, im Jahr 1979 wurde die Verjährung für Mord dann generell aufgehoben.

331 BGBl I, 1968, S. 506. Zur Gesetzgebungsgeschichte dieser Änderung: Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 400 ff., auch zu der Frage, ob es sich damals um eine gesetzgeberische Panne gehandelt hatte oder eine – geplante – kalte Amnestie; dazu auch Greve, Der justitielle Umgang, S. 361–367.

ein, wenn bei ihm besondere persönliche Merkmale nicht vorlagen, die beim Täter gegeben waren.[332] Da sich die Verjährungsfrist nach der angedrohten Strafe richtete, hatte die Gesetzesänderung insoweit unmittelbar Auswirkungen auf die Verjährung, weil die Taten eines Mordgehilfen, der das Mordmerkmal selbst nicht verwirklichte, aufgrund der milderen Strafdrohung möglicherweise verjährt waren.[333] Letzteres hing davon ab, welche Mordmerkmale als besondere persönliche Merkmale im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB aF galten und welche als tatbezogen angesehen wurden, bei denen das Merkmal für Täter und Gehilfen gleichermaßen galt. Das Gesetz wurde im Mai 1968 verabschiedet und trat am 1. Oktober 1968 in Kraft.

Während des Gesetzgebungsverfahrens zu der gerade geschilderten Änderung war der 5. Senat im Jahre 1968 mit einem größeren Verfahren befasst,[334] bei dem es um Taten im Rahmen der Räumung des jüdischen Ghettos in Krakau und Bochnia 1942/1943 ging. Die Angeklagten namens Heinrich[335] und Müller hatten bei den Zwangsräumungen, bei denen 5.000 Menschen deportiert und 800 erschossen wurden, mitgewirkt[336] und waren wegen Beihilfe zum Mord angeklagt und vom Landgericht Kiel verurteilt worden. Berichterstatter im 5. BGH-Senat war der bereits aus dem Rehse-Urteil bekannte Rudolf Börker.

In der Beurteilung der angeklagten Taten wirkte sich die bereits oben geschilderte extrem subjektive Täterlehre (Gehilfenrechtsprechung) aus, wie Börker in seinem Votum deutlich zum Ausdruck brachte:

> Wenn der Angeklagte [...] im Einzelfall mit auf die betreffenden Juden schoß bzw. sie schlug, so war dies – so brutal dies aus heutiger Sicht auch scheinen mag – nach den damaligen Umständen geboten, um die Ordnung bei der Aussiedlung aufrechtzuerhalten. Das Tätigwerden des Angeklagten entsprach insofern also nicht besonderer persönlicher Willkür, sondern bewegte sich im Rahmen des bei den Aktionen Üblichen. Dasselbe gilt letzten Endes auch für die Erschießung der Insassen des Altenheimes. [...] Dem Angeklagten war aber auch insoweit nicht zu widerlegen, daß er nur widerwillig beteiligt war. [...] Der Angeklagte H. war hinsichtlich aller ihm nachgewiesener Taten daher als Gehilfe anzusehen, weil er nur fremde Taten fördern wollte.[337]

Der Senat folgte diesem Votum, und der Angeklagte wurde, obwohl er mehrfach selbständig Zivilisten erschossen hatte, lediglich als Gehilfe eingestuft. Damit kam für ihn die Strafmilderung nach § 50 Abs. 2 StGB aF in Betracht.

---

332 Nach §§ 50 Abs. 2, 211, 14 StGB aF lag der Strafrahmen für einen Mordteilnehmer, der selbst das Mordmerkmal nicht verwirklichte, zwischen 3 und 15 Jahren Zuchthaus.

333 § 67 Abs. 1 StGB aF: Die Verjährungsfrist betrug für den Mordgehilfen (ohne Verwirklichung eines Mordmerkmals) demnach 15 Jahre.

334 BGH v. 20.5.1969 – 5 StR 658/68 (BGHSt 22, 375 = Rüter/de Mildt, Bd. XXVII, Nr. 667b, S. 416 ff. und Nr. 667c, S. 422 ff.; *NJW* (1969), S. 1181).

335 Der Hauptangeklagte Heinrich war im Judenreferat in Krakau tätig gewesen.

336 Beide Angeklagten hatten selbst Personen erschossen, unter anderem auch die Bewohner eines Altenheimes.

337 BA, B 283/5217, Votum Börker v. 28.4.1969, S. XI.

Im Bundesjustizministerium glaubte man gleichwohl, dass die Auswirkungen der Gesetzesänderung gering sein würden, weil der BGH die „sonstigen niedrigen Beweggründe“ des Mordparagrafen – in diesem Fall konkret die Ermordung „aus Rassenhass“ – nicht als besondere persönliche Merkmale im Sinne der genannten Vorschrift ansehen werde.[338] In Bonn war man sich wohl sicher, dass dieses Merkmal als tatbezogen eingeordnet und damit Heinrich zugerechnet würde.[339] Aber bereits vor der Entscheidung des BGH wurde ein Mitarbeiter der ministeriellen Abteilung des Justizministeriums vom Senatsmitglied Rudolf Schmitt im Rahmen des 47. Deutschen Juristentages darüber informiert, dass der BGH zur Gegenansicht tendiere.[340] Zu diesem Zeitpunkt (Ende September 1968) war der Gesetzgebungsprozess allerdings bereits abgeschlossen, denn das Gesetz war im Mai 1968 verabschiedet worden.[341]

Die Auffassung des Senats hatte zur Folge, dass bei Mittätern, denen ein Handeln aus Rassenhass nicht nachzuweisen war, § 50 Abs. 2 StGB aF anzuwenden war. Damit war die Tat nur für den Täter, der aus Rassenhass handelte, ein Mord, während die Teilnehmer milder zu bestrafen waren, womit für sie dann auch nur die – kurze – Verjährungsfrist von 15 Jahren galt.[342] Der Berichterstatter Börker hatte im April bereits in diese Richtung votiert,[343] nämlich dass das Mordmerkmal des Rassenhasses ein besonderes persönliches Merkmal sei, und genau so entschied der Senat.[344] Da das

338 Die Gesetzgebungsgeschichte, insbesondere die Rolle des Justizministeriums und das Zusammenspiel mit dem fünften Strafsenat des BGH ist bereits früh beleuchtet worden, s. Greve, Amnestierung, in: *KJ* 33 (2000), S. 412–424; Greve, Der justitielle Umgang, S. 361 ff. Ausführlich dargestellt werden die Geschehnisse in: Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 400–420; s. Rottleuthner, Hat Dreher gedreht, in: *RJ* (2001), S. 665–679; Frommel, Taktische Jurisprudenz, S. 458 ff. Die verschiedenen Vermerke über Besprechungen im Justizministerium aus dem Frühjahr 1969 befinden sich in der Akte BA, B 141/403653. In einem Vermerk vom 14.5.1969 im Ministerium hieß es, die Frage werde „überbewertet“.

339 BA, B 141/403653. Dies ergibt sich auch aus einem Briefwechsel zwischen dem bekannten Anwalt Robert Kempner, der auch einer der Ankläger in den Nürnberger Prozessen war, und der Bundesregierung. Zu Robert Kempner, z. B. Schäfer, Denkschrift.

340 Schmitt hat wohl mit dem Hilfsreferenten im Justizministerium Horstkotte gesprochen, s. Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 407. Dieser Hergang ergibt sich allerdings aus einem neun Monate später im Ministerium erstellten Vermerk.

341 BA, B 141/403653. Im Dezember 1968 und Januar 1969 berichteten verschiedene Zeitungsartikel über die Gefahr einer Verjährung von NS-Verbrechen. Ob in der Zeit zwischen der Information des Ministeriums durch den Senat (ca. 20.9.) und dem Inkrafttreten des Gesetzes (1.10.) noch eine (Gesetzes-)Änderung realistischerweise möglich gewesen wäre, soll hier nicht erörtert werden, s. dazu Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 407. Am 26.9. will der von Schmidt informierte Beamte diese Rechtsfrage in einem Vermerk niedergelegt, allerdings vorher Unterabteilungsleiter Dreher mündlich informiert haben.).

342 Diese Rechtsfolge ergab sich aus den oben (Fn. 332) genannten Vorschriften.

343 BA, B 283/5217, Votum Börker v. 28.4.1969, S. XX.

344 BGH v. 20.5.1969 – 5 StR 658/68 (BGHSt 22, 375 = Rüter/de Mildt, Bd. XXVII, Nr. 667b, S. 416 ff. und Nr. 667c, S. 422 ff; *NJW* (1969), S. 1181); BGH v. 18.5.1970 – 1 StR 110/70 (Rüter/de Mildt, Bd. XXVII, Nr. 671b, S. 829 ff.).

Mordmerkmal bei Heinrich nicht vorgelegen habe,[345] sei die Tat verjährt. Das Verfahren gegen den Angeklagten Heinrich wurde deswegen folgerichtig eingestellt.[346]

Rassenhass als persönliches Merkmal

War diese Auffassung zwingend? Von verschiedenen Seiten ist die Einordnung des Mordmerkmals anders beurteilt worden. So ist vom Bundesanwalt bereits im Verfahren die Auffassung vertreten worden,[347] dass die gesamte Tötungsmaschinerie der Nationalsozialisten aus niedrigen Beweggründen erfolgt war, und dies nicht wegen der einzelnen subjektiven Haltung der jeweiligen unmittelbar Handelnden, sondern weil dieses Merkmal den zur Last gelegten Taten insgesamt anhafte mit der Folge, dass auch die Teilnehmer als Mörder anzusehen sind. Rein sprachlich wird man niedrige Beweggründe wie beispielsweise den Rassenhass wohl eher einer Einzelperson zurechnen, was für die Sichtweise des 5. Senates spricht. Aber ein solcher Blick auf die Wortwahl wird möglicherweise der historischen Situation nicht gerecht. Damals wurden die Menschen ermordet, weil sie Juden waren. Das galt sowohl für die Massenvernichtungslager, aber auch für die Erschießungen durch Einsatzkommandos oder bei der Räumung eines Ghettos. In allen diesen Fällen wurde an die Rasse angeknüpft, so dass die Tat als solche „aus Rassenhass“ geschah. Für diese Bewertung kommt es dann nicht mehr darauf an, ob die jeweils handelnde Person auch noch konkret aus Rassenhass handelte, das Merkmal haftete an den Taten. Dann handelt es sich aber zumindest in derartigen Fällen nicht um ein persönliches Merkmal.[348]

Abgesehen von dem Merkmal des Rassenhasses wäre auch das Mordmerkmal der Grausamkeit in Betracht gekommen, das allgemein nicht als persönliches, sondern als tatbezogenes Merkmal angesehen wurde und daher dem Teilnehmer zugerechnet worden wäre.[349] Dieser Aspekt war auch Gegenstand eines Briefwechsels zwischen

---

345 Rückschauend fragt man sich hinsichtlich des konkreten Angeklagten, inwieweit es glaubhaft ist, dass ein Angehöriger des Judenreferats bei der Sicherheitspolizei in Krakau tatsächlich keinen Rassenhass gehabt hat. Das ist allerdings eine Tatfrage, die der BGH als Revisionsinstanz nicht hat beantworten können. Zur Pflicht, zurückzuweisen, siehe die folgenden Ausführungen.

346 Urteil in: BA, B 283/ 5217. So hatte Börker auch votiert (BA, B 283/5217, S. XX).

347 BA, B 283/5217, Bl. 83 ff.; BA, B 141/403654, Stellungnahme von Bundesanwalt Martin vom 8.4.1969. Diese Gegenmeinung hat der Bundesanwalt dann auch veröffentlicht (*NJW* (1969), S. 1157 ff.).

348 Die Unter- und Einordnung in ein „rassenhassendes System“ hätte als Indiz für die Übernahme des Motivs in die eigene, individuelle Haltung angesehen werden können, so dass die Tat selbst als von „Rassenhass“ getragen anzusehen gewesen wäre. Das Funktionieren eines Menschen wie ein „Rädchen im Getriebe der mörderischen Maschinerie […] als das Fehlen niedriger Beweggründe, also die Abwesenheit des persönlichen Mordmerkmals zu qualifizieren“, bezeichnet Monika Frommel sogar als „ziemlich absurd“, s. Frommel, Taktische Jurisprudenz, S. 471.

349 Mit der Folge, dass dessen Tat nicht verjährt gewesen wären. Auch die Verdeckungsabsicht wurde vom 5.Senat als täterbezogen eingestuft: BGH v. 15.7.1969 – 5 StR 704/68 (BGHSt 23, 39 = Rüter/de Mildt, Bd. XXVII, Nr. 662b, S. 124 ff.; *JR* (1970), S. 145 mit ablehnender Anmerkung Dreher, S. 146 f.), zu der Erschießung russischer Kriegsgefangener, mit der ein Haupttäter eine Straftat verdecken wollte, der Teilnehmer aber nicht.

dem SED-Anwalt Friedrich Karl Kaul, der in vielen NS-Prozessen der Bundesrepublik als Nebenkläger auftrat, und dem Senatspräsidenten Werner Sarstedt, den Kaul angeschrieben hatte, um das Urteil des Senats zu kritisieren.[350] Unter anderem fragte Kaul, ob nicht auch das Mordmerkmal „grausam" in Betracht gekommen wäre. Sarstedt hat in seiner Antwort die Vorwürfe zurückgewiesen,[351] die Prüfung der Grausamkeit sei Sache der Vorinstanz, die dieses Merkmal abgelehnt habe. Diese Aussage des Vorsitzenden ist nicht ganz richtig, weil die Vorinstanz, das Landgericht Kiel,[352] die Grausamkeit gerade nicht explizit geprüft hatte. Berichterstatter Börker hatte diesen Aspekt in seinem umfangreichen Votum vom 28. April 1969[353] nicht erwähnt, aber am 14. Mai 1969 einen einseitigen Vermerk gemacht („veranlasst durch ein Gespräch"), in dem er schrieb, er interpretiere das Landgericht so, dass die Erschießungen im Altersheim nicht grausam durchgeführt worden seien. „Nähme man etwas anderes an, stünden wir vor einer weiteren schwierigen und grundsätzlichen Rechtsfrage." Eigentlich hätte bei dieser Sachlage erwartet werden können, dass die Sache vom BGH zurückverwiesen wurde. Der Senat, konkret vorbereitet durch das Votum Börkers, pickte sich aber einige Formulierungen aus dem landgerichtlichen Urteil heraus, um daraus abzuleiten, dass Grausamkeit nicht gegeben sei, ohne die Sache zurückverweisen zu müssen.[354] Insoweit agierten die BGH-Richter quasi als Tatsacheninstanz, was revisionsrechtlich problematisch ist. Denn wenn die Vorinstanz das Merkmal gar nicht im Blickfeld hatte, dürften auch die Formulierungen des erstinstanzlichen Urteils insoweit zumindest ungenau gewesen sein, so dass aus ihnen auch keine eindeutigen Schlussfolgerungen auf konkrete Beweggründe gezogen werden konnten. Das machen auch die Formulierungen Börkers in dem Vermerk vom 14. Mai 1969 deutlich.

Dass der Fall bei Berücksichtigung dieses Mordmerkmals vielleicht anders ausgegangen wäre, legten zwei Urteile aus dem Jahr 1970 nahe, das eine des 1. Senats im „Lemberg-Verfahren"[355] und das des 4. Senats zu Ermordungen im Rahmen der Febru-

350 BA, B 283/5217, Briefwechsel zwischen Kaul und Sarstedt. Es finden sich zwei Schreiben Kauls (v. 25.5.1969 – Bl. 146, und v. 4.6.1969 – Bl. 151) und jeweils zwei Antworten von Sarstedt (v. 30.5.1969 – Bl. 149 und v. 9.6.1969 – Bl. 154). Zur Biographie Kauls: Weinke, Die Verfolgung, S. 143.

351 In seinem Brief v. 9.6.1969 äußerte er sein Bedauern, dass nicht früher bereits mit der Verfolgung von NS-Tätern begonnen worden war.

352 BA, B 283/5217. Eine Zusammenfassung des landgerichtlichen Urteils findet sich in dem Votum Börkers (nicht paginiert).

353 BA, B 283/5217 (nicht paginiert).

354 BA, B 283/5217, Bl. 124 unten am Rand. Eine entsprechende Passage wurde in den ersten Entwurf handschriftlich nachträglich eingefügt, woraus zu schließen ist, dass sich der Senat mit diesem Merkmal wohl nicht intensiv auseinandergesetzt hat (kritisch in diesem Punkt auch Hoeppel, NS-Justiz, S. 473, der der Auffassung ist, dass der Senat hätte zurückverweisen müssen).

355 BGH v. 18.5.1970 – 1 StR 110/70 (Rüter/de Mildt, Bd. XXVII, Nr. 671b, S. 829 ff.). Das über 400 Seiten lange erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Stuttgart befindet sich in: BA, B 283/120175. Ebenfalls Grausamkeit angenommen hatte der erste Senat für die Massentötungen im Vernichtungslager in Belzec/Polen im Jahre 1965 (BGH v. 14.12.1965 – 1 StR 464/65 (Rüter/de Mildt, Bd. XX, Nr. 585b, S. 645 ff.; BeckRS 1965, 00113)).

ar-Aktion in Bialystok 1943:[356] Der Annahme der Grausamkeit stehe nicht entgegen, wenn der eigentliche Tötungsakt rasch vollzogen wird, so der 4. Senat: „Denn solche Massenvernichtungen konnten nur grausam durchgeführt werden.“[357] Beide Senate bejahten hinsichtlich der Ermordung von Juden das Merkmal der Grausamkeit, und da „Grausamkeit“ nach allgemeiner Auffassung kein persönliches Merkmal (im Sinne des § 50 Abs. 2 StGB aF) darstellte, sondern tatbezogen ist, galt in diesem Fall auch für die Teilnehmer die Verjährungsfrist für Mord.[358] Insoweit hätte dieses Tatbestandsmerkmal auch im Falle Heinrich geprüft werden müssen.[359]

Eine Folge der Entscheidung des 5. Senats von 1969 war jedenfalls die Einstellung einer Reihe von Verfahren, vor allem gegen sogenannte Schreibtischtäter,[360] aber zum Teil wurden auch andere Verfahren eingestellt.[361] Während viele Kritiker dies als unwürdiges Ende einer ohnehin nur schleppend verlaufenden Vergangenheitsbewältigung anprangerten, entsprach das Ergebnis andererseits einer Schlussstrichmentalität, die große Teile der Gesellschaft erfasst hatte.[362]

Auch hier ein Wort zu den handelnden Personen, bei denen es sich zum Teil um „alte Bekannte“ handelt: Den Vorsitz hatte wieder Werner Sarstedt, Berichterstatter war der bereits oben erwähnte Rudolf Börker und auch Adolf Schmidt hat wieder mitgewirkt. Zusätzlich waren als Beisitzer dabei Rudolf Schmitt, der bereits 1933 in die NSDAP eingetreten war und in der nationalsozialistischen Zeit als Landgerichtsrat in

356 BGH v. 5.2.1970 – 4 StR 272/68 (Rüter/de Mildt, Bd. XXVI, Nr. 648b, S. 139 ff.; *NJW* (1970), S. 767). Derselbe Senat hat die Grausamkeit bejaht für Taten im Vernichtungslager Sobibor, Polen (BGH v. 25.3.1971 – 4 StR 47/69 (WKRS 1971, 15305); ähnlich BGH v. 4.3.1971 – 4 StR 386/70 (BGHSt 24, 108).

357 BGH v. 5.2.1970 – 4 StR 272/68 (Rüter/de Mildt, Bd. XXVI, Nr. 648b, S. 139 ff. (146)). Der Senat nahm auf die frühere Definition des Begriffes Bezug (auf BGHSt 2, 251 und BGHSt 3, 180, 264). Dem Urteil zustimmend: Jasch/Kaiser, Der Holocaust, S. 165.

358 Das Gleiche war vom 1. Senat für das Mordmerkmal der Heimtücke in den Fällen des *silent killing* (es ging um die heimliche Ermordung von Norwegern, die im Verdacht standen, Widerstandskämpfer zu sein) angenommen worden (BGH v. 15.8.1969 – 1 StR 197/68 (BGHSt 23, 103 = Rüter/de Mildt, Bd. XXXIV, Nr. 739c, S. 630 ff.)).

359 BA, B 283/5217. Allerdings hatte Börker in seinem Vermerk v. 14.5 gemeint, das Merkmal grausam sei sowohl ein tatbezogenes als auch ein persönliches Merkmal. Und da Heinrich nur widerwillig an den Tötungen im Altersheim mitgewirkt habe, sei das Merkmal bei seinen Taten nicht gegeben.

360 Rückerl, NS-Verbrechen, S. 191. Insbesondere die damaligen Ermittlungsverfahren gegen Angehörige des Reichssicherheitshauptamts wurden eingestellt (Jasch/Kaiser, Der Holocaust, S. 166), aber auch gegen Mitarbeiter anderer Reichsbehörden. Siehe auch: Jasch/Kaiser, Der Holocaust, S. 163; Greve, Amnestierung, in: *KJ* 33 (2000), S. 412 ff. mit konkreten Zahlen.

361 Greve, Amnestierung, in: *KJ* 33 (2000), S. 424; BA, B 141/403654, konkrete Fälle von Einstellungen werden genannt in einem Artikel der *SZ*, 30.5.1969.

362 Vergleiche dazu Marcel Reich-Ranicki, der am 22.5.1964 in der Wochenzeitschrift *DIE ZEIT* seinen Beitrag „In einer deutschen Angelegenheit“ so ankündigte: „Der Gegenstand des Beitrags? Die Frage lässt sich nicht länger umgehen. Also, es handelt sich, mit Verlaub, um Auschwitz. Ich weiß, ich habe jetzt viele Leser verschreckt.“

Berlin tätig gewesen war,[363] und schließlich Karl Siemer, lediglich formal leicht belastet, seit 1939 Landgerichtsrat in Kiel.[364]

Zwar liegt die Verantwortung für die massenhafte Verjährung von NS-Verbrechen ab dieser Zeit zuvörderst beim Gesetzgeber, der in diesem Bereich eine Lücke ließ, die ohne größeren Aufwand zu sehen und zu schließen gewesen wäre.[365] Das ändert aber nichts daran, dass der BGH durch seinen 5. Senat an dieser Stelle einen entscheidenden Beitrag geleistet hat.[366] Aus dem Verfahrensablauf mit den intensiven Diskussionen Ende 1968 und im Frühjahr 1969 geht hervor, dass den Richtern die Folgen klar waren, so dass sie eigentlich mit der massiven Kritik, auch aus der Tagespresse[367] haben rechnen müssen. Das Ergebnis haben sie in Kauf genommen. –

Das Problem der Verjährung stellte sich gerade auch hinsichtlich der Ermordungen schwerkranker, altersschwacher oder behinderter Menschen sowie der auf das Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses[368] gestützten massenhaften zwangsweisen Sterilisationen von Behinderten,[369] weil diese Verfahren die Justiz erst relativ spät beschäftigt haben.[370] Entscheidungen des BGH wegen der furchtbaren Verbrechen, die aufgrund der NS-Ideologie einer gesundheitspolitischen (und auch rassischen) Selektion der Bevölkerung erfolgten, begegnen erst in den 1960er Jahren, und zum Zeitpunkt der Gerichtsverhandlung waren die Taten, wenn sie „nur“ als Totschlag eingeordnet wurden, bereits verjährt.[371] Eine Strafbarkeit kam somit nur noch in Betracht, wenn die Tat als Mord gewertet wurde.[372] Denkbar waren in diesem Zusammenhang die Mordmerkmale der Heimtücke, der Grausamkeit oder sonstige nied-

363 BA, Pers 101/76161, Personalblatt.

364 BA, Pers 101/76195, Personalblatt.

365 Heftig diskutiert wurde die Farge, ob es sich um eine gesetzgeberische Panne gehandelt habe oder eine geplante kalte Amnestie. Roesen hatte auf die Folgen bereits frühzeitig hingewiesen (Roesen, Rechtsfragen, in: *NJW* (1964), S. 133, 163), so dass die Einlassung, man habe diese Frage übersehen, wenig überzeugt, s. Greve, Amnestierung, in: *KJ* 33 (2000), S. 419.

366 In der Literatur ist dem Senat vielfach vorgeworfen worden, dass er die Folgen seiner Rechtsprechung in Kauf genommen habe, s. Perels, Amnestien, in: *KJ* (1995), S. 337 mit Hinweis auf die Folgen für laufende Ermittlungen, S. 388; Müller, Furchtbare Juristen, S. 248, zum Teil ist auch vermutet worden, dass die Richter genau dieses Ergebnis gewollt hätten; Greve, Amnestierung, in: *KJ* 33 (2000), S. 414; Frommel, Taktische Jurisprudenz, S. 466, 468, die meint, der Senat habe die Steilvorlage genutzt; ähnlich: Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, S. 415.

367 Einige Reaktionen der Presse befinden sich in: BA 141/403654.

368 Gesetz vom 14.3.1933 (RGBl I, S. 529).

369 Dazu: Bock, Zwangssterilisation; Schmuhl, Rassenhygiene, S. 155 ff.

370 Zur strafrechtlichen Aufarbeitung der Euthanasie-Taten: Burkhardt, Juristische Aufarbeitung; s. a. Benzler, in: *KJ* (1988), S. 137, 150 f.; BGH v. 15.2.1957 – 1 StR 402/56 (Rüter/de Mildt, Bd. XIV, Nr. 448b, S. 285 ff.).

371 Dazu sogleich unter 4.

372 Erst durch das Gesetz vom 16.7.1979 (BGBl I, 1979, S. 1046) wurde die Verjährung für Mord aufgehoben.

rige Beweggründe, wozu, wie gesagt, der Rassenhass zählen konnte.[373] Fraglich war auch hier, was für Personen galt, die angaben, bei ihrer Mitwirkung an einer Tat diesen Rassenhass nicht gehabt zu haben. Waren sie als Mörder oder als Totschläger anzusehen? Das geschilderte subjektive Verständnis[374] hatte auch oder gerade in diesem Bereich – gewollt oder ungewollt – eine Entlastung der Täter zur Folge: Behaupteten diese, keine Ressentiments gegen Juden gehabt zu haben, so fehlte bei ihnen das Merkmal des Rassenhasses, so dass ein Mord nicht gegeben war und nur Totschlag in Betracht kam und die Taten verjährt waren. Aus diesem Grund wurde in einem Euthanasieverfahren die Verurteilung des Landgerichts München (wegen Beihilfe zum Mord)[375] aufgehoben und zurückverwiesen.[376] Und das Mordmerkmal der Heimtücke konnte verneint werden, wenn die Täter behaupteten, nicht gewusst zu haben, auf welche Weise die Betroffenen zu Tode kamen; insoweit erstreckte sich dann der Vorsatz nicht auf dieses (tatbezogene) Tatbestandsmerkmal. Das erklärt einen großen Teil der Freisprüche durch die unteren Instanzen beziehungsweise die Verfahrenseinstellungen in diesem Bereich.

Die Hemmung der Verjährung

Ein anderes Verjährungsproblem bestand bei der Frage, ob für den Zeitraum zwischen der Tat und dem Kriegsende der Lauf der Verjährungsfrist gehemmt war. Eine entsprechende Regelung enthielten einige Ahndungsgesetze der Länder, zum Beispiel das Gesetz Hessens.[377] Eine Hemmung war anzunehmen, wenn die Tat in der nationalsozialistischen Zeit (also bis zum 8. Mai 1945) nicht verfolgt worden wäre. Die Verjährung hing somit von einer hypothetischen Betrachtung ab: Hätte die NS-Justiz seinerzeit die fragliche Tat verfolgt, so lief die Verjährungsfrist weiter, mit dem Ergebnis, dass eine strafrechtliche Ahndung nicht mehr möglich war. Hätte aber damals keine Verfolgung stattgefunden (weil der nationalsozialistische Staat diese Handlungen duldete), so hätte die Frist erst nach dem Krieg zu laufen begonnen. Dazu zwei Beispiele, beide entschieden vom 2. Senat, aber mit unterschiedlichem Ausgang: Die Tat des Leiters einer Polizeikompanie in Charkow, der dort seine (ehemalige) Geliebte von einem Untergebenen hatte erschießen lassen, sah der 2. Senat im Jahre 1969 als verjährt an, weil die Frist nicht gehemmt worden sei.[378] Der Führerwille habe einer Ahndung nicht

373 Da die Tötung auch im Euthanasiebereich letztlich nicht selten aus rassischen Gründen erfolgte, war die Frage, ob Rassenhass als niedriger Beweggrund eingestuft werden konnte, was der BGH im Jahr 1962 bejaht hatte (BGH v. 2.10.1962 – 1 StR 299/62 (BGHSt 18, 37 = Rüter/de Mildt, Bd. XVII, Nr. 520b, S. 745 ff.; *NJW* (1962), S. 2308)).

374 S. oben unter 2.

375 Das landgerichtliche Urteil findet sich in: BA, B 283/91018, Bl. 1 ff.

376 BGH v. 6.12.1960 – 1 StR 404/60 (*NJW* (1961), S. 276); dazu: Freudiger, Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 144 ff.

377 Hessisches Gesetz vom 29.5.1946, § 69 (GVBl 1946, 136).

378 BGH v. 29.10.1969 – 2 StR 57/69 (BGHSt 23, 137 = Rüter/de Mildt, Bd. XXVII, Nr. 663b, S. 172 ff.); die Entscheidung erging unter dem Vorsitz von Paulheinz Baldus, unter Mitwirkung von Ferdinand Kirch-

entgegengestanden; letztlich könne nicht mit Bestimmtheit festgestellt werden, dass damals keine Verfolgung stattgefunden hätte. Nur wenn die Tat mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht verfolgt worden wäre, sei die Verjährung gehemmt. Generell sei bei Taten, auf die kein Ermittlungsverfahren folgte, eine Hemmung auszuschließen, weil offenbleibe, was geschehen wäre, wenn ein Verfahren durchgeführt worden wäre.[379] Unberücksichtigt bleibt der nicht ganz fernliegende Gedanke, dass die fehlende Durchführung eines Verfahrens auch mit dem mangelnden Verfolgungswillen zur damaligen Zeit zu tun haben kann.[380] Das hatte der 2. Senat auch im Jahre 1954 so gesehen,[381] als das Schwurgericht gemeint hatte, dass eine Bestrafung der Angeklagten unterblieb, weil die Vorgesetzten sie deckten und die Verletzten „eine Anzeige wegen des politischen Terrors begreiflicherweise nicht wagten." Dazu der Senat:

> das ist nicht eine Redensart, sondern eine Tatsache, die aus zahlreichen Verfahren gerichtsbekannt ist. Dass in einzelnen Fällen Gestapobeamte, wie die Revision vorträgt, zur Verantwortung gezogen worden sind, steht dem nicht entgegen. Entscheidend ist, dass vielfach Verbrechen, die der Errichtung und Festigung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft dienten, ungesühnt blieben.

Das Strafgesetzbuch enthielt dann später die gleiche Regelung zur Hemmung der Verjährung,[382] und in den 1990er Jahren hat der BGH die geschilderte Rechtsprechung fortgesetzt, dass die Verjährung nicht gehemmt wird, wenn nicht mit Sicherheit feststehe, dass die Tat damals nicht verfolgt worden wäre.[383]

Mittelbar mit der Verjährung zusammen hing die Anwendbarkeit des Bayrischen Gesetzes Nr. 22,[384] nach dessen Art. 1 bei einer verjährten Straftat gleichwohl zu prüfen war, ob das Erfordernis einer „nachträglichen Sühne" gegeben war. Das Schwurgericht hatte dies verneint für einen Angeklagten, der als Polizeipräsident Schutzhaft gegen mehrere Juden ausgesprochen hatte, die zu deren Einweisung ins Konzentrationslager geführt hatte. Diese Tat, so das Landgericht, erfordere keine nachträgliche

---

hoff, Günter Willms, Hans-Erich Müller, Werner Baumgarten. Ein ähnlicher Fall: BGH v. 2.10.1962 – 1 StR 299/62 (BGHSt 18, 37 = Rüter/de Mildt, Bd. XVII, Nr. 520b, S. 745 ff. = *NJW* (1962), S. 2308).

379 AaO., S. 140.

380 Siehe Revisionsbegründung des Oberstaatsanwalts v. 26.6.1968 (BA, B 283/111607, Bl. 83 ff.).

381 BGH v. 7.12.1954 – 2 StR 327/54 (BGHSt 7, 47).

382 § 78 a StGB aF i. V. m. § 78 b StGB aF.

383 Angeklagt war der Leiter eines Regiments, Lehnigk-Emden, der mit seinen Männern 22 italienische Zivilisten, darunter Kinder, auf brutale Weise getötet hatte, s. Schreiber, Deutsche Kriegsverbrechen, S. 141 ff. Laut BGH (v. 1.3.1995 – 2 StR 331/94 (Rüter/de Mildt, Bd. XLVIII, Nr. 914b, S. 544 ff.)) sei es denkbar, dass die Taten unter NS-Herrschaft verfolgt worden wären. Die Tatsache, dass andere ähnliche Taten nicht verfolgt worden sind, war für das Gericht kein stichhaltiges Argument. Die Hürde war mit dem Tatbestandsmerkmal der Sicherheit fehlender Verfolgung sehr hoch gehängt. Kritisch: Bader, Caiazzo, in: Betrifft Justiz, S. 121 ff.; Schreiber, Deutsche Kriegsverbrechen, S. 96 ff., 149, der von einer „Selbstblockade der Justiz" spricht; ablehnend auch Streim, Saubere Wehrmacht, S. 569 ff.

384 Gesetz vom 31.5.1946 (Bayrisches GVBl, S. 182).

Sühne, denn die Vielzahl der Erlebnisse während des Krieges seien sehr bald aus der Erinnerung der Bevölkerung verschwunden, und es seien bereits neun Jahre zwischen der Tat und dem Urteil vergangen. Schließlich bestehe nach dem Untergang der nationalsozialistischen Herrschaft kein Abschreckungszweck mehr. Alle diese Erwägungen hat der 1. Senat zurückgewiesen und schließlich auch noch festgestellt, dass die Tat überhaupt nicht verjährt war, so dass ein Erfordernis nachträglicher Sühne gar nicht zu prüfen gewesen wäre.[385] Die BGH-Richter stellten klar, dass die Vorschrift keine Vergünstigung für NS-Täter schaffen wollte.[386]

1.2.6 Fazit

Pauschal den BGH dafür verantwortlich zu machen, dass das NS-Unrecht nicht ausreichend „aufgearbeitet“ wurde,[387] dürfte sich verbieten, weil eine solche „Aufarbeitung“ einer massenhaften Vernichtungspolitik eines verbrecherischen Regimes wohl jede Justiz überfordert.[388] Weder ist sie dafür personell in der Lage noch sind die Gerichte funktionell geeignet, Vergangenheitsbewältigung im großen Stil zu betreiben.[389] Das gilt natürlich erst recht für ein Revisionsgericht wie den BGH. Daher kann es in einer Bewertung nur darum gehen, welchen Anteil das Gericht an den diagnostizierten Fehlern bei der Ahndung des NS- Unrechts hatte.

Ganz generell ist ein problematisches Geschichtsbild über die gesamten Strafsenate hinweg zu konstatieren, wonach das NS-Unrecht von einer kleinen Führungselite zu verantworten war, der eine weitgehend verführte oder gefügig gemachte Bevölkerung gegenübergestanden habe. Diese Sicht mag dem Bild entsprochen haben, das sich weite Teile der Bevölkerung der jungen BRD zurechtgelegt hatten, aber das entlastet die höchsten Richter nicht von dem Vorwurf, das Gesetz zurechtgerückt zu haben. Denn immerhin ergeben sich aus diesem Bild einige der im Ergebnis nicht überzeugenden Schlussfolgerungen: Hervorzuheben ist die Subjektivierung beim Täterbegriff in der Gehilfenrechtsprechung und beim Schuldausschließungsgrund wegen Irrtums über Rechtfertigungsgründe. Zwar ist dem Gericht – entgegen manchem Pauschalvorwurf seiner Kritiker – zugute zu halten, dass selbstverständlich jeder Einzelfall individuell zu beurteilen ist und das Monströse der Untaten nicht das Ergebnis eines Schuldspruchs im Einzelfall präjudizieren kann. Aber diese Individualisierung ist in der Schuldfrage anzusiedeln, nicht beim Täterbegriff. Und auch die viel zu weit-

385 BGH v. 27.11.1951 – 1 StR 303/51 (BGHSt 2, 20 = Rüter/de Mildt, Bd. IX, Nr. 318c, S. 678 ff.).
386 BGH v. 27.11.1951 – 1 StR 303/51 (BGHSt 2, 22).
387 Zur Problematik des Begriffs „Aufarbeitung“ der Vergangenheit: Adorno, Was bedeutet Aufarbeitung, S. 555–572.
388 Arendt/Jaspers, Briefwechsel, S. 90.
389 Unabhängig davon sind viele in der Tat problematische Aspekte des Umgangs mit den NS-Verbrechen auf Politik und Gesetzgebung zurückzuführen.

gehende Anerkennung eines Irrtums im Rahmen der Schuld ist den Strafsenaten insoweit anzukreiden, als sie in ihren Formulierungen den Schwurgerichten die Berücksichtigung einer Rechtsblindheit eröffnet haben.

Gerade bei der (angeblich fehlenden) Strafbarkeit der NS-Richter muss die Rechtsprechung des BGH als unbefriedigend und nicht mehr nachvollziehbar bezeichnet werden, erklärlich wohl nur, wie oben dargelegt, mit dem biographischen Hintergrund der Akteure.

Hinsichtlich der Verjährung haben wir es zwar mit einem hauptsächlichen Versagen des Gesetzgebers zu tun, das der 5. Senat des BGH allerdings hätte eindämmen können.

Insgesamt bleibt ein doch recht bedrückendes Ergebnis.

1.2.7 Das Verbot der Doppelbestrafung

Schließlich sei noch ein verfahrensrechtlicher Aspekt angesprochen. Da bereits vor der Gründung des BGH durch die Alliierten NS-Unrecht geahndet worden war,[390] war zu klären, ob deutsche Gerichte überhaupt urteilen durften, wenn bereits ein Verfahren nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 stattgefunden hatte. Anfangs begegnete die deutsche Justiz der alliierten Gerichtsbarkeit mit großer Distanz,[391] beispielsweise entschied der 3. Senat, dass bei der Frage, ob ein Rückfall vorliegt, die Urteile der Alliierten nicht zu berücksichtigen seien, weil sie keine inländische Justiz darstellten.[392] Überdies hat der BGH zunächst in mehreren Urteilen die Auffassung vertreten, dass durch Entscheidungen alliierter Gerichte kein Klageverbrauch eingetreten sei, da dies nur bei einem Urteil durch ein inländisches Gericht der Fall sein könne, was hinsichtlich der alliierten Justiz nicht gegeben sei:[393] Selbst wenn ein Gericht der Alliierten[394] materielles deutsches Recht anwenden würde, so geschehe dies doch in einem frem-

390 Zum einen die sogenannten Nürnberger Prozesse, zum anderen die Entscheidungen nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 10 (Gesetz von 20.12.1945).

391 Der 2. Senat meinte, die Verordnung Nr. 234 zum Kontrollratsgesetz (VO v. 31.5.1951) habe den deutschen Gerichten die Gerichtsbarkeit vollständig entzogen, so dass diese nicht einmal die Strafe nach dem KRG festsetzen können (BGH v. 9.1.1953 – 2 StR 68/52 (*NJW* (1953), S. 313)).

392 BGH v. 25.10.1951 – 3 StR 785/51 (*NJW* (1952), S. 151).

393 Ausführlich: BGH v. 21.5.1954 – 2 StR 118/51 (BGHSt 6, 176), mit Nachweisen über weitere Entscheidungen; BGH v. 9.9.1958 – 5 StR 64/58 (BGHSt 12, 36 = Rüter/de Mildt, Bd. XV, Nr. 476b, S. 760 ff.; *NJW* (1958), S. 1690).

394 BA, B 283/75105, Bl. 65 ff. Allerdings hatten die Mitglieder des 4. Senats, der zu der bevorstehenden Entscheidung des 2. Senats um eine Stellungnahme gebeten worden war, die Rechtsansicht geäußert, dass die alliierten Gerichte nicht als ausländische Justiz anzusehen sei. So die Stellungnahme von Elisabeth Krumme, zustimmend Werner Hülle und Claus Seibert; letzterer meinte noch, man solle in dieser Frage einen renommierten Heidelberger Rechtsgelehrten befragen.

den Verfahren.[395] Auch der Überleitungsvertrag[396] stehe einem erneuten Verfahren nicht entgegen.[397]

In einem, auch in die Öffentlichkeit getragenen Verfahren,[398] ging es um einen Mann, der am Ende des Krieges einen französischen Kriegsgefangenen erschossen hatte und deshalb 1947 bereits von einem französischen Besatzungsgericht zu lebenslanger Haft verurteilt worden war. 1953 gelang ihm die Flucht aus der Haft, und die Franzosen verlangten seine Festnahme und Auslieferung, was die deutschen Behörden mit Hinweis auf das Grundgesetz verweigerten. Alternativ forderten die Franzosen, dass er seine Haft absitzen müsse. Der 5. Senat unter dem Vorsitzenden Werner Sarstedt argumentierte kompliziert: Für ausländische Urteile gelte, wie ja bereits entschieden, im Gegensatz zu den inländischen ein Strafklageverbrauch nicht. Im konkreten Fall war allerdings auf deutschem Boden durch ein Besatzungsgericht geurteilt worden, so dass fraglich sei, ob es sich nun um ein Inlands- oder ein Auslandsurteil handele. Letztlich sei dies jedoch unerheblich, weil Kriegsverbrecherurteile nach den Pariser Verträgen ohnehin nicht anerkannt würden,[399] daher könne gegen den Täter erneut verhandelt werden.[400]

Die Haltung zur alliierten Justiz veränderte sich durch eine Entscheidung des Großen Senats Mitte der 1960er Jahre:[401] Der Angeklagte war bereits von einem französischen Gericht verurteilt worden, weil er zusammen mit anderen Gestapo-Leuten im Jahr 1943/44 mehrere Personen getötet haben sollte. Wenn, so der große Senat, ein Kriegsverbrechen von einem Gericht der drei Westmächte – egal ob im In- oder Ausland – bereits verhandelt worden war,[402] falle die Sache unter den Überleitungsvertrag, so dass insoweit das Verfahren den deutschen Gerichten entzogen sei. Das gelte allerdings nur für die konkret abgeurteilte Tathandlung, wegen anderer Tötungen könne der Täter noch belangt werden.[403]

Eine andere Konstellation betraf die Fälle, in denen ein im Nationalsozialismus geführtes Verfahren noch einmal aufgerollt werden sollte, zum Beispiel weil das da-

395 BGH v. 21.5.1954 – 2 StR 118/51 (BGHSt 6, 176, 178).

396 Vertrag v. 26.2.1952 i. d. F. v. 30.3.1955 (BGBl II, S. 405).

397 Selbstverständlich mussten die bereits verhängten Strafen in dem zweiten Prozess angerechnet werden.

398 SWR Hörfunkarchiv, W1904092. Der Vorsitzende des BGH-Senats, Sarstedt, erklärte die Entscheidung im SDR-Rundfunk.

399 Eine lebenslange Zuchthausstrafe wäre nach deutschem Recht nicht zulässig gewesen.

400 BGH v. 9.9.1958 – 5 StR 64/58 (BGHSt 12, 36 = Rüter/de Mildt, Bd. XV, Nr. 476b, S. 760 ff.; *NJW* (1958), S. 1690); BGH v. 13.7. 1956 – 3 ARs 5/56 (*NJW* (1956), S. 1766). Allerdings sei § 7, der die Bestrafung von Auslandstaten betrifft, sinngemäß anzuwenden.

401 BGH v. 14.2.1966 – GSST 1/65 (BGHSt 21, 29).

402 Ein Abschluss durch Urteil wurde nicht verlangt, es genüge, wenn die Sache ins Hauptverfahren gelangt sei (BGH v. 14.2.1966 – GSST 1/65 (BGHSt 21, 29). Die Möglichkeit einer Einstellung eines Ermittlungsverfahrens reichte dagegen nicht aus.

403 So war es auch in dem zugrunde liegenden Verfahren: BGH v. 10.5.1951 – 4 StR 180/51.

malige Urteil rechtsstaatlichen Maßstäben nicht entsprochen hatte.[404] Insoweit war das Verhältnis zur nationalsozialistischen Rechtsprechung betroffen. Dabei ging es nicht um eine Aufhebung eines Urteils mit der Folge des Freispruchs, sondern im Gegenteil um eine härtere oder erstmalige Bestrafung, weil der damalige Angeklagte freigesprochen worden war. Solche Fallgestaltungen regelten die Gesetze der Länder zur Beseitigung des nationalsozialistischen Unrechts. Sie gerieten vor dem Hintergrund des Grundgesetzes auf den Prüfstand und standen in dem Verdacht, gegen das Verbot der doppelten Bestrafung zu verstoßen, wenn sie für nationalsozialistische Urteile ein nochmaliges Verfahren zuließen. Eine entsprechende Verordnung für die Britische Zone[405] ließ eine Strafverfolgung von Handlungen in der Pogromnacht von 1938 zu, obwohl diese bereits verjährt waren. Dies wurde für verfassungsgemäß und nicht als Verstoß gegen den *nulla poena-Grundsatz*[406] angesehen, weil die Strafbarkeit damals bereits bestanden hatte und der Grundsatz des Rückwirkungsverbots für Verfahrensvorschriften wie die Verjährung nicht gelte.[407]

Auf der anderen Seite sah der Große Strafsenat in dem rheinland-pfälzischen Gesetz zur Beseitigung von nationalsozialistischem Unrecht[408] einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG: Dieses Gesetz ließ eine Verurteilung in einem weiteren Verfahren zu, obwohl der Angeklagte damals freigesprochen worden war, wenn dieser Freispruch in der Zeit zwischen 1933 und 1945 nur aus politischen Gründen erfolgt war.[409] Damit, so der BGH, sei der Grundsatz des „ne bis in idem“ (keine zweimalige Bestrafung für dieselbe Tat) verletzt.[410] Zwar ging es in dem konkreten Fall nicht um eine doppelte Bestrafung (der Angeklagte war ja damals freigesprochen worden), aber der Art. 103 Abs. 3 GG verbiete nicht nur eine zweifache Bestrafung, sondern sei ein Verfahrenshindernis, stehe also der Wiederholung eines Strafverfahrens insgesamt entgegen. Der Grundsatz der Rechtskraft gebiete eine Auslegung des Grundgesetzes in dem Sinne, dass auch nach einem Freispruch nicht später ein neues Verfahren durchgeführt werden dürfe, eine sicher gut vertretbare Ansicht.[411] Die Entscheidung des Großen Senats, an der auch der Präsident selbst mitwirkte, stützte sich auf naturrechtliche Grundsätze. Immerhin konzedierte der Senat selbst, dass das Verbot eines zweiten Strafverfahrens ja durchaus Ausnahmen kennt, denen er auch nicht die Geltung absprechen wollte, konkret das Wiederaufnahmeverfahren. Aber die Ausnahmeregel für die NS-Urteile sei zu unbestimmt. Ein zweites Argument des Großen Senats ging dahin, das Recht gebe bereits durch den Straftatbestand der Rechtsbeugung (in

404 Dabei ging es nicht um eine Aufhebung des alten Urteils, sondern um eine härtere Bestrafung.
405 VO v. 23.5.1947 (VOBlBrZ 1947, 65).
406 Keine Strafe ohne Gesetz.
407 BGH v. 28.4.1952 – VRG 8/52 (BGHSt 4, 379).
408 Unrechtsbeseitigungs-Gesetz Rheinland-Pfalz vom 23.3.1948 (GVBl. 1948, 244).
409 § 10 des Gesetzes.
410 BGH v. 9.12.1953 – GSSt 2/53 (BGHSt 5, 323) auf Vorlage des 1. Strafsenats.
411 Eine aktuelle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bestätigt diese Auffassung des BGH (BVerfG v. 31.10.2023 – 2 BvR 900/22 (*NJW* (2023), S. 3698)).

Verbindung mit dem Wiederaufnahmegrund des § 362 Nr. 3 StPO) ein wirksames Mittel an die Hand, um frühere politisch motivierte Freisprüche anzugreifen.[412] Formal gesehen ist diese Aussage des Großen Senats zutreffend, inhaltlich ist indes kritisch darauf hinzuweisen, wie wenig wirksam das Mittel der Rechtsbeugung wirklich war, wenn man auf die Rechtsprechung der Strafsenate zu diesem Straftatbestand blickt, so dass dieses Argument blass wirkt.

1.3 Die Entschädigung der Opfer

Die Entschädigung der Opfer des Nationalsozialismus war – anders als das schwierige Thema der Bestrafung der Täter – grundsätzlich positiv konnotiert. Daher verwundert es nicht, dass der BGH für sich selbst das Motto ausgegeben hat, in Entschädigungsfragen großzügig zu sein, was er beispielsweise in folgender Formulierung zum Ausdruck brachte:

> Lässt das Gesetz von der rechtlichen Seite her mehrere Auslegungsmöglichkeiten zu, so verdient diejenige Auslegung, die das verursachte Unrecht sobald und soweit es irgend als möglich anzusehen ist, wiedergutzumachen versucht, den Vorzug gegenüber jeder anderen Auslegung, die die Wiedergutmachung erschwert oder zunichte macht.[413]

Diesen Anspruch wiederholte der Senat sinngemäß mehrfach, etwa mit der ganz ähnlichen Formulierung, diejenige Auslegung des Gesetzes verdiene den Vorzug, die dem Ziel weit möglichster Entschädigung entspricht,[414] oder: eine kleinliche Betrachtung sei nicht angebracht.[415] Vor diesem Hintergrund ließe sich vermuten, dass die Richter

412 BGH v. 9.12.1953 – GSSt 2/53 (BGHSt 5, 323, 332).

413 BGH v. 22.11.1954 – IV ZR 107/54 (*RzW* (1955), S. 55). Dieser Grundsatz wurde auch im Rahmen der Gesetzgebungsgeschichte hervorgehoben (*RzW* (1957), S. 408), und er wird auch später in der Literatur wiederholt zitiert (z. B. Schwarz, in: *RzW* (1957), S. 129, 130; Wüstenberg, Die Rechtsprechung, S. 147). Interessant ist, dass der Senat diesen Satz im Jahr 1958 wiederholt, ihn dann aber sogleich einschränkt, denn die gesetzlichen Grenzen dürften nicht überschritten werden (BGH v. 5.12.1958 – IV ZR 141/58 (*RzW* (1959), S. 215)). Genauso formuliert es Senatsmitglied Hans Wilden in einem Beitrag in der Deutschen Richterzeitschrift (Wilden, Die grundsätzliche Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 323) mit dem Hinweis, dass der Senat auch eine Verantwortung für den Staat, genauer dessen finanzielle Leistungsfähigkeit trage (S. 324). Gelobt wird der erhobene Anspruch auf Großzügigkeit im Bundestag über die Parteigrenzen hinweg (Dr. Böhm, CDU, in der Bundestagssitzung vom 28.2.1955, Verhandlungen des Bundestages, S. 3487 f.; Runge, SPD, in der Bundestagssitzung vom 14.12.1955, Verhandlungen des Bundestages, S. 6324).

414 BGH v. 26.2.1960 – IV ZR 255/59.

415 BGH v. 14.10.1964 – IV ZR 285/63 (*RzW* (1965), S. 32): Zur Frage der Auswanderungskosten als Schaden.

diese Entschädigungssachen gern entschieden haben.[416] Doch genau das Gegenteil war der Fall: Im Jahr 1963 schrieb der Präsident des zuständigen IV. Zivilsenats Walther Ascher an das Präsidium einen Brief, in dem er sich im Namen des Senats (insgesamt acht Richter hatten unterschrieben) darüber beklagte, ständig, auch aus den eigenen Reihen, für die getroffenen Entscheidungen im Entschädigungsrecht kritisiert zu werden.[417]

Im Folgenden wird es unter anderem darum gehen, ob die Senatsrechtsprechung ihrem eigenen großzügigen Selbstverständnis tatsächlich gerecht geworden ist und warum sie so starke Kritik auf sich gezogen hat, dass es den Richtern ihre Tätigkeit verleidete.[418]

1.3.1 Wiedergutmachung, Rückerstattung, Entschädigung – was gilt für wen?

Die Geschichte der Wiedergutmachung des nationalsozialistischen Unrechts[419] fand in einem Spannungsfeld statt zwischen außenpolitischen Einflüssen,[420] zwischen Bund- und Länderkompetenzen sowie moralischen Verpflichtungen und finanziellen Grenzen. Kein Wunder also, dass auch die Gesetzgebung auf diesem, bis dahin unbekannten Gebiet, nicht aus einem Guss war und einige Problempunkte später nachgebessert werden mussten.[421] Juristisch wurde unterschieden zwischen der Rückerstattung und der Entschädigung. Erstere regelte die Ansprüche auf Herausgabe von Grundstücken oder von beweglichen Sachen wie zum Beispiel Schmuck, Bildern und so weiter, für die spezielle Gerichte zuständig waren.[422] Die Ansprüche wegen anderer Schäden (an Vermögen allgemein, an der Gesundheit, an Verdienst) fielen unter den Begriff der Entschädigung und waren unmittelbar nach dem Krieg zunächst noch durch die Län-

416 Auch der erste Senat des Bundessozialgerichts hat im Rahmen der Entschädigung von NS-Verfolgten (nach dem Verfolgten-Gesetz) grundsätzlich eine großzügige Linie einschlagen wollen und diesen Vorsatz wohl auch tatsächlich umgesetzt, s. Rudloff/von Miquel, Das Bundesozialgericht, S. 286 ff.
417 BA, B 283/100038, Bd. III, Bl. 1 ff., Brief Walther Ascher v. 16.4.1963. Konkreter Anlass des Schreibens war die Kritik des Senatspräsidenten des 6. Strafsenats, Heinrich Jagusch, die dieser öffentlich in einem Beitrag geäußert hatte (dazu Näheres unten im Fazit).
418 Ausführlich wird die Rechtsprechung zum BEG (nicht nur die des BGH) behandelt in den zwei Bänden „Das Bundesentschädigungsgesetz", in: Die Wiedergutmachung). Einen recht groben Überblick gibt das Senatsmitglied Wüstenberg, Die Rechtsprechung, S. 145–156.
419 Die Frage, ob ein solches Unrecht überhaupt wiedergutgemacht werden kann, soll mit der Formulierung nicht präjudiziert werden.
420 Da sind vor allem die Alliierten und Israel angesprochen; zur Geschichte und den außenpolitischen Bezügen: Wiedergutmachung. Regelungen zur Entschädigung von NS-Unrecht, S. 5 ff.
421 Zur Geschichte: Schwarz, Die Wiedergutmachung, Bd. I, Bd. III, S. 16 ff.; die Unvollständigkeiten und Unklarheiten erwähnt rückblickend auch das Senatsmitglied Hans Wilden, s. Wilden, Die grundsätzliche Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 323.
422 Geregelt waren diese Ansprüche im Rückerstattungsgesetz (REG).

dergesetzgebung gesondert geregelt,[423] bevor es dann im Jahr 1953 zu einem bundeseinheitlichen Gesetz kam,[424] das mit leicht verändertem Inhalt seit dem Jahr 1956 Bundesentschädigungsgesetz heißt.[425] Die Ansprüche nach diesem Gesetz waren vor den Entschädigungsbehörden der Länder geltend zu machen, gegen deren Entscheidung die Betroffenen die ordentlichen Gerichte anrufen konnten,[426] so dass in diesem Bereich auch eine Vielzahl von BGH-Revisionsentscheidungen ergangen sind.[427] Zuständig für diese Angelegenheiten war am BGH der IV. Zivilsenat.

Bereits die Entschädigungsgesetzgebung der Länder, die unter den Besatzungsmächten erste Maßnahmen zur Entschädigung ergriffen hatten,[428] verstand sich als abschließend, so dass allgemeine Ansprüche, etwa aus Bereicherungsrecht verdrängt wurden. Diese Ausschließlichkeit galt auch für die Bundesgesetzgebung, so dass Forderungen auf eine Rückabwicklung nicht etwa darauf gestützt werden konnten, dass bestimmte Maßnahmen des NS-Staates unwirksam gewesen seien. Dies stellte der II. Zivilsenat im Jahr 1953 klar:[429] Eine jüdische Klägerin machte ihre Ansprüche aus einer sie begünstigenden Lebensversicherung, die sie bei einer Schweizer Versicherungsgesellschaft begründet hatte, geltend. Diese Schweizer Gesellschaft hatte, nachdem die gegen sie gerichteten Ansprüche von der Gestapo zugunsten des Reiches beschlagnahmt worden waren,[430] an das Reich geleistet. Durch diese Leistung, so der II. Senat, sei die Versicherung von ihrer Pflicht frei geworden, so dass die jüdische Versicherungsnehmerin ihre Ansprüche verlor. Das sei auch rückwirkend zu akzeptieren.

> Wie jedem Einsichtigen von vornherein klar war, konnte aber das Trümmerfeld, das die nationalsozialistischen Gewaltmaßnahmen auch auf dem Gebiet des Rechts hinterlassen haben, nicht einfach dadurch aufgeräumt werden, dass den Tatbeständen, die durch jene Maßnahmen hervorgerufen waren, ohne weiteres die rechtliche Betrachtung versagt wurde und sie als nicht geschehen behandelt wurden.[431]

423 Zu den einzelnen Gesetzen: Feaux de la Croix, Vom Unrecht, S. 16 ff.

424 Dies war das Bundesergänzungsgesetz vom 18.9.1953 (BGBl I, S. 1387). Zur Entstehungsgeschichte: Feaux de la Croix, Vom Unrecht, S. 63 ff., dort auch zu der folgenden Gesetzgebung, S. 81 ff.; zur Gesetzgebungsgeschichte auch die Monographie von Goschler, Wiedergutmachung.

425 Gesetz v. 29.6.1956 (BGBl I, S. 559).

426 § 210 BEG. Erstinstanzlich zuständig waren die Landgerichte, die Berufung ging zum Entschädigungssenat des OLG.

427 § 219 BEG. Der große Teil dieser Entscheidungen ist in der Zeitschrift „Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht“ veröffentlicht.

428 Siehe zur Ländergesetzgebung: Feaux de la Croix, Vom Unrecht, S. 16 ff.

429 BGH v. 11.2.1953 – II ZR 51/52 (BGHZ 9, 34).

430 Die Rechtsgrundlage dieser Beschlagnahme beruhte auf dem Reichsbürgergesetz von 1935.

431 BGH v. 11.2.1953 – II ZR 51/52 (BGHZ 9, 34, 45); der Senat zitiert den Supreme Court in New York (*Law Journal* v. 29.12.1947). Die Supreme Court Entscheidung vom 24.6.1947 (teilweise abgedruckt in: *NJW* (1949), S. 920) hat die Regeln des Devisengesetzes von 1933 für wirksam erachtet, weil Deutschland souverän gewesen sei. Der BGH zitierte auch das Schweizer Bundesgericht (II. Zivilabteilung v. 12.4.1946, BGE 72 III 52), wonach damalige Verfügungsbeschränkungen im Ausland (in dem konkreten

Die Forderung nach einer allgemeingültigen gesetzlichen Regelung zur Entwirrung des durch die Unrechtsakte geschaffenen Chaos habe zu den Wiedergutmachungs- und Entschädigungsgesetzen geführt, die dieses Problem abschließend regelten.[432] Die damit einhergehenden Beschränkungen[433] seien hinzunehmen, so dass die Klägerin im konkreten Fall auf die hier schwierig durchzusetzende Entschädigung verwiesen blieb. Insoweit wurde dem Verkehrsschutz Vorrang eingeräumt.

Wenn aber kein schutzwürdiger Dritter involviert war und noch ein unmittelbarer Zugriff auf Sachen oder Forderungen möglich war, könnte dies anders zu sehen sein; daher rief der I. Zivilsenat den Großen Senat an, um das Verhältnis von allgemeinen zivilrechtlichen Ansprüchen und Rückerstattungsansprüchen nach den speziellen Rückerstattungsgesetzen abschließend klären zu lassen. Anlass war das Begehren einer Jüdin, die im Jahr 1939 in die Schweiz geflohen war und bei der beklagten Bank ein Depot mit Wertpapieren hinterließ. Diese Wertpapiere waren gemäß § 3 der elften Verordnung zum Reichsbürgergesetz dem Deutschen Reich verfallen. Der Große Senat entschied, dass ein Verfolgter des nationalsozialistischen Regimes solche für verfallen erklärte Wertpapiere unmittelbar herausverlangen kann, soweit diese ohne Veränderung der sie betreffenden tatsächlichen Verhältnisse erhalten geblieben waren.[434] Denn die Verfallerklärung gemäß der erwähnten Verordnung sei von vornherein nichtig gewesen. Ein Verfahren nach dem Rückerstattungsgesetz sei daher nicht notwendig.

Im Verhältnis von Rückerstattungs- und Entschädigungsansprüchen galt grundsätzlich der in § 5 BEG normierte Grundsatz des Vorrangs der Rückerstattung (gemäß REG) vor einer Entschädigung.[435] Dies hatte bei Eigentumsverletzungen mitunter zur Folge, dass zunächst Herausgabe verlangt werden musste, was schwierig sein konnte, etwa wenn Sachen infolge einer Plünderung abhandengekommen und deren Verbleib nicht mehr aufzuklären war. Um den Anspruchstellern zu helfen, sprach der Senat Entschädigungsansprüche zu, wenn die Geltendmachung der eigentlich vorrangigen Ansprüche nach dem REG rein praktisch stark erschwert war, weil weder die Person des Pflichtigen noch der Verbleib der Sache festzustellen war oder der Besitzer weder auf Herausgabe noch auf Schadensersatz nach diesen Gesetzen belangt werden konnte.[436] Diese Erleichterung für die Anspruchsteller schränkte das Gericht zwei Jahre später allerdings wieder etwas ein: Eine Ausnahme vom Vorrang der Rückerstattungsansprüche könne nicht bereits bei mangelnder Realisierbarkeit des Anspruchs ge-

---

Fall ging es um Tschechien unter der Besatzung des Deutschen Reiches) gültiges Recht waren; s. a. OLG Hamburg VersR 1952, 112, das die elfte Durchführungsverordnung zum Reichsbürgergesetz für wirksam angesehen hat.

432 BGH v. 11.2.1953 – II ZR 51/52 (BGHZ 9, 34, 45).

433 Gemeint ist damit der Ausschluss von Ansprüchen nach anderen Gesetzen als dem REG und dem BEG.

434 BGH v. 28.2.1955 – GSZ 4/54 (BGHZ 16, 350).

435 Die Subsidiarität wird betont in: BGH v. 6.6.1956 – IV ZR 74/56 (*RzW* (1956), S. 265).

436 BGH v. 6.6.1956 – IV ZR 74/56 (*RzW* (1956), S. 265).

macht werden; ein Entziehungsvorgang hindere nur dann nicht den Entschädigungsanspruch, wenn die Person des Erwerbers von vorneherein unbekannt war,[437] womit eine nicht ganz unerhebliche Hürde errichtet wurde. So war es beispielsweise im Fall eines jüdischen Rechtsanwalts, der seine Kanzlei aus Verfolgungsgründen hatte aufgeben müssen und gezwungen worden war, seine Honorarforderungen in Höhe von 100.000 RM auf 10.000 RM zu reduzieren, unter anderem, weil einer der Schuldner ihm drohte, er werde in ein Konzentrationslager eingewiesen. Wegen des Forderungsausfalls machte er nunmehr Ansprüche wegen eines Vermögensschadens (nach § 56 BEG) geltend, denn die Voraussetzungen waren eigentlich gegeben. Gleichwohl lehnte der BGH seine Ansprüche ab, weil das REG Vorrang genieße, denn entscheidend sei die Rechtsnatur der Ansprüche, nicht ihre Durchsetzbarkeit.[438] Und hier gehe es um die Erstattung von Forderungen, die dem REG vorbehalten sei. Dem Anwalt blieb nichts anderes übrig, als sich an die früheren Mandanten zu halten, obwohl es unsicher war, wie viele von diesen noch ausfindig zu machen waren.

1.3.2 Die Verfolgung aus politischen Gründen (§ 1 Abs. 1 Alt. 1 BEG)

Der Zeitpunkt der Verfolgung

Obwohl die entschädigungsrelevante Zeit eigentlich erst mit der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten, also am 30. Januar 1933 begann, erkannte der BGH recht großzügig bereits eine Entschädigung für einen Juden an, der im Oktober 1932 antisemitisch verfolgt worden war und keinen Schutz durch staatliche Behörden erlangen konnte.[439] Grundsätzlich setzte eine Entschädigung eine konkrete Verfolgung voraus, woran es fehlte, wenn Juden oder Sinti vorausschauend ausgewandert waren, um einer drohenden Verfolgung zu entgehen. Das Entschädigungsrecht verlangte eigentlich unmittelbare gegenwärtige Verfolgungsmaßnahmen, nicht die bloße Angst vor zukünftigen.[440] Es müssten konkrete Maßnahmen getroffen worden sein beziehungsweise unmittelbar bevorgestanden haben.[441] Im Einzelfall kam der Senat aber auch in diesem Punkt den Antragstellern entgegen: Eine in Deutschland oder in Vertreibungsgebieten lebende berufstätige Person konnte hinsichtlich eines beruflichen Schadens auch entschädigungsberechtigt sein, ohne selbst von einer konkreten Verfolgungsmaßnahme getroffen worden zu sein, wenn sie Deutschland nach dem 30. Januar 1933

437 BGH v. 15.1.1958 – IV ZR 268/57 (*RzW* (1958), S. 145). Zum grundsätzlichen Vorrang des REG: BGH v. 25.10.1961 – IV ZR 106/61 (*RzW* (1962), S. 118).

438 BGH v. 8.2.1967– IV ZR 287/65 (*RzW* (1967), S. 262). Mitunter wurde vorgeschlagen, in diesem Fall den § 60 BEG analog anzuwenden, s. Giessler, Wiedergutmachung, S. 14.

439 BGH v. 6.7.1960 – IV ZR 51/60 (*RzW* (1963), S. 449).

440 BGH v. 10.12.1958 – IV ZR 159/58 (*RzW* (1959), S. 134) im Falle einer Sinti-Familie.

441 Anderer Ansicht war der Rechtsanwalt Schüler in seiner Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1959), S. 134 f.

verlassen hatte, weil sie aus ihrer Sicht mit einer bevorstehenden Verfolgung rechnen musste.[442] Dies wurde so entschieden etwa für deutsche Juden, die im Mai 1938 aus Prag in die USA[443] oder im April 1939 aus Kattowitz nach Palästina ausgewandert waren.[444] Demnächst drohende Gewaltmaßnahmen müssten ausreichen.

Die politische Verfolgung

Die Voraussetzungen einer Entschädigung waren nicht in einer Generalklausel geregelt, vielmehr hatte das Gesetz verschiedene Gruppen von Anspruchsberechtigten gebildet. In die erste Kategorie fielen Personen, die „aus Gründen der politischen Gegnerschaft“ [445] beziehungsweise „aus politischen Gründen“[446] verfolgt worden waren. Bei dieser Kategorie verlangte der Senat zur Beurteilung des Verfolgtenstatus zunächst sowohl ein objektives als auch ein subjektives Element. So musste einerseits eine konkrete politische Haltung des Verfolgten festgestellt werden, die auf einer festen inneren Einstellung beruht. Andererseits wurde zusätzlich vorausgesetzt, dass gerade diese Tatsache der Anknüpfungspunkt der Verfolger gewesen, also diesen bekannt war.[447] Entsprechend der zunächst gewählten gesetzlichen Formulierung von der „Gegnerschaft“ scheint dies konsequent. Bei einem Paar, das zunächst zu einer Strafhaft verurteilt und anschließend in ein Konzentrationslager eingeliefert wurde, verlangte der Senat daher, dass auch die Lagereinweisung an die politische Überzeugung der Opfer angeknüpft habe.[448]

Nach der Gesetzesänderung des Jahres 1956 beurteilte der Senat die politische Verfolgung jedoch allein aus der Sicht des Verfolgers und verzichtete weitgehend auf die objektive Prüfung einer politischen Gegnerschaft. Dieses Verständnis legte nicht nur der geänderte Wortlaut des § 1 (Verfolgung „aus politischen Gründen“) nahe, sondern ergab sich auch aus der gesetzlichen Irrtumsregelung, wonach auch entschädigungsberechtigt war, wer irrtümlich einer der vorher genannten Verfolgtengruppen zugerechnet worden war.[449] Der BGH knüpfte konsequenterweise ausschließlich an das Motiv des Verfolgers an. Maßgeblich war, ob der verfolgende nationalsozialistische Staat den Betroffenen für einen (politischen) Gegner hielt, ohne dass dieser es tatsächlich gewesen sein musste;[450] der bloße Verdacht reichte also bereits aus.

---

442 BGH v. 17.1.1962 – IV ZR 188/61 (*RzW* (1962), S. 315).

443 BGH v. 17.1.1962 – IV ZR 188/61 (*RzW* (1962), S. 315).

444 BGH v. 11.12.1963 – IV ZR 71/63 (*RzW* (1964), S. 164): Abgelehnt wurde aber eine Verfolgung bei einer Auswanderung eines Rabbiners aus Polen, der wegen antijüdischer Ausschreitungen im Jahre 1935 geflohen war (BGH v. 21.2.1962 – IV ZR 169/62 (*RzW* (1963), S. 219).

445 So die Formulierung im BErgG von 1953.

446 So die Formulierung im BEG von 1956.

447 Deutlich in BGH v. 22.12.1954 – IV ZR 120/54 (in: *RzW* (1955), S. 85 ist nur der Leitsatz abgedruckt).

448 Das OLG Karlsruhe hatte dies anders und großzügiger gesehen (Urteil vom 17.12.1953, in: BA, B 283/48450, Bl. 5 ff.).

449 So § 1 Abs. 3 Nr. 3 BEG.

450 BGH v. 8.7.1959 – IV ZR 94/59 (*RzW* (1959), S. 500) – ständige Rechtsprechung.

Die Tatsache, dass der Verfolgte sich strafbar gemacht hatte, hinderte nicht generell eine Entschädigung. Umstritten war dies etwa beim Hochverrat, der nach Ansicht einiger Wiedergutmachungsbehörden eine Entschädigung ausschließen sollte. Der BGH hob entsprechende, eine Entschädigung ablehnende Entscheidungen aber mit der richtigen Überlegung auf, dass die Bestrafung wegen Hochverrats damals fast immer politisch motiviert gewesen sei.[451] Die vom BGH entwickelten Grundsätze waren in diesem Bereich verfolgtenfreundlich: Die Verfolgungshandlung setzte kein illegales Handeln der Verfolger voraus, sondern konnte objektiv in der Ausführung eines Gesetzes bestehen. Ein Beispiel sind die Sanktionen bei einem Verstoß gegen das gesetzliche Schächtungsverbot, denn der schon im Gesetz angelegte subjektive Verfolgungswille des NS-Regimes führe in einem solchen Fall zur Begründung der politischen Verfolgung (vgl. § 2 Abs. 2 BEG).[452] Ebenfalls entschädigungsrelevant waren Bestrafungen wegen des Abhörens und Verbreitens ausländischer Rundfunknachrichten.[453]

Überdies konnte auch ein diskriminierendes Unterlassen eine Verfolgungshandlung darstellen, insbesondere wenn darin ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz lag, wie etwa bei der Nichtdurchsetzung der Schulpflicht gegenüber einem „Zigeunerkind".[454] Als Verfolgungsmaßnahmen kamen des Weiteren die Entlassung aus dem Amt,[455] die Nichtberücksichtigung bei öffentlichen Aufträgen oder ähnliches in Betracht. Allerdings waren geringere Nachteile, die an den Nichteintritt in die NSDAP geknüpft waren, etwa eine fehlende Beförderung nicht entschädigungsrelevant,[456] ebenso wenig die Aufhebung der Unabkömmlichkeitsstellung.[457] Der Verfolgte musste seinerseits nicht aktiv geworden sein, auch passives Verhalten konnte die Annahme einer „politischen Gegnerschaft" begründen. Entschieden wurde dies beispielsweise für die Weigerung, eine Hakenkreuzfahne zu hissen oder ein judenfeindliches Schild anzubringen, für die Weigerung einer Zahlung von Beiträgen zum Winterhilfswerk[458] oder der Eintragung in die „Deutsche Volksliste".[459] In allen diesen Fällen knüpfte die Verfolgung an ein Unterlassen an, das von den Machthabern als ein politisches Signal verstanden wurde.

Einschränkungen beim Verfolgtenbegriff

Während alle diese Entscheidungen grundsätzlich entschädigungsfreundlich waren, machte der BGH auf der anderen Seite auch einige Einschränkungen: Geistig Behin-

451 Zum Beispiel: BGH v. 6.4.1955 – IV ZR 264/54 (*RzW* (1955), S. 216).
452 BGH v. 27.4.1960 – IV ZR 305/59 (*RzW* (1960), S. 373).
453 BGH v. 13.5.1959 – IV ZR 314/58 (*RzW* (1959), S. 386).
454 BGH v. 14.2.1962 – IV ZR 238/61 (*RzW* (1962), S. 353).
455 BGH v. 8.7.1959 – IV 94/59 (*RzW* (1959), S. 500).
456 BGH v. 19.1.1963 – IV 118/ 63 (*RzW* (1964), S. 166).
457 BGH v. 22.12.1961 – IV 150/61 (*RzW* (1962), S. 256).
458 BGH v. 26.6.1959 – IV ZR 56/59 (*RzW* (1959), S. 498).
459 BGH v. 22.12.1959 – IV ZR 202/59 (*RzW* (1960), S. 163).

derte („Geisteskranke“ beziehungsweise „Psychopathen“) wurden nicht als Gegner des politischen Regimes angesehen, selbst wenn sie „wegen staatsgefährdender Äußerungen“ in eine Heil- und Pflegeanstalt eingewiesen worden waren.[460] Eine Person, die nicht dazu fähig sei, das nationalsozialistische System oder einzelne dafür charakteristische Züge zu beurteilen, stehe nicht in einer echten, auf Verstandeskräften beruhenden Gegnerschaft zum Nationalsozialismus.[461] Ob der nationalsozialistische Staat diesen Personenkreis tatsächlich nicht als ernst zu nehmenden Gegner angesehen hat, sei dahingestellt. Jedenfalls ist die Formulierung von der „Gegnerschaft“, die als ernste Bedrohung anzusehen ist, insoweit schief, weil das Kriterium sich ja, wie oben dargestellt, 1956 geändert hatte und es nunmehr auf den Willen der Verfolger ankam, welcher auch bei diesem Personenkreis trotzdem vorhanden sein konnte.[462] Der Senat führt in den Gründen selbst aus, es habe sich bei der Verbringung in eine Anstalt um eine Maßnahme der Machterhaltung gehandelt, was aber nicht gegen, sondern für eine politische Verfolgung spricht. Immerhin sollte selbst eine im Rausch begangene, sich gegen das Regime richtende Straftat Ausdruck echter politischer Gegnerschaft darstellen können, sofern die Verfolger dies so verstanden haben.[463] Diese Differenzierung zwischen Geisteskranken und Betrunkenen beruhte letztlich darauf, dass die eine Gruppe nicht ernst genommen wurde, die andere schon. Die ergriffenen Maßnahmen der damaligen Machthaber zeigen aber, dass diese Unterscheidung wenig Sinn ergibt, allenfalls wenn man – wie der Senat – mittelbar das Verhalten des Verfolgten als ernsthaft oder nicht bewertet.

Eine solche wertende Differenzierung wird noch deutlicher in Entscheidungen zu Widerstandshandlungen. Hinsichtlich des Kreises der „politischen Gegner“ des nationalsozialistischen Regimes sollte eigentlich ein weites Verständnis maßgeblich sein.[464] Gleichwohl musste aber, so die Senats-Rechtsprechung, die vom Verfolger vermutete (oder unterstellte) Einstellung des Betroffenen auch vom Standpunkt des BGH aus als echte politische Gegnerschaft bewertet werden können. Daher wurde eine Entschädigung abgelehnt, wenn die verfolgte Person im Wesentlichen dieselben ideellen Ziele wie der Nationalsozialismus anstrebte und nur deshalb bekämpft wurde, weil sie ihre Vorstellungen gegen die NSDAP durchzusetzen versuchte.[465] Das war konkret der Fall bei dem Leiter der „Schwarzen Front“, einer mit den Nationalsozialisten zunächst sympathisierenden, dann aber konkurrierenden rechtsnationalen Bewegung. Bei dieser bestehe keine deutlich abgrenzbare Gegnerschaft zur Ideologie des Nationalsozialismus, ein Kriterium, das nicht im Gesetz stand und auf das es ja auch nach der Linie

460 BGH v. 6.7.1960 – IV ZR 39/60 (*RzW* (1960), S. 494).
461 BGH v. 6.7.1960 – IV ZR 39/60 (*RzW* (1960), S. 494).
462 Die Vorinstanz hatte den Anspruch zugesprochen (OLG Bremen v. 23.9.1959 – UE 34/59, in: BA, B 283/50236, Bl. 4 ff.).
463 BGH v. 18.12.1959 – IV ZR 205/59 (*RzW* (1960), S. 161).
464 BGH v. 15.6.1960 – IV ZR 319/59 (*RzW* (1960), S. 451).
465 BGH v. 9.3.1960 – IV ZR 166/59 (*RzW* (1960), S. 371 m. w. N.).

des BGH grundsätzlich nicht ankommen sollte. Letztlich wurde insoweit doch eine politische Bewertung der Widerstandshandlung vorgenommen.[466] Ähnlich war es bei einem Anhänger Ludendorffs, der dem sogenannten Tannenbergbund nahestand und der 1933 in ein Konzentrationslager verbracht worden war.[467] Auch hier sei ein Vergleich der Ziele mit denen des Nationalsozialismus vorzunehmen, um festzustellen, ob diese sich entscheidend unterschieden.[468]

Viele Menschen werden gefühlsmäßig die Wertungen des Senats bei diesen rechtsextremen Personen nachvollziehen können, gleichwohl bleibt eine derartige subjektive Unterteilung in genehme und nicht genehme Verfolgte als Kriterium problematisch, denn bei einer Anknüpfung an die Gesinnung sind nur schwer Grenzen zu ziehen. Genau darin lag auch ein grundsätzliches Problem der Senatsrechtsprechung, wie weitere Beispiele zeigen: Eine politische Opposition gegenüber dem Nationalsozialismus sei nicht gegeben, wenn der Verfolgte nach seinem Verhalten als eine hemmungslose Persönlichkeit erscheine, die sich mit der Rechtsordnung ständig in Widerspruch setze – nicht nur aus politischen Gründen.[469] In den Urteilsentwurf wurde noch nachträglich vom Vorsitzenden – vielleicht um Kritik vorzubeugen? – eingefügt, dass es nicht um eine Überprüfung der gesamten Lebensführung ging.[470] Der Senat versuchte offensichtlich dem Einwand zu begegnen, er würde eine eigene Wertung der (politischen) Überzeugungsbildung vornehmen. Aber genau das erfolgte, wenn konkret eine feste innere Einstellung geprüft wurde. Und in diese Richtung gehen noch weitere Entscheidungen. 1959 verwies der Senat in einer Sache zurück, in der es um eine Bestrafung wegen Wehrkraftzersetzung ging; das Berufungsgericht habe zu prüfen, welche Motive bei der Tat, die im alkoholisierten Zustand begangen worden war, eine Rolle gespielt hatten.[471] Nur wenn der Kläger gehandelt habe, um der NS-Herrschaft Abbruch zu tun oder ihre schlimmen Folgen abzuwenden, könne ein Entschädigungsanspruch bestehen,[472] wieder ein Hinweis auf die eventuell fehlende Entschädigungswürdigkeit des Verhaltens des Antragstellers.

Und diese Tendenz zur Bewertung der Handlungen Verfolgter setzt sich fort in einer weiteren Einschränkung bei Widerstandshandlungen: Die Verfolgung einer Einzelperson durch den NS-Staat wegen der Weigerung, an Kriegshandlungen teilzunehmen, sei nicht entschädigungsrelevant. In einer sehr engen Auslegung wurde im Jahr 1961 einem Mann die Entschädigung abgesprochen, der wegen Kriegsdienstverweige-

466 BGH v. 11.5.1960 – IV ZR 288/59 (*RzW* (1960), S. 449): Auch hier waren Ansprüche von Mitgliedern der Schwarzen Front Gegenstand der Revision.

467 BGH v. 3.2.1960 – IV ZR 191/60. Es sei Tatfrage, ob er wirklich kein Antisemit und Gegner der Nationalsozialisten gewesen sei (BA, B 283/50386, Bl. 64).

468 BGH v. 12.4.1961 – IV ZR 191/60 (*RzW* (1961), S. 410). Der BGH verwies zurück zwecks weiterer Aufklärung dieser Frage.

469 BGH v. 6.6.1956 – IV ZR 26/56.

470 BA, B 283/49005.

471 BGH v. 16.12.1959 – IV ZR 205/59.

472 BGH v. 16.12.1959 – IV ZR 205/59, Bl. 7 des Urteils (BA, B 283/50083, Bl 44).

rung zu mehrjährigen Haftstrafen verurteilt worden war und sich danach unter anderem einem Befehl widersetzt hatte, Minen zu legen.[473] Nach Auffassung des Senats sei der Widerstand gegen das NS-Regime nur dann durch das Widerstandsrecht gerechtfertigt, wenn es Teil eines Gesamtverhaltens war, das eine gewisse Dauer und Nachdrücklichkeit erkennen ließ, auf einer einigermaßen sinnvollen Planung beruhte und gewisse Erfolgsaussichten hatte.[474]

> Ein gegen eine bestehende Unrechtsherrschaft geleisteter Widerstand kann nur dann als rechtmäßig und demgemäß eine diesen Widerstand ahndende staatliche Maßnahme nur dann als Unrecht im Rechtssinne angesehen werden, wenn die Widerstandshandlung nach ihren Beweggründen, Zielsetzungen und Erfolgsaussichten als ein ernsthafter und sinnvoller Versuch gewertet werden kann, den bestehenden Unrechtszustand zu beseitigen und in Bezug auf dessen Übel eine allgemeine Wende zum Besseren herbeizuführen.[475]

Da die vorliegend zu beurteilende Handlung diese Voraussetzungen nicht erfülle („der Kräfteausfall für die deutsche Wehrmacht war verschwindend gering"),[476] sei sie nicht rechtmäßig und löse keine Entschädigungsansprüche aus. Durch diese Voraussetzungen führte das Gericht eine Begrenzung der Entschädigung unter Anknüpfung an die Grundgedanken des Notwehr-/Notstandsrechts ein. Mit dieser doch erheblichen Einschränkung des Widerstandsrechts sah sich der Senat in Übereinstimmung mit den Vorstellungen Hermann Weinkauffs, der kurz zuvor einen Aufsatz zum Widerstandsrecht publiziert hatte,[477] auf den sich das Urteil ausdrücklich bezog.[478] Es soll hier nicht entschieden werden, ob der Senat seinen Präsidenten missverstanden hat oder nicht,[479] die (vermeintliche) Übernahme der Auffassung Weinkauffs durch die Richter des IV. Senats für die Entschädigungsfrage ist gleichwohl einigermaßen erstaunlich, findet sie doch im Gesetz keine Stütze.[480] Selbst wenn die Handlungen durch eine Gegnerschaft zum Nationalsozialismus motiviert waren, seien sie, so der Senat, nicht entschädigungsrelevant, weil sie kein geeignetes Widerstandsmittel gewesen seien.

---

473 BGH v. 14.7.1961 – IV ZR 71/61 (*NJW* (1962), S. 195 f. = *RzW* (1962), S. 68). Beteiligt waren Walther Ascher, August Raske, Kurt Wüstenberg, Kurt Johannsen, Georg Graf.

474 Eine ähnliche Formulierung findet sich bereits in der Entscheidung: BGH v. 29.6.1957 – IV ZR 116.

475 So der Leitsatz in BGH v. 14.7.1961 – IV ZR 71/61 (*NJW* (1962), S. 195).

476 BA, B 283/50573, S. 8 des Urteils.

477 Weinkauff, Über das Widerstandsrecht, S. 19 f.

478 Das Urteil zitiert die Schrift Weinkauffs von 1956 (BGH, v. 14.7.1961 – IV ZR 71/61, *RzW* (1962), S. 70).

479 Herbe hat herausgearbeitet, dass Weinkauffs Widerstandsrecht nicht so begrenzt war wie von seinen Kritikern behauptet und keine Beschränkung auf Eliten enthalten habe, s. Herbe, Weinkauff, S. 168; Arndt, Umwelt, in: *NJW* (1962), S. 430.

480 Die Vorinstanz, das OLG Bremen, hatte einen Anspruch zugesprochen (30.11.1960 – UE 18/60, BA, B 283/50573, Bl. 27 ff.); da der Mann ja niemand anderen gefährdet habe, sei eine Abwägung wegen der Verletzung anderer Rechtsgüter nicht vorzunehmen.

Das in der *Neuen Juristischen Wochenschrift* veröffentlichte Urteil von 1961 ist stark kritisiert worden,[481] unter anderem von Fritz Bauer, der meinte, der BGH habe im Anschluss an Weinkauff ein reines Widerstandsrecht für Eliten entwickelt und den Widerstand einfacher Leute völlig entwertet.[482] Dies mag etwas überspitzt formuliert sein, aber wenn nur eine Widerstandshandlung mit Erfolgsaussicht entschädigungswürdig sein soll, hätten in der Konsequenz tatsächlich viele Frauen und Männer des Widerstandes, deren Widerstandshandlungen auf einer inneren Haltung beruhten, aber keine Chancen auf Beseitigung des Regimes hatten, keinerlei Anspruch auf Entschädigung gehabt.[483] Die Auffassung des Senats scheint auf dem Gedanken zu beruhen, eine Entschädigung solle nicht für völlig unsinnige und aussichtslose Taten geleistet werden, was aber im hiesigen Kontext unerheblich sein sollte. Erneut wird eine im Ergebnis außerrechtlich inspirierte Beurteilung gefällt, die sich so dem Gesetzestext nicht entnehmen lässt, welcher schlicht von politischer Verfolgung spricht.[484] Was die Richter konkret bewegt haben mag, zeigt ein Gedanke aus dem Urteil, in dem sie äußern, bei einer Zuerkennung der Entschädigung

> würde (der Wehrdienstverweigerer – der Verfasser) unberechtigterweise vor jenen bevorzugt, die es möglicherweise bei ebenfalls eindeutiger Ablehnung der NS-Gewaltherrschaft auf Grund ebenso gewissenhafter Abwägung aller Umstände als ihre Pflicht angesehen haben, sich dem Wehrdienst, wie er von der staatlichen Gewalt von ihnen gefordert wurde, nicht zu entziehen, und für die dieser Entschluß ebenfalls schwere Opfer und Gefahren mit sich brachte.[485]

In dem Zitat kommt eine wohl damals verbreitete Wertung zum Ausdruck, nach der eine Wehrdienstverweigerung etwas Anstößiges ist, weil der den Wehrdienst Verweigernde letztlich sowohl die für ihn kämpfenden Soldaten als auch das Heimatland im Stich lässt, eine Haltung, die in der damaligen älteren Richtergeneration, von denen viele selbst als Offiziere am Krieg teilgenommen hatten oder in der Wehrmachtjustiz tätig gewesen waren, wohl noch sehr präsent gewesen sein dürfte. Der missglückte Vergleich zwischen dem bevorzugten Wehrdienstverweigerer und dem Soldaten übersieht, dass es in der konkreten Frage um die Entschädigung für eine politische Verfol-

481 Zum Beispiel in: *DIE WELT*, 28.11.1961; *FR*, 28.11.1961.

482 Bauer, Das Widerstandsrecht, S. 78 ff., mit dem Hinweis, dass Weinkauff im Jahre 1952 einem Diskussionskreis (von Offizieren, Theologen und Juristen) angehört habe, die ein Widerstandsrecht nur Menschen zuerkennen wollten, die über einen gewissen Weitblick verfügen.

483 Die Handlungen wurden durch diese Rechtsprechung überdies dem Verdikt der Rechtswidrigkeit ausgesetzt. Vgl. Rüthers, Verräter, S. 114: Der so genannte Bekenntniswiderstand würde völlig entwertet und führt „zur Konsequenz, den Mut und die Zivilcourage gegenüber dem verbrecherischen Regime noch nachträglich zu ächten."

484 Ob eine solche Einschränkung, wenn sie im Gesetz stünde, verfassungskonform wäre, könnte man zumindest infrage stellen.

485 S. 10 des Original-Urteils (BA, B 283/50573, Bl. 69).

gung geht, die dem Soldaten gerade nicht gedroht hat,[486] wobei die Abstrusität des (Vergleichs-)Gedankens auch gerade darin liegt, dass die „bevorzugte" Person in solchen Fällen nicht selten hingerichtet wurde.

Mitte der 1960er Jahre besann sich der Senat – vielleicht aufgrund der starken Kritik an seiner Auffassung – eines Besseren, ohne sich hierbei allerdings ausdrücklich von seiner vorherigen Rechtsprechung zu distanzieren.[487] Wenn ein Deutscher in der französischen Armee Wehrdienst geleistet hatte und dafür von den Nationalsozialisten bestraft worden ist, sei dies als politische Verfolgung entschädigungsrelevant.[488] Das Senatsmitglied Kurt Wüstenberg meinte rückschauend, dass bessere Einsicht den Senat nunmehr zur Änderung seiner Rechtsprechung in diesem Punkt bewegt habe.[489] Letztlich setzte sich jedenfalls in diesem Punkt wieder eine entschädigungsfreundlichere Sichtweise durch.[490]

Grundsätzlich lässt sich diese „Widerstandrechtsprechung" aber in die geschilderte Tendenz einordnen, eigene moralische Erwägungen zum Maßstab für eine Entschädigung zu erheben. Und dieser Hang zeigt sich in weiteren Konstellationen, wie etwa bei der Bewertung von Widerstandshandlungen, die nicht nur gegen den Staat gerichtet waren, sondern auch noch andere Rechtsgüter, vor allem von Privatpersonen in Mitleidenschaft gezogen hatten. So wurde die Verhängung der Todesstrafe wegen der Begünstigung von Partisanen nicht als politische Verfolgung eingeordnet, wenn diese Partisanen ihrerseits schwere Straftaten begangen hatten. Der Senat verlangte, dass die Widerstandshandlung, auch was die Verletzung unbeteiligter Dritter angeht, verhältnismäßig gewesen sein müsste,[491] was damals verbreiteter Meinung entsprach. Allerdings führe nicht zwangsläufig jede Beeinträchtigung Dritter zu einem Verlust der Entschädigung, denn bei der notwendigen Abwägung sei stets zu berücksichtigen, dass der nationalsozialistische Staat seine Gegner brutal bekämpfte, so dass auch der Gegenseite gewisse Straftaten nachgesehen werden müssten, etwa einem KPD-Mitglied der Überfall auf SA-Leute.[492]

---

486 Soweit seine Einberufung eine politische Verfolgung darstellt, ist er natürlich auch entschädigungsberechtigt.

487 BGH v. 9.3.1966 – IV ZR 49/65 (*RzW* (1966), S. 410).

488 Der Eintritt in die Armee eines mit Deutschland kriegführenden Staates (Frankreich) sei eine relevante Widerstandshandlung, die im Falle der Kriegsgefangenschaft (und Verurteilung wegen verbotener Waffenhilfe) Entschädigungsansprüche wegen Berufsschadens begründen könne (BGH v. 13.1.1965 – IV ZR 56/64 (*RzW* (1965), S. 262)).

489 Wüstenberg, Die Rechtsprechung, S. 149.

490 BGH v. 31.1.1968 – IV ZR 276/66 (*RzW* (1968), S. 304).

491 BGH v. 21.11.1958 – IV ZR 105, 58 (*RzW* (1959), S. 280). Als Mitverschulden wurde das Begehen einer strafbaren Handlung zur Bekämpfung des NS und die damit folgende Freiheitsstrafe gewertet (BGH v. 7.11.1962 – IV ZR 65/62 (*RzW* (1963), S. 218)).

492 BGH v. 7.11.1962 – IV ZR 65/62 (*RzW* (1963), S. 218) in Übereinstimmung mit dem OLG Schleswig v. 8.3.1961 – 4 UE 92/60 (BA, B 283/50852, Bl. 7 ff.).

Die politische Motivation der Verfolger

Schwierig gestaltete sich für die Richter in einer Vielzahl von Fällen die Suche nach dem Motiv der Verfolger. Die politischen Gründe mussten für die Handlung der Verfolger „wesentlich mitursächlich" gewesen sein – sie brauchten zwar nicht das alleinige Motiv der Verfolgungshandlung gewesen sein, mussten aber im konkreten Fall (und nicht bloß abstrakt) bestanden haben.[493] Das hatte zur Folge, dass es keine Entschädigung für einen jüdischen Kriegsgefangenen gab,[494] der auf Seiten der Engländer gekämpft hatte und bei dem die Nationalsozialisten nicht gemerkt hatten, dass er Jude war.[495] Es fehle hier am politischen Motiv der Verfolger.[496] Die Revisionsbegründung hatte auf die anderen Auswirkungen der Gefangenschaft bei jüdischen Kriegsgefangenen hingewiesen und bemängelt,[497] dass nicht berücksichtigt wurde, dass der Mann nur durch Glück einer Aussortierung jüdischer Kriegsgefangener entgehen konnte. Denn der nationalsozialistischen Ideologie entsprechend wurden jüdische Gefangene anders behandelt als andere Kriegsgefangene. Für den Verfolgten bedeutete dies, dass er sich besonders vorsehen musste, um nicht entdeckt zu werden, was nicht nur psychisch enormen Stress verursacht haben dürfte, sondern wohl objektiv eine große Gefahr bedeutete. Der Senat hätte sich fragen können, warum es für eine Entschädigung nicht reicht, wenn das Handeln der Verfolger von dem politischen Verfolgungsmotiv „mitbestimmt" war? Die Unbestimmtheit dessen, was „Wesentlichkeit" in diesem Zusammenhang bedeutet, wurde zu Recht kritisiert und das Merkmal später vom Senat wieder aufgegeben.[498]

Ein gewichtiges Abgrenzungskriterium bildete für den Senat die Frage, wo gerechtfertigtes Sicherheitsdenken des Staates aufhört und die politische Verfolgung beginnt. Die Bestrafung des Umgangs mit Kriegsgefangenen und Zivilarbeitern wurde nicht als Verfolgungshandlung anerkannt,[499] denn bestraft werde hier ein gegen Sicherheitsgesetze verstoßendes Verhalten: Eine Frau, die eine Beziehung zu einem russischen Gefangenen unterhalten hatte und dafür zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt worden war, habe nicht in Bekämpfung der NS-Gewaltherrschaft gehandelt, da sie ja nicht aktiv gegen ein Unrecht vorgegangen sei.[500] Allein die Tatsache, dass die Frau

493 Ständige Rspr des BGH etwa: BGH v. 5.12.1956 – IV ZR 201/56 (*RzW* (1957), S. 51); BGH v. 18.2.1963 – IV ZR 108/63 (*RzW* (1964), S. 209, 210); BGH v. 24.3.1965 – IV ZR 72/64 (*RzW* (1965), S. 309).

494 Es handelte sich um einen Mainzer Juden, der nach Palästina ausgewandert war und sich von dort freiwillig beim britischen Militär beworben hatte.

495 BGH v. 26.2.1960 – IV ZR 255/59 (*RzW* (1960), S. 262).

496 Außerdem stehe einem in deutsche Kriegsgefangenschaft geratenen Soldaten keine Entschädigung wegen des erlittenen Freiheitsschadens zu, da er keine ihm zur Last gelegte Handlung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 2 BEG begangen und auch nichts verborgen gehalten habe (BGH v. 26.2.1960 – IV ZR 255/59 (*RzW* (1960), S. 262)).

497 BA, B 283/50130, Bl. 1 ff., Schriftsatz Rechtsanwalt Gloede, Berlin, v. 24.7.1959.

498 Erst im Jahr 1975 hat der BGH seine Auffassung von der „wesentlichen Mitursächlichkeit" aufgegeben (BGH v. 15.5.1975 – IX ZR 186/72 (*RzW* (1975), S. 264)).

499 BGH v. 12.2.1958 – IV ZR 272/57 (*RzW* (1958), S. 182) im Fall eines Zivilarbeiters.

500 BGH v. 5.4.1957 – IV ZR 17/57 (*RzW* (1957), S. 228).

menschenunwürdiges Verhalten gemildert habe, genüge nicht. Im Übrigen könne ein Verstoß gegen die Menschenwürde nicht festgestellt werden, da auch andere Staaten den Kontakt mit Kriegsgefangenen unter Strafe gestellt hätten.[501] Es sei unerheblich, dass hier Kriegsgefangene der „Ostvölker" betroffen waren, weil auch der Verkehr mit Kriegsgefangenen aus dem Westen bestraft worden sei. Das hatte das Oberlandesgericht Hamm noch anders gesehen und vor allem aufgrund der unverhältnismäßig hohen Strafe den Anspruch zugesprochen.[502] Da die Strafe auch nach Auffassung des BGH „außerordentlich hart" war,[503] hätte dies zumindest als ein Indiz für ein politisches Motiv der Bestrafung durch das nationalsozialistische Regime gewertet werden können.[504]

Das die Entschädigungshaftung begründende Verschulden wurde bereits in dem Ergreifen der Verfolgungsmaßnahme gesehen und musste nicht mehr separat festgestellt werden.[505] Fraglich war, ob auch hinsichtlich der einzelnen Schäden ein Verschulden vorausgesetzt war oder ob insoweit Kausalität genügte.[506] Hier tat sich der Senat ebenfalls schwer:[507] In einem Fall ging es um Juden, die – von der Gestapo verfolgt – in der Slowakei ein Auswandererschiff bestiegen hatten,[508] auf dem sie unter Bedingungen gelebt hatten, „die wahrscheinlich noch grauenhafter waren als die Flüchtlingstransporte nach dem Zweiten Weltkrieg."[509] Für eine Entschädigung wegen einer Freiheitsbeeinträchtigung verlangte der Senat aber den Nachweis, dass die Gestapo genau dieses Schicksal gewollt hatte, nur dann wäre diese Fahrt eine dem Staat zurechenbare Freiheitsentziehung gewesen. Insoweit wurde also ein Vorsatz hinsichtlich des konkreten Schadens verlangt und nicht gefragt, ob diese Reaktion eine adäquate Folge der (selbstverständlich vorsätzlich begangenen) Verfolgungsmaßnahme der Gestapo gewesen ist.[510] Dass die Flüchtlinge ohne den Schiffstransport – von der

501 BGH v. 5.4.1957 – IV ZR 17/57 (*RzW* (1957), S. 228, entgegen der Vorinstanz, die einen Einsatz für die Menschenwürde hat sehen wollen (BA, B 283/49254).

502 OLG Hamm v. 22.10.1956 – 16/56 (BA, B 283/49254, Bl. 6 ff.).

503 BGH v. 5.4.1957 – IV ZR 17/57 (*RzW* (1957), S. 228; BA, B 283/49254).

504 Ganz ähnlich war der Fall einer Frau, die mit einem polnischen Zwangsarbeiter Geschlechtsverkehr gehabt hatte und dafür in ein Konzentrationslager eingewiesen worden war (OLG Hamm v. 28.11.1956, in: *NJW* (1957), S. 148). Martin Broszat ist der Auffassung, dass in diesen Fällen bei den Bestrafungen rassisch-nationale Motive maßgeblich gewesen seien, s. Broszat, Verbot, S. 387 ff.

505 BGH v. 21.10.1964 – IV ZR 334/63 (*RzW* (1965), S. 68, 70). Ein Verschulden hinsichtlich des Schadens (Besteigen eines Fluchtschiffs unter menschenunwürdigen Bedingungen) ist nicht zu fordern.

506 Zur ungenügenden Systematik des Gesetzes: Küster, Umschau, in: *RzW* (1957), S. 215.

507 BGH v. 24.4.1957 – IV ZR 65/57 (*RzW* (1957), S. 234).

508 Das Schiff fuhr über die Donau, das Schwarze Meer, die Ägäis, um danach Palästina zu erreichen, was aber misslang, da es zu einem Schiffbruch kam und die von einem italienischen Schiff Geretteten dann auf Rhodos interniert wurden.

509 BGH v. 24.4.1957 – IV ZR 65/57 (*RzW* (1957), S. 234, 235).

510 BA, B 283/49302, Bl. 1, 5, Schriftsatz vom 13.2.1957. In dem Verfahren hatte der Berliner Rechtsanwalt Hardigen argumentiert, dass ein entsprechender Wille der Verfolger bei Beginn „einer Fahrt ins Ungewisse" ausreiche und nicht für die gesamte Zeit der Verfolgung bestehen müsse.

Gestapo gewollt! – vermutlich ein viel schlimmeres Schicksal erwartet hätte, wurde jedenfalls nicht thematisiert.

1.3.3 Verfolgung aus Gründen der Rasse, der Religion oder der Weltanschauung

Jüdische Verfolgte

Auch bei dieser Kategorie zeigt sich eine auffällige Ambivalenz der Senatsrechtsprechung zwischen verschiedenen Fallgruppen. „Großzügig" war die Rechtsprechung hinsichtlich der jüdischen Verfolgten (und jüdischen „Mischlinge ersten Grades"), die zur Gruppe der sogenannten „Kollektivverfolgten" gehörten, also zu den Personen, die in ihrer Gesamtheit vom kulturellen oder wirtschaftlichen Leben ausgeschaltet werden sollten.[511] Die Verfolgungsvermutung für solche Gruppenverfolgte[512] bestand für die Zeit vom 30. Januar 1933 bis zum 8. Mai 1945 und für das Gebiet des Deutschen Reiches und die angegliederten Gebiete einschließlich des polnischen Generalgouvernements und des Protektorats Böhmen und Mähren.[513] Im Einzelfall konnte diese Vermutung zwar widerlegt werden,[514] doch urteilte der Senat hier durchaus entschädigungsfreundlich. Ein mittelbarer Bezug des rassistischen Motivs solle genügen: Eine Bestrafung wegen „Rassenschande" erkannte der Senat – entgegen ablehnender Entscheidungen unterer Instanzen – als Verfolgung aus Gründen der Rasse an und nahm dies auch für den „arischen" Teil an.[515] Wurde ein Nichtjude wegen einer persönlichen oder geschäftlichen Beziehung zu Juden bedroht, so dass er sich zur Auswanderung gezwungen sah, wurde dies ebenfalls als Verfolgung aus Gründen der Rasse bewertet.[516] Das Gleiche konnte gelten für Maßnahmen gegen Personen, die Juden Fluchthilfe leisteten.[517] Wenn die Hilfeleistung auf eigennützigem Gewinnstreben beruhte, sei allerdings zu differenzieren: Allein, dass sich der nichtjüdische Verfolgte für seine Hilfe entlohnen ließ, hindere eine Entschädigung nicht, wohl aber, wenn die Bestrafung durch das nationalsozialistische Regime wegen des Gewinnstrebens erfolgte, wobei sich allerdings beides nur schwer trennen lässt. Wer aus eigennützigen Motiven Juden Visa besorgt hatte und diese dabei ausbeutete, sei nicht politisch verfolgt, wenn er dafür ins Konzentrationslager kam.[518]

---

511 BGH v. 30.9.1960 – IV ZR 66/60 (*RzW* (1961), S. 30).
512 §§ 51 Abs. 4, 56 Abs. 4, 63 und 64 Abs. 2 BEG.
513 BGH v. 3.11.1961 – IV ZR 122/61 (*RzW* (1962), S. 168).
514 BGH v. 27.5.1959 – IV ZR 244/58 (*RzW* (1959), S. 506).
515 BGH v. 19.9.1956 – IV 140/56 (*RzW* (1957), S. 19). Die entschädigungsfeindlichen Auffassungen der Vorinstanzen bei: Bertheau, Politisch unwürdig, S. 134 ff.
516 BGH v. 27.11.1964 – IV 17/64 (*RzW* (1965), S. 164).
517 BGH v. 22.4.1960 – IV ZR 197/59 (*RzW* (1960), S. 376).
518 BGH v. 13.4.1960 – IV 179/59, Bericht Ascher.

Sinti und Roma

Die grundsätzlich großzügige Haltung gegenüber verfolgten Juden und ihnen nahestehenden Personen steht allerdings in krassem Gegensatz zu der Rechtsprechung des Senats in Sachen der Sinti und Roma. Als skandalös müssen die Urteile aus den 1950er Jahren bezeichnet werden, mit denen eine „Kollektivverfolgung" der „Zigeuner" für die Zeit vor dem 1. März 1943 (der Durchführung des „Ausschwitzerlasses")[519] abgelehnt wurde.[520] Dies begründete der IV. Senat damit, dass die vorherigen Maßnahmen gegen die Sinti und Roma, insbesondere auch die Mai-Deportationen im Jahre 1940 nicht an der Rasse angeknüpft, sondern auf militärischen und sicherheitspolitischen Erwägungen beruht hätten. In zwei Entscheidungen vom 7. Januar 1956 wurde ausgeführt, dieser Personengruppe sei „wie primitiven Urmenschen ein ungehemmter Okkupationstrieb eigen".[521] Mit dieser diffamierenden Äußerung sollte bestritten werden, dass, wie die Entscheidungen der Vorinstanzen gemeint hatten, Anknüpfungspunkt der Verfolgung die „Rasse" war.[522]

Wie bereits der frühere BGH-Richter Detlev Fischer im Rahmen eines Symposiums, mit dem sich der Bundesgerichtshof bei den Betroffenen entschuldigt hat,[523] herausgearbeitet hatte,[524] verkennen (und relativieren) die Urteile des Senats die nationalsozialistischen Maßnahmen, etwa den Erlass Himmlers vom 8. Dezember 1938,[525] dem bereits die Intention der Verfolgung von Sinti und Roma aufgrund der Rasse entnommen werden kann.

Dass die beiden genannten Entscheidungen aus dem Jahr 1956 keine „Ausrutscher" waren, beweisen weitere Urteile des Senats Ende der 1950er Jahre,[526] nachdem mehrere Oberlandesgerichte zum Teil ausführlich die gegenteilige Auffassung begründet hatten,[527] unter anderem auch der Frankfurter Entschädigungssenat mit seinem Vorsitzenden Calvelli-Adorno, der sich auch später in der Zeitschrift zum Wiedergut-

519 Erlass Himmlers vom 16.12.1942 (nicht im Original überliefert).

520 BGH v. 7.1.1956 – IV ZR 211/55 und IV ZR 273/55. Dazu: Bundesgerichtshof/Zentralrat Deutscher Sinti und Roma, Doppeltes Unrecht.

521 BGH v. 7.1.1956 – IV ZR 211/55 sowie IV ZR 273/55.

522 Z. B. OLG Karlsruhe v. 1.10.1954 – zum Sachverhalt: Fischer, Die Urteile, S. 31.

523 Bundesgerichtshof/Zentralrat Deutscher Sinti und Roma, Doppeltes Unrecht.

524 Die Urteile des BGH v. 7.1.1956, in: Bundesgerichtshof/Zentralrat Deutscher Sinti und Roma, Doppeltes Unrecht, S. 25 ff.

525 MBliV 1938, 2106.

526 BGH v. 29.1.1958 – IV ZR 254/57 (*RzW* (1958) S. 181): Aufhebung eines zusprechenden Urteils des OLG Oldenburg vom 4.6.1957 (BA, B 283/ 49483, Bl. 5 ff.); in diesem Urteil meint der Senat, dass die Maßnahmen eventuell vorbeugende Verbrechensbekämpfung gewesen sein könnten; BGH v. 27.5.1959 – IV ZR 35/59 (*RzW* (1959), S. 388), auch wieder entgegen der Vorinstanz. In der Verfahrensakte zu IV ZR 35/59 befinden sich mehrere Briefe des Klägers an den Berichterstatter Loewenheim, der selbst eine rassische Verfolgung im Nationalsozialismus hatte erleiden müssen – BA, B 283/49910, Bl. 69.

527 OLG Hamburg v. 17.12.1958 – 9 U 42/58 (BA, B 283/49910, Bl. 10 ff.). Dieses konnte sich auch auf ein Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte München stützen. Das OLG Frankfurt hatte bereits 1952 die

machungsrecht zu diesem Thema äußerte.[528] Die BGH-Rechtsprechung ist damals – verständlicherweise – heftig kritisiert worden.[529] Geradezu trotzig blieb der BGH-Senat aber bei seiner Haltung, wonach „[…] sie (die ‚Zigeuner' – der Verfasser) Eigenschaften besitzen, die den nach ‚Zigeunerart' lebenden Zigeuner schon lange vor dem NS zu einer Landplage gemacht haben."[530]

Daher hätte, so der Senat, das Berufungsgericht, das eine Entschädigung zugesprochen und die Verfolgung aufgrund der Rasse bejaht hatte,[531] besondere Umstände ermitteln müssen, die eine solche Verfolgung aufgrund der Rasse belegen.[532] In einer weiteren Entscheidung, ebenfalls im Jahre 1959, wiederholte der Senat,[533] dass auch schon vor 1933 sicherheitspolizeiliche Maßnahmen gegen diese Personengruppe getroffen worden seien. Trotz „rasseideologischer Gesichtspunkte" sei „nicht die Rasse als solcher der Grund für die getroffenen Maßnahmen, sondern die asozialen Eigenschaften der Zigeuner".

Obwohl der Senat sogar selbst auf die Nürnberger Gesetze hinwies, in denen die Sinti und Roma entrechtet worden waren, wollte er die rassistische Verfolgung nicht sehen und dies ganz bewusst in Abgrenzung zu einer Reihe anderer Gerichte, unter anderem der Vorinstanz, die dies zuvor anders entschieden hatte.[534] Die Oberlandesgerichte, so das BGH-Urteil, berücksichtigten „nicht genügend die Entwicklung der Zigeunerfrage in der Zeit bis zur Machtergreifung durch den Nationalsozialismus".[535]

Offensichtlich war dies für den BGH-Senat ein entscheidender Aspekt, wurde er doch ständig wiederholt. Die Formulierungen dienten dazu, die Maßnahmen der Nationalsozialisten als sicherheitsrelevant zu rechtfertigen und damit eine Entschädigung zu verweigern. Die Gegenansicht wurde regelrecht abgekanzelt:

---

rassistische Verfolgung der Sinti und Roma benannt (*RzW* (1953), S. 139) und dies auch später wiederholt (Urteil v. 2.5.1961 – *RzW* (1961), S. 544).

528 Calvelli-Adorno, Die rassische Verfolgung, in: *RzW* (1961), S. 529.

529 So von dem in Entschädigungssachen sehr engagierten Anwalt Schüler (*RzW* (1959), S. 134) und dem Vorsitzenden des Entschädigungssenats des OLG Frankfurt Calvelli-Adorno, Die rassische Verfolgung, in: *RzW* (1961), S. 529). Unter anderem hatte letzterer auch geltend gemacht, dass die Feststellung der Vorinstanzen, die Nationalsozialisten hätten die „Zigeuner" aus rassischen Gründen verfolgt, eine Tatfrage gewesen sei, die dem Revisionsgericht verschlossen sei (Calvelli-Adorno, Die rassische Verfolgung, in: *RzW* (1961), S. 529, 531 f.). Dagegen hielt der BGH-Senat auch in einer weiteren Entscheidung an der Vorstellung fest, die Auslegung eines Verwaltungsaktes aus der NS-Zeit sei Sache des Revisionsgerichts (*RzW* (1960), S. 210).

530 BGH v. 27.5.1959 – IV ZR 35/59 (*RzW* (1959), S. 388).

531 OLG Hamburg v. 17.12.1958, in: BA, B 283/49910, Bl. 10 ff.

532 In der Verfahrensakte finden sich mehrere handschriftliche Schreiben des Klägers an den Berichterstatter Loewenheim, in denen er sich über die BGH-Haltung beschwert hat; eine Antwort erfolgte nicht, die Anlagen wurden am 9.10.1959 zurückgesandt (BA, B 283/49910, Bl. 69).

533 BGH v. 30.10.1959 – IV ZR 144/59 (*RzW* (1960), S. 162).

534 OLG Frankfurt, in: *RzW* (1953), S. 139; LG Köln, in: *RzW* (1957), S. 318.

535 BGH v. 27.5.1959 – IV ZR 35/59 (*RzW* (1959), S. 388).

> Die Feststellung des Berufungsrichters, dass die Umsiedlungsaktionen 1940 aus Gründen der Rassenpolitik der nationalsozialistischen Gewalthaber angeordnet und durchgeführt worden waren, beruht somit auf rechtlich unzutreffenden Erwägungen.[536]

Bei dieser Aussage ist schon fraglich, ob es sich wirklich um eine rechtliche und nicht eine tatsächliche Feststellung handelt, so dass sie nicht Sache des Revisionsgerichts wäre. Jedenfalls ist sie auch unabhängig von ihren diskriminierenden Formulierungen in der Sache nicht haltbar. Der Hinweis des Senats auf die Zeit vor 1933 ist ein Stereotyp, das sich in BGH-Entscheidungen der 1950er Jahre immer wieder findet und eine gewisse historische Eindimensionalität der Richter zu erkennen gibt: Als könne etwas, das es bereits vor 1933 gegeben hat, nicht Verfolgung aus Gründen der Rasse gewesen sein! Der Senat blendet in dem hier thematisierten Zusammenhang aus, dass rassistisches Denken kein Monopol des Nationalsozialismus gewesen ist, sondern dass es bereits im Kaiserreich (und auch in den Zeiten zuvor) vielfach rassistisch motiviertes staatliches Handeln gegenüber Sinti und Roma gab,[537] so dass das Argument, solche Verfolgung habe es bereits vor 1933 gegeben, in die Irre führt. Schon die Tatsache, dass die Nürnberger Rassegesetze, die der BGH ja erwähnte, die Grundlage des gesamten Handelns darstellten, spricht eigentlich für sich. Die rassische Anknüpfung ist evident. Selbst wenn konkret bei den Nationalsozialisten ein Motivbündel vorgelegen haben mag und vielleicht auch Sicherheitsaspekte bei den nationalsozialistischen Maßnahmen eine Rolle gespielt haben sollten, kann dies die Verweigerung der Entschädigung nicht rechtfertigen. Es ist letztlich juristisch sehr fragwürdig, wenn man sich nur einzelne Motivteile herauspickt. Insoweit sind diese Urteile, wie Fischer zutreffend resümiert, als krasse Fehlentscheidungen anzusehen.[538] Zum einen inhaltlich wegen des fehlerhaften Ergebnisses, aber natürlich auch wegen der diskriminierenden Formulierungen. Letztlich wurde die Entschädigung verweigert, weil die Gruppe der Sinti und Roma sich angeblich die Reaktionen des Staates durch ihr Verhalten selbst zuzuschreiben hatte und daher eine Entschädigung nicht verdiente, womit sich die Entscheidungen des BGH-Senats als ihrerseits rassistisch entlarven.[539]

Waren hier ehemalige Nationalsozialisten am Werk, die nicht von ihrer Ideologie abrücken wollten? Allenfalls bedingt. Guido Schmidt, Jahrgang 1893 (von 1953–1958 im Senat) führte den Vorsitz. Er war seit 1937 Mitglied der NSDAP und in den 1940er Jahren Richter am Oberlandesgericht Schleswig-Holstein gewesen und kann wohl als Mit-

536 Es ging um die Auslegung eines Schnellbriefes des Reichssicherheitshauptamtes v. 17.10.1939.

537 Dass es sich dabei um eine Unrechtstradition und keine Rechtstradition handelt, hat bereits Arnold Spitta deutlich gemacht, s. Spitta, Entschädigung für Zigeuner, S. 385 ff., und auf die nach dem Zweiten Weltkrieg weiterverbreiteten Vorurteile hingewiesen.

538 Detlev Fischer, Die Urteile, S. 25.

539 In diese Richtung argumentierte auch Calvelli-Adorno: „Zu fragen ob die Zigeuner als solche ihrer (der Entschädigung – der Verfasser) würdig sind, wäre krasses und wiederum kollektives Unrecht", s. Calvelli-Adorno, Die rassische Verfolgung, in: *RzW* (1961), S. 529.

läufer eingestuft werden, der somit jedenfalls belastet gewesen ist.[540] Als Berichterstatter in den Verfahren von 1956 fungierte Walther Ascher, der selbst als Jude von den Nationalsozialisten verfolgt worden war, aus Deutschland hatte emigrieren müssen und nach dem Krieg in Darmstadt in der jüdischen Gemeinde registriert war.[541] Auch Fritz von Werner, Jahrgang 1892, in der nationalsozialistischen Zeit Rechtsanwalt und Notar in Berlin, stand dem Nationalsozialismus ablehnend gegenüber, war nicht in der Partei gewesen, sondern Mitglied der bekennenden Kirche[542] und wurde wohl auch wegen seiner Gegnerschaft zum Nationalsozialismus nach dem Krieg zunächst als Richter an den Obersten Gerichtshof der Britischen Zone berufen.[543] Wilhelm Kregel war ab 1938 beim Landgericht Hannover und ab 1943 am Oberlandesgericht Celle beschäftigt, allerdings zwischen 1940 und 1945 beim Militär gewesen. Schließlich wirkte Kurt Wüstenberg, Jahrgang 1906, mit, der 1939 der NSDAP beigetreten war. Er war vor 1933 Mitglied der Konservativen Volkspartei gewesen und hatte während der NS-Zeit einer evangelischen Erneuerungsbewegung angehört;[544] auch bei ihm ist trotz seiner formalen Belastung eher zu bezweifeln, dass er überzeugter Anhänger des Nationalsozialismus gewesen ist. Nach alledem ist es sehr unwahrscheinlich, dass der Senat mit den geschilderten Urteilen die nationalsozialistische Ideologie hat fortsetzen wollen. Es zeigt sich meines Erachtens vielmehr der schon vorhin angedeutete Aspekt, dass niemand, auch nicht Verfolgte, vor Vorurteilen gefeit sind und dass auch Personen, die nicht Nationalsozialisten gewesen sind, rassistisch denken und handeln können. Entscheidender Faktor für die verfehlten Entscheidungen dürfte gewesen sein, dass die Richter in der Kaiserzeit und in der Weimarer Republik sozialisiert worden waren und mit entsprechenden antiziganistischen Vorurteilen aufgewachsen sind. Und ihr ständiger Hinweis auf entsprechende Maßnahmen gegen Sinti und Roma vor 1933 zeigt, dass diese Sozialisation auch dafür verantwortlich gewesen ist, dass sie diese Vorurteile nicht als rassistisch erkannt haben, was die Sache natürlich nicht besser macht.

Die geschilderte Rechtsprechung wurde vom Senat 1963 aufgegeben,[545] indem er nunmehr zugestand, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass Maßnahmen gegen „Zigeuner“ auch schon vor 1942 Verfolgungsmaßnahmen aus Gründen der Rasse wa-

540 BA, Pers 101/40033 (BGH), Personalblatt.

541 BA, Pers 101/39772.

542 BA, Pers 101/40058, Personalblatt; BA, Pers 101/39886, Personalblatt. Er war zeitweilig in der Gemeinde von Niemöller in Berlin aktiv gewesen.

543 BA, Pers 101/40059.

544 BGH KA und BGH-PA.

545 BGH v. 18.12.1963 – IV ZR 108/63 (*RzW* (1964), S. 209). Wegen der ungleichen Behandlung im Rahmen der Entschädigungsfrage im Verhältnis zur vorherigen Rechtsprechung wurde eine Angleichungsvorschrift in Art. IV Nr. 1 Abs. 2 BEGSchlG eingeführt, die für betroffene Personen ein neues Antragsrecht einräumte.

ren.[546] Zwar wurde damit anerkannt, dass auch für derartige Verfolgungen eine Entschädigung in Betracht kommt, konkret wurde aber immer noch zum Beispiel im Jahr 1965 eine Prüfung gefordert, ob für die Entziehung eines Wandergewerbescheins einer „Zigeunerin" im Jahre 1938 und deren Verbringung von Wesermünde ins Generalgouvernement im Mai 1940 rassische Gründe mitursächlich gewesen seien.[547]

Verfolgte aus Osteuropa

Ein weiteres Beispiel, bei dem der Begriff der rassischen Verfolgung damals umstritten war, stellen die Maßnahmen gegen die sogenannten Ostvölker dar. Wurden Angehörige fremder Staaten in ein Lager verbracht, sei dies entschädigungsrechtlich irrelevant, da solche Maßnahmen an allgemeinen Merkmalen, nämlich denen der Nationalität angeknüpft hätten: „Angehörige der polnischen Intelligenz" seien vor allem aus „nationalpolitischer Gegnerschaft" bekämpft worden,[548] wobei man sich fragen kann, ob darin, wenn schon kein rassisches, so doch auch ein politisches Motiv steckt. Speziell für die Verfolgung von Polen hat der Senat jedenfalls eine rassistische Verfolgung nicht sehen wollen.[549] In der Presse aufgegriffen[550] wurde der Fall eines polnischen Zivilarbeiters, der ohne Gerichtsverhandlung hingerichtet worden war, weil er intime Beziehungen zu einer deutschen Frau unterhalten hatte, die damals von ihm schwanger gewesen war. Nach dem Krieg stellte der Sohn dieser Frau und des hingerichteten Mannes, der seinen Vater nie gesehen hatte, einen Entschädigungsantrag. Diesem war vom Landgericht Detmold und dem Oberlandesgericht Hamm stattgegeben worden, der BGH lehnte ihn aber ab.[551]

> Der Begriff einer Verfolgung aus Gründen der Rasse ist vielmehr enger zu sehen, so wie er während der Herrschaft des Nationalsozialismus in den Begriffen Rassenschande und im Blutschutzgesetz Ausdruck gefunden hat. Nach dem BEG ist Verfolgter aus Gründen der Rasse nur derjenige, der allein wegen seiner Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse verfolgt wurde, und zwar deshalb, weil diese Rasse ausgemerzt werden sollte.[552]

Der BGH stützte diese sehr enge Auslegung vor allem darauf, dass der Gesetzgeber einen Verfolgungsgrund des „Volkstums" im Gesetz geregelt und darunter unter anderem die Maßnahmen gegenüber Menschen aus Osteuropa verstanden habe. Nun schließt eine Verfolgung eines Menschen wegen seines Volkstums jedoch gerade nicht

546 Verhöre und Registrierungen von „Zigeunern" im Rahmen der beim Reichsgesundheitsamt errichteten erbwissenschaftlichen Forschungsstelle waren vom Senat im Jahre 1962 als „Verfolgungsmaßnahmen aus Gründen der Rasse" angenommen worden (BGH v. 23.5.1962 – IV ZR 170/61 (*RzW* (1962), S. 396)).

547 BGH v. 23.4.1965 – IV ZR 128/64 (*RzW* (1965), S. 309).

548 BGH v. 28.5.1958 – IV ZR 62/58 (*RzW* (1958), S. 300).

549 BGH v. 20.10.1967 – IV ZR 140/66. Anderer Ansicht war das OLG Hamm gewesen.

550 *FR*, 11.12.1967.

551 BGH v. 20.10.1967 – IV ZR 140/66.

552 BGH v. 20.10.1967 – IV ZR 140/66, S. 7.

aus, dass er auch wegen seiner Rasse verfolgt wurde. Und letzteres wird man wohl für die Nationalsozialisten annehmen müssen.[553] Der Senat berief sich ferner auf den Willen des Gesetzgebers des Jahres 1965, der in Art. VI des BEG-Schlussgesetzes die Sonderregelung für Nationalgeschädigte beibehalten habe. Aber was auch immer der Gesetzgeber des Entschädigungsgesetzes gedacht hat: Wenn ein Tatsachengericht eine Verfolgung wegen der Rasse festgestellt hat, ist es höchst problematisch, wenn der BGH als Revisionsinstanz diese Tatsache leugnete. Und großzügig ist dies schon gar nicht.

Zeugen Jehovas[554], Astrologen

Auch bei der Beurteilung von Verfolgungen aus Gründen der Religion war der Senat – vorsichtig ausgedrückt – zurückhaltend: Angehörige der Zeugen Jehovas, die den Wehrdienst verweigert hatten und deshalb hingerichtet worden waren, seien nicht aus Glaubens- beziehungsweise Weltanschauungsgründen, sondern aus militärischen Gründen verurteilt worden.[555] Der Senat konzedierte zwar, dass in einem konkreten Fall der Hingerichtete ausschließlich aus religiösen Gründen den Wehrdienst verweigert habe, aber das damalige Urteil sei allein aufgrund seiner Wehrdienstverweigerung verhängt worden.[556] Das Hauptargument des Senats ging dahin, auch nicht religiös motivierte Wehrdienstverweigerer seien mit der Todesstrafe bedroht worden. Letzteres ist zwar zutreffend, gleichzeitig aber auch bezeichnend für eine verkürzte Sicht auf die historische Situation. Denn die Nationalsozialisten gingen gegen Gruppen, die sich aus tiefer Überzeugung (zum Beispiel religiös motiviert) ihrer Ideologie entgegenstellten, mit besonderer Härte und Rücksichtslosigkeit vor. So hatte die Revisionsbegründung geltend gemacht, dass nach den für die Strafzumessung bei Fahnenflucht geltenden Richtlinien vom 14. April 1940 im konkreten Fall eine mildere Bestrafung hätte erfolgen müssen.[557] Und in der Tat spricht einiges dafür, dass bei der Strafzumessung auch die Religion verschärfend eine Rolle gespielt hatte, so dass durchaus von einer Verfolgung auch aus Gründen der Religion gesprochen werden kann. Selbst wenn die Wehrdienstverweigerung den Hauptanknüpfungspunkt der Bestrafung gebildet hat, ist es fraglich, ob dies allein einen Ausschluss der Entschädigung in einem solchen Fall zu rechtfertigen vermag. Der Gedanke des Senats, wonach es darauf ankommt, ob der NS-Richter Verfolgungswillen gehabt haben muss, blendet

553 So auch der Senat selbst (BGH v. 20.10.1967 – IV ZR 140/66, S. 10).

554 Siehe hierzu z. B.: Grabe, Zwischen Widerstand.

555 BGH v. 14.11.1956 – IV ZR 147/56 (*RzW* (1957), S. 52): § 5 KSStVO sei geltendes Recht gewesen, auch andere Staaten hätten dieses Delikt verfolgt (Berichterstatter war Werner – s. BA, B 283/49108); BGH v. 14.7.1961 – 71/61 (*NJW* (1962), S. 195 = *RzW* (1962), S. 68); BGH v. 24.6.1964 – IV ZR 236/63 (*DRiZ* (1964), S. 313).

556 Der Senat behauptet dies, obwohl das Urteil des Reichskriegsgerichts nicht vorlag. Er meinte, dies aus anderen vergleichbaren Urteilen schließen zu können.

557 BGH v. 14.11.1956 – IV ZR 147/56 (BA, B 283/49108, Bl. 45).

überdies aus, dass bereits zuvor gesetzlich (mit Erlass des § 5 KSSVO) und administrativ die Verfolgung begonnen hatte, die auch oder gerade an die Religionszugehörigkeit anknüpfte.[558]

Mit ganz ähnlichen Erwägungen sollte die Verfolgung von Astrologen[559] und Wünschelrutengängern keine Verfolgung aus weltanschaulichen Gründen sein,[560] weil der Senat den Verfolgern ein allgemeines Sicherheitsdenken unterstellte. Es ist zwar richtig, dass im Einzelfall auch ein Spionageverdacht bei der Verfolgung in einem Astrologenfall mitgespielt hatte.[561] Aber es heißt der damaligen Interpretation der Nationalsozialisten auf den Leim zu gehen, dies als alleiniges Motiv anzunehmen, ohne zu sehen, dass bei realistischer Betrachtung dies doch in manchem Fall nur den Vorwand bildete, um gegen ungeliebte Gruppen vorzugehen.[562] Und das sah letztlich auch der Senat so:

> Nicht die im Bezirk des Geistigen wurzelnde Weltanschauung des Klägers, sondern seine sich im Bereich des Faktischen abspielende Betätigung als Astrologe führte zu seiner Verhaftung.[563]

Mit dieser Erwägung mag man ja eventuell eine Verfolgung aus weltanschaulichen Gründen ablehnen können, hätte aber dann doch die politische Verfolgung bejahen müssen. Entlarvend ist eine Passage im Urteilsentwurf des Berichterstatters Hans Wilden (die aber – wohl vom Vorsitzenden – handschriftlich gestrichen wurde):

> In dieser Betätigung als Astrologe mußten die nationalsozialistischen Machthaber notwendigerweise eine Gefährdung ihrer Politik, alle Kräfte des deutschen Volkes zur siegreichen Beendigung des von ihnen entfesselten Krieges zusammenzufassen und nutzbar zu machen, erblicken.[564]

Konkret heißt es aber in dem Urteil am Ende, ebenfalls mit handschriftlichen Verbesserungen am Entwurf:

---

558 Ähnlich sieht dies Rüthers, Verräter, S. 111 f.

559 BGH v. 1.10.1958 – IV ZR 125/58 (*RzW* (1959), S. 90); BGH v. 15.6.1960 – IV ZR 319/59 (*RzW* (1960), S. 451): Wünschelrutengänger; derartige Aktivität falle nicht unter den Begriff Wissenschaft im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 BEG.

560 BGH v. 15.6.1960 – IV ZR 319/59 (*RzW* (1960), S. 451).

561 BGH v. 15.1.1958 – IV ZR 125/58: In dem konkreten Fall beruhte die Verfolgung möglicherweise auf einem solchen Verdacht, weil im Rahmen der Ermittlungen gegen Heß wegen des Englandfluges dessen Beziehungen zu pseudowissenschaftlichen Kreisen bekannt geworden waren. Ein Bekannter des verfolgten Klägers, der Schweizer Astrologe Kraft, war wohl in der Tat der Spionage verdächtigt worden (der Sachverhalt ist dargestellt im Urteil der Vorinstanz OLG Karlsruhe v. 23.10.1957, in: BA, B 283/49688, Bl. 6 ff.).

562 BA, B 283/49688, Bl. 64, Brief Ascher v. 20.4.1960. Der Kläger schrieb privat im April 1960 an den Senatsvorsitzenden (Walther Ascher), der auch unmittelbar dahingehend antwortete, dass das Urteil des Senats auf den tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichts beruhe und insoweit das Revisionsgericht nichts ändern könne.

563 BGH v. 15.1.1958 – IV ZR 125/58.

564 BA, B 283/49688, Bl. 52.

> Der Kläger ist nicht verhaftet worden, weil er die Richtung der Astrologie vertreten hat, sondern weil er sich als Astrologe betätigt und hierdurch nach der Auffassung der Machthaber die Wehrkraft des Deutschen Volkes zersetzt hat.[565]

Es soll sich um eine „normale“ kriegsrechtliche Bestrafung gehandelt haben. Aber letztlich haben die verfolgenden nationalsozialistischen Behörden, egal ob gewollt oder nicht, den Satz von Goebbels umgesetzt: „Wer nicht mit uns ist, ist gegen uns“, womit ein extrem weitgehender Verfolgungswille impliziert ist, der aber dann auch entschädigungsrechtlich hätte anerkannt werden müssen!

Als Fazit der BGH-Rechtsprechung zum Verfolgtenbegriff lässt sich festhalten, dass die Richter immer wieder eine eigene, oft moralische Wertung vornahmen und ohne gesetzliche Grundlage das Kriterium der Entschädigungswürdigkeit der Antragsteller in ihre Entscheidungsfindung einfließen ließen, womit sie eine Reihe von Antragstellern ausgeschlossen haben.

1.3.4 Die Verantwortlichkeit des deutschen Staates

Da der bundesdeutsche Gesetzgeber keine Entschädigung für ein Unrecht gewähren wollte, das von Privatpersonen oder von ausländischen Staaten begangen worden war, beschränkte er eine Entschädigung grundsätzlich auf Verfolgungsmaßnahmen, die staatlicherseits im Deutschen Reich begangen worden waren (§ 2 BEG).[566] Andererseits hatte der NS-Staat sich auch privater Personen oder ausländischer Staaten zur Bekämpfung ihm unliebsamer Gruppen bedient. Für eine Entschädigung wegen eines Freiheitsschadens war diese Situation im Gesetz dergestalt geregelt, dass die Verfolgungshandlung auf die Anregung oder Initiative des NS-Staates zurückgehen oder zumindest von ihm gebilligt werden musste.[567] Letzteres war laut BGH, zivilrechtlich ausgedrückt, ein Handeln mit Einwilligung und Genehmigung der damaligen Machthaber.[568] Entschädigungsrelevant sei ein Handeln von Privatpersonen demnach nur, wenn sich die staatliche Initiative/Billigung auf eine „individuelle Maßnahme“ bezogen habe, was beispielsweise bei Schikanen durch Hausmitbewohner fehle, die antijüdisch aufgehetzt worden waren.[569] Und auch ein Mann, der durch einen deutschen Offizier in Griechenland misshandelt worden war, scheiterte mit seiner Klage, da nicht jeder Uniformierte den Staat verkörpere und mit einer deutschen Dienststelle gleichzusetzen sei.[570] Im Jahr 1959 schwächte das Gericht die Voraussetzung der staat-

565 BA, B 283/49688, Bl. 53.
566 Diese Regelung ist vom BVerfG für verfassungskonform erklärt worden (1 BvR 314/63).
567 § 43 Abs. 1 Satz 2 BEG.
568 BGH v. 25.1.1957 – IV ZR 289/56 (*RzW* (1957), S. 150): keine Billigung der Dienststelle.
569 BGH v. 10.6.1960 – IV ZR 20/60 (*RzW* (1960), S. 502).
570 BGH v. 25.1.1957 – IV ZR 289/56 (*RzW* (1957), S. 150). Der von Ascher als Berichterstatter verfasste Urteilsentwurf wurde in großen Teilen handschriftlich abgeändert (BA, B 283/49211).

lichen Urheberschaft teilweise ab: Nunmehr musste die Unrechtshandlung nur adäquat kausal durch den NS-Staat oder seine Organe verursacht worden sein.[571] Die Billigung einer Dienststelle könne auch pauschal bestehen und brauchte sich nicht auf einzelne Handlungen beziehen.[572] Entschädigungsfreundlicher waren dann auch die Ergebnisse der späteren Rechtsprechung: Als ein Entschädigungsgesuch eines Medizinstudenten, der von anderen, dem Nationalsozialismus nahestehenden Studierenden misshandelt worden war, durch die Vorinstanz abgelehnt worden war, verwies der Senat die Sache zurück, um prüfen zu lassen, ob nicht doch eine Billigung staatlicher Institutionen gegeben sein könnte,[573] denn entsprechende Parolen der SA könnten nachgewiesen werden.[574]

Inwieweit Verfolgungsmaßnahmen anderer Staaten dem Deutschen Reich zuzurechnen sind, war in Einzelfällen damals oft sehr umstritten. Auch wenn das Gesetz nicht das Unrecht ausländischer Staaten wiedergutmachen wollte, machte die Literatur doch zu Recht darauf aufmerksam, dass der lange Arm des nationalsozialistischen Staates oft bis ins Ausland reichte, so dass die Abgrenzung mitunter schwierig war. Der Senat hatte im sogenannten Transnistrien-Urteil[575] recht restriktiv argumentiert: Die Souveränität eines anderen Staates verbiete es, dessen Handeln dem deutschen Staat zuzurechnen. Ein rumänischer Jude war vier Jahre im Ghetto Moshitew-Podolsk eingesperrt gewesen, wofür das Oberlandesgericht München eine Entschädigung zugesprochen hatte,[576] welche aber vom BGH wiederum aufgehoben wurde.[577] Es müsse überprüft werden, ob Rumänien in den Jahren 1941 bis 1944 selbständig gewesen sei. Allein dass das NS-Regime Druck ausgeübt und Rumänien dem nachgegeben hätte, reiche für eine Entschädigung nicht aus. Entschädigungsrelevant wäre die Verfolgung erst, wenn die rumänische Regierung der Befehlsgewalt des Deutschen Reiches völlig unterstanden hätte.[578] Eine möglicherweise verweigerte Öllieferung Rumäniens gegenüber Deutschland könne bereits dagegensprechen. Es ist wohl auch dieses Urteil und die Kritik daran gewesen, was den Gesetzgeber schließlich veranlasste, die entsprechende Vorschrift zu ändern: Das BEG von 1956 ließ es ausreichen, dass die Verfolgung seitens des ausländischen Staates durch das deutsche NS-Regime veranlasst war.[579]

---

571 BGH v 27.11.1959 – IV ZR 212/59 (*RzW* (1960), S. 164); BGH v. 24.6.1964 (*RzW* (1964), S. 505).

572 BGH v. 18.1.1961 – IV ZR 185/60 (*RzW* (1961), S. 211).

573 BGH v. 11.1.1961 – IV ZR 185/60 (Vorsitz Ascher, in: BA, B 283/50380).

574 BGH v. 18.1.1961 – IV ZR 185/60 (*RzW* (1961), S. 211).

575 *RzW* (1955), S. 183.

576 BA, B 283/48553.

577 Unter dem Vorsitz von Guido Schmidt wurde die Sache zurückverwiesen.

578 BGH v. 5.2.1955 – IV ZR 227/54, S. 7 des Urteils (BA, B 283/48553, Bl. 60).

579 Im Gesetz wurde in § 43 Abs.1 S. 2 BEG für den Schaden an Freiheit geregelt, dass eine Entschädigung zu gewähren ist, „[…] wenn die Regierung des ausländischen Staates von der nationalsozialistischen deutschen Regierung zu der Freiheitsentziehung veranlaßt worden war“ (Nr. 2).

Zu Maßnahmen in Ungarn differenzierte der BGH zwischen der Situation vor und nach dem 1. September 1942, da die deutsche Regierung im August 1942 verstärkt auf die ungarischen Behörden eingewirkt habe:[580] Ein ungarischer Jude war in ein Arbeitslager in der Ukraine eingewiesen worden, wofür das Oberlandesgericht Köln deutschen Einfluss verantwortlich machte.[581] Dem BGH reichten hier die Feststellungen nicht.[582] Eine ausländische Regierung sei nur dann als abhängig vom Deutschen Reich anzusehen, wenn sie ein willenloses Werkzeug der NS-Regierung gewesen wäre. Dies sei zu verneinen, wenn das Ausland lediglich unter politischem Druck der deutschen Seite gehandelt hatte. Die Kritiker aus der Literatur meinten, ein solcher Druck müsse genügen, um eine Entschädigung zu rechtfertigen.[583] Weitergehend verlangte der Senat, dass konkret die ausländische Regierung auf Veranlassung der deutschen Behörden gehandelt habe, so dass kein Entschädigungsanspruch bestand, wenn der deutsche Staat unter Übergehen der ausländischen Regierung nachgeordnete ausländische Stellen zu der Freiheitsentziehung veranlasst hatte. Es reiche nicht, dass politisch unter nationalsozialistischem Einfluss handelnde Organisationen wie die Hlinka-Garde[584] in Ungarn Gewalttaten an Juden und NS-Gegnern verübten.

Diese Rechtsprechung des Senats mag in diesem Punkt juristisch vertretbar sein, schränkt die Verantwortlichkeit der deutschen Verfolger aber stark ein, indem sie die Voraussetzungen an den Kausalbeitrag erhöht. Denn der von deutscher Seite ausgeübte Druck ist von der Motivation her eine politische Verfolgung, bei der sich die deutschen Verfolger anderer Personen oder Staaten bedienen. Eine Kausalität dürfte in der Regel in solchen Fällen auch gegeben sein, sie wäre allenfalls zu verneinen, wenn es auch ohne Aktivitäten der Nationalsozialisten zu den Verfolgungen gekommen wäre.[585] Dass der BGH ein Veranlassen verneint, wenn der ausländische Staat zum Zeitpunkt der Verfolgung souverän war, verkürzt die Verantwortung doch erheblich.[586]

580 BGH v. 11.2.1959 – IV ZR 243/58 (*RzW* (1955), S. 255), insoweit abrückend von der restriktiven Haltung der Vorinstanzen vorher, s. Schüler, in: *RzW* (1955), S. 255 f. Ab dem 1.9.1942 sei die Verfolgung durch die Nationalsozialisten veranlasst gewesen.

581 BA, B 283/49801, Bl. 5 ff.

582 Den Vorsitz hatte Walther Ascher, Berichterstatter war Kurt Wüstenberg.

583 Schüler, Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1959), S. 255.

584 Es handelte sich um eine slowakische paramilitärische Wehrorganisation mit einer ultranationalistischen Ideologie, die in Osteuropa Gegner des Nationalsozialismus bekämpfte.

585 Ein polnischer Jude wurde entschädigt für seine Lagerhaft in Sibirien, wenn er im Rahmen der Polen-Aktion 1938 aus Deutschland ausgewiesen worden war (BGH v. 25.10.1961 – IV ZR 105/60 (*RzW* (1961), S. 116)), nicht aber jüdische Russlandflüchtlinge, die – von den Deutschen verfolgt – aus dem sowjetisch besetzten Polen nach Russland flohen und dann dort inhaftiert wurden (BGH v. 4.4.1974 – IX ZR 158/72 (*RzW* (1974), S. 204)). Hier wäre die Kausalität wohl eher zu bejahen, weil sich die Situation für die Betroffenen durch die Verfolgung – im Vergleich mit nicht Verfolgten nicht unerheblich erhöht haben dürfte.

586 Sowohl im allgemeinen Zivilrecht als auch im Strafrecht wäre ein solches Handeln relevant. Dass die ausländische Regierung möglicherweise eine (Mit-)Verantwortung trifft, ist nachvollziehbar, dürfte aber eine Verantwortung der deutschen Seite kaum ausschließen.

Umstritten war, ob auch ein Berufsschaden bei Veranlassung des ausländischen Staates durch die deutsche Regierung zu ersetzen ist.[587] Diese Frage stellte sich bei einem tschechoslowakischen Juden, der Ende 1938 im damaligen Preßburg verhaftet und abgeschoben worden war.[588] Der BGH las die Vorschrift des § 43 BEG, die eine Verfolgung im Ausland anerkennt, dem Wortlaut entsprechend auf Freiheitsschäden begrenzt.[589] Für diese Freiheitsschäden sei eine Ausnahme gemacht worden, während bei den anderen Schäden gelte, dass die Schädigung im Reichsgebiet stattgefunden haben muss.[590] Diese Wortlautauslegung mag dem Willen des Gesetzgebers entsprochen haben, ist gleichwohl in der Literatur als wenig großzügig wahrgenommen worden.

Das Gesetz beschränkte in § 4 BEG die Entschädigung auf Personen, die in einem konkreten Bezug zum Deutschen Reich gestanden hatten. Das wurde für einen Rabbiner, der vier Jahre in Deutschland studiert hatte und dann nach Palästina ausgewandert war, vom Entschädigungssenat verneint.[591] Die Bestimmung, wann ein Verfolgter dem deutschen Sprach- und Kulturkreis angehörte und somit Vertriebener im Sinne des BEG war, wurde zunächst durch die vom Senat entwickelte Formel bestimmt, wonach es darauf ankomme, ob sich der Verfolgte nach seinen Wertvorstellungen, Sitten, Gebräuchen und Verhaltensweisen im Umgang mit anderen der deutschen Sprache und Kultur mehr verbunden fühlte als einer anderen Volksgruppe.[592] Diese Definition verkleinerte den Kreis der Berechtigten, die spätere Rechtsprechung (nach dem Erlass den BEGSchlG) stellte auf den Gebrauch der deutschen Sprache im persönlichen Umfeld ab[593] und erweiterte damit den Kreis der Anspruchsberechtigten. Auch dieses Beispiel zeigt, dass der BGH durch den Gesetzgeber in die entschädigungsfreundliche Richtung gestoßen werden musste.[594]

1.3.5 Ausschluss für Nationalsozialisten und Kommunisten

Gesetzlich ausgeschlossen war eine Entschädigung für Personen, die Mitglied in der NSDAP gewesen waren (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 BEG). Der Senat ging in diesem Punkt formal vor und legte damit den Ausschlussgrund eng und entschädigungsfreundlich aus. Wurde eine Organisation (zum Beispiel der Stahlhelm) in die Gliederung der NSDAP

587 Abgelehnt wurde ein Berufsschaden eines Juden in der Tschechoslowakei, weil er seinen Beruf bereits vor der deutschen Machtübernahme verloren hatte.
588 BGH v. 24.6.1964 – IV ZR 298/63 (*RzW* (1964), S. 505), Vorsitz Ascher, Berichterstatter Wüstenberg (BA, B 283/51413).
589 Anderer Ansicht war Schüler, in: *RzW* (1963), S. 254, 437.
590 Kritisch dazu Schwarz, in: *RzW* (1957), S. 129, 130.
591 BGH v. 8.7.1959 – IV ZR 87/59 (*RzW* (1959), S. 500).
592 BGH v. 21.10.1959 – IV ZR 34/59 (*RzW* (1960), S. 83); BGH v. 29.1.1960 – IV ZR 175/59 (*RzW* (1960), S. 218).
593 BGH v. 25.3.1970 – IX ZR 177/67 (*RzW* (1970), S. 503).
594 Auch Wüstenberg, Die Rechtsprechung, S. 150 streitet dies nicht ab.

überführt, so sei eine Mitgliedschaft nur zu bejahen, wenn der Betreffende sich mit der Überführung ausdrücklich oder stillschweigend einverstanden erklärt hatte.[595] Die angeschlossenen Verbände, wie zum Beispiel der NS-Ärztebund, der Nationalsozialistische Rechtswahrerbund, sowie die fördernden Mitgliederorganisationen (FM) wurden nicht als Gliederungen der NSDAP angesehen.[596] Das galt auch für das Nationalsozialistische Fliegerkorps (NSFK), so dass die reine Mitgliedschaft oder die unbedeutende Tätigkeit eines Kassierers für das Korps dem Entschädigungsanspruch daher nicht schadeten.[597] Personen, die sich lediglich um eine Aufnahme in die Partei bemüht hatten, waren ebenfalls nicht von der Entschädigung ausgeschlossen.[598] Bestimmte Umstände konnten die Mitgliedschaft in der Partei entschuldigen beziehungsweise ausgleichen, beispielsweise wenn die betreffende Person sich aus Widerstandsgründen zur besseren Bekämpfung des Nationalsozialismus (also zur Tarnung) zum Beitritt entschlossen hatte[599] oder der Beitritt erfolgt war, um den jüdischen Ehegatten zu schützen.[600]

Während diese Rechtsprechung eher als großzügig einzustufen ist, sah das bei Kommunisten ganz anders aus: Nach dem Gesetzeswortlaut von 1953 war von einem Entschädigungsanspruch ausgeschlossen „wer einer anderen Gewaltherrschaft Vorschub geleistet hat“ (§ 1 Abs. 4 BErgG). Aus der Vergangenheitsform der Gesetzesformulierung wurde in der Literatur mitunter geschlossen, dass nur Personen ausgeschlossen sein sollten, die eine Gewaltherrschaft zwischen 1933 und 1945 unterstützt hatten, dass sich also das Wort „andere“ auf faschistische Systeme bezog.[601] Sinn und Zweck des Gesetzes bestehe darin, nur solche Personen von einer Entschädigung auszuschließen, die durch Unterstützung des Nationalsozialismus selbst mit zur Entstehung der Schäden beigetragen haben, also eine Art Mitverschulden an dem Schaden zu berücksichtigen.[602] Demgegenüber zog der BGH-Senat unter Bezug auf den Wortlaut der Norm auch Handlungen nach dem Zweiten Weltkrieg heran, um eine Entschädigung auszuschließen,[603] was wohl auch dem Willen des Gesetzgebers entsprach. In Anlehnung an die Rechtsprechung des Staatsschutzsenats wurde konkret die DDR als eine solche andere Gewaltherrschaft identifiziert, ihr Gewaltcharakter wurde

595 BGH v. 18.6.1958 – IV ZR 29/ 58 (*RzW* (1958), S. 303).
596 BGH v. 25.1.1956 – IV ZR 283/55 (*RzW* (1956), S. 127).
597 BGH v. 25.1.1956 – 283/55. Berichterstatter war Ascher.
598 BGH v. 27.11.1959 – IV ZR 131/59 (*RzW* (1960), S. 114), dort auch zur Frage, wie ein „Anwärter“ auf eine Mitgliedschaft entschädigungsrechtlich zu behandeln ist.
599 BGH v. 11.1.1957 – IV ZR 289/56 (*RzW* (1957), S. 146).
600 Die Ausnahmen wurden mit Sinn und Zweck des Gesetzes begründet (BGH v. 22.5.1957 – IV ZR 78/ 57 (*RzW* (1957), S. 323) im Gegensatz zum Urteil des KG (Nr. 49314). Allerdings erfolgte eine Rückverweisung.
601 Beyer, Anmerkung, in: *RzW* (1955), 249 f.
602 Damals: Beyer, Anmerkung, in: *RzW* (1955), S. 249 f.; heute: Bertheau, Politisch unwürdig, S. 147.
603 BGH v. 9.2.1955 – IV ZR 226/54 (*RzW* (1955), S. 151) und v. 20.4.1955 – IV ZR 266/54 (*RzW* (1955), S. 249).

ohne nähere Ausführungen als offenkundig unterstellt.[604] Allerdings machte der Senat auch schon gleich zu Anfang seiner Rechtsprechung eine Einschränkung: Die bloße Mitgliedschaft in einer entsprechenden Partei, zum Beispiel der KPD, reiche nicht aus,[605] ebenso wenig das reine Werben und Kandidieren, selbst wenn die Partei verboten war. Das blieb die generelle Haltung, auch nach der Gesetzesänderung des Jahres 1956,[606] die den Ausschlussgrund neu formulierte. Gemäß dem neuen § 6 Abs. 1 Nr. 2 BEG entfällt die Entschädigung, „wenn der potenziell Entschädigungsberechtigte die freiheitlich-demokratische Grundordnung bekämpft."

Ein Bekämpfen, so der Senat, setze einen aktiven Einsatz für entsprechende Parteien oder Gruppierungen voraus, die bloße Mitgliedschaft schade nicht. In den meisten Fällen handelte es sich bei den von einer Entschädigung Ausgeschlossenen um die erwähnten, vom Nationalsozialismus verfolgten Kommunisten, die nach dem Krieg ihre sozialistischen Ideale weiter verfochten und sich für den Kommunismus einsetzten.[607] Ein bekanntes Beispiel ist der Hochschullehrer und Publizist Ernst Niekisch[608] – auch eine bekannte politische Persönlichkeit, der vom Volksgerichtshof im Jahre 1939 wegen Vorbereitung des Hochverrats zu lebenslangem Zuchthaus verurteilt und der – erblindet und teilweise gelähmt – von sowjetischen Truppen im April 1945 in Brandenburg befreit worden war.[609] Aufgrund seines anschließenden Beitritts zur SED und seines schriftstellerischen Einsatzes für den Sozialismus wurden seine Entschädigungsansprüche abgelehnt,[610] obwohl Niekisch deutlich machen konnte, dass er bestimmte Maßnahmen des DDR-Regimes abgelehnt hatte und er aus der SED ausgetreten war.[611] Die Argumentation des BGH in diesem Fall macht erneut deutlich, dass bestimmte Personen von ihm als nicht entschädigungswürdig angesehen wurden: Durch das Bekämpfen der bundesdeutschen Rechts- und Gesellschaftsordnung werde auch die Wiedergutmachung bekämpft, denn nur das Bestehen der Bundesrepublik ermögliche die Leistungen nach dem Gesetz.[612] Die feindliche Einstellung gegenüber

604 BGH v. 9.2.1955 – IV ZR 226/54.

605 BGH v. 9.2.1955 – IV ZR 226/54 (*RzW* (1955), S. 151).

606 BGH v. 7.7.1956 – IV ZR 987/56 (*RzW* (1956), S. 371); BGH v. 11.1.1957 – IV ZR 98/56 (*RzW* (1957), S. 146).

607 Kritisch: Giessler, Wiedergutmachung, S. 79. Immerhin hatte das BVerfG den Ausschlusstatbestand für verfassungsgemäß erklärt (*RzW* (1961), S. 375).

608 Zu ihm: Kabermann, Widerstand; Sauermann, Ernst Niekisch.

609 Dazu: Drexel, Der Fall Niekisch.

610 BGH v. 20.4.1955 – IV ZR 266/54 (*RzW* (1955), S. 249, 250), noch zum Ausschlusstatbestand des § 4 BergG; in einem zweiten Verfahren wurde der Ausschlusstatbestand des § 6 BEG angewandt (BGH v. 29.11.1961 – IV ZR 115/61 – abgedruckt bei Drexel, Der Fall Niekisch, S. 142 ff.).

611 Sein Verteidiger Fabian von Schlabendorff, der spätere Verfassungsrichter, hatte damit argumentiert, Niekisch habe insbesondere die Ereignisse des 17. Juni 1953 in der DDR kritisiert und gesagt, man könne in der DDR von einer Grundbefindlichkeit der Angst sprechen und man könne mit Schrecken beobachten, wie leicht sich die Obrigkeit über die Verfassung hinwegsetze (BA, B 283/48588, auch auf S. 11 des Urteils wird diese Haltung erwähnt). Im Jahr 1955 ist Niekisch aus der SED ausgetreten.

612 BGH v. 29.11.1961 – IV ZR 115/61.

der wohltätigen Hand war zumindest auch ein Grund für die Verweigerung der Entschädigung, vor allem wurde aber der besondere Einsatz für die DDR als maßgeblich angesehen.[613]

In den Begründungen zur Ablehnung von Ansprüchen lehnte sich der Senat häufig an entsprechende Formulierungen des Staatsschutzsenats[614] an: Bei einem aktiven Einsatz für kommunistische Organisationen wurde ein „Bekämpfen" bejaht und dementsprechend eine Entschädigung versagt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1962[615] sprach der Senat von einem allgemeinen Erfahrungssatz, dass von Funktionären ein entsprechender Einsatz verlangt und geleistet wurde.[616] Eine Frau, die 1934 als KPD-Mitglied zunächst zu drei Jahren Zuchthaus verurteilt und anschließend in das Konzentrationslager Ravensbrück verbracht worden war, hatte nach dem Krieg als Mitglied des Bezirkskomitees der „Sozialhilfe Groß-Berlin", die die Ziele der SED in West-Berlin unterstützte, mitgearbeitet.[617] Diese Mitarbeit war von der Vorinstanz, dem Kammergericht, für zu geringfügig angesehen worden, als dass sie die Entschädigung ausschließen könne, da die Frau bis auf ihre Beteiligung an einer Protestaktion passiv gewesen sei.[618] Das akzeptierte der IV. Senat nicht, sondern meinte: Die Vorinstanz „verkennt unter Verletzung von Denk- und Erfahrungssätzen die Stellung des Funktionärs in kommunistischen Organisationen,"[619] wobei der Senat auf Urteile der Kollegen des Staatsschutzsenates verwies. Abstrakte Ausführungen zur Art und Weise des Handelns der „geschulten Funktionäre", die mit Strafurteilen belegt werden, sollten dies plausibel machen. Im Entwurf des Urteils stand noch eine Passage, die eine zutreffende Relativierung enthielt, „weil zum Wesen der Demokratie eine freiheitliche geistige Auseinandersetzung gehört."[620] Dieser Satz wurde aus dem Entwurf handschriftlich gestrichen, offensichtlich weil man befürchtete, eine solche selbstkritische Bemerkung könne als falsches Signal verstanden werden.[621]

---

613 Die Gefährlichkeit dieses Mannes wurde vom Senat darin gesehen, dass er wegen seiner Bekanntheit Sympathie für die DDR bei der Bevölkerung erwecken könnte.

614 Zu dessen Rechtsprechung unten Kapitel 2.

615 BGH v. 21.2.1962 – IV ZR 191/61 (*RzW* (1962), S. 354); ähnlich: BGH v. 11.1.1957 – IV ZR 280/56 (*RzW* (1957), S. 146).

616 Dass die erforderliche aktive Tätigkeit bei einem Funktionär einer kommunistischen Partei vermutet wurde und damit an einen Nachweis geringe Anforderungen zu stellen seien, hat der Senat öfter betont (BGH v. 29.11.1961 – IV ZR 115/61 (*RzW* (1962), S. 210); BGH v. 10.6.1960 – IV ZR 65/60 (*RzW* (1960), S. 499): Aktivität in einer kommunistischen Tarnorganisation wohl nachgewiesen).

617 BGH v. 21.2.1962 – IV ZR 191/61 (*RzW* (1962), S. 354).

618 Die, die Entschädigung zusprechende Entscheidung des Kammergerichts befindet sich in: BA, B 283/50690, Bl. 14 ff.

619 BA, B 283/50690, Bl. 53.

620 S. 7 des Urteilsentwurfs, BA, B 283/50690, Bl. 55.

621 Auf das Grundrecht der Meinungsfreiheit hatte der Rechtsanwalt der Frau, der umstrittene kommunistische Anwalt Friedrich Karl Kaul, gepocht (BA, B 283/50690, Bl. 41 ff.), dem der Senat offensichtlich nicht in die Karten spielen wollte.

Derartige handschriftliche Änderungen erfolgten bei diesem Thema häufiger in den Urteilsentwürfen, wie sich aus den Verfahrensakten ergibt. Ein weiteres Beispiel: Eine Justizkritik in einer Resolution des Bezirkskomitees Neukölln wurde als typisches „Kampfmittel des Kommunismus“ bezeichnet; die entsprechende Formulierung wurde handschriftlich nachträglich in den Urteilsentwurf eingefügt[622] und zeigt das Bemühen, die für ein Bekämpfen der demokratischen Grundordnung notwendige Gewichtung zu betonen. Ganz auf dieser Linie lag eine Entscheidung aus dem Jahre 1959, in der der Antrag eines Leiters einer Betriebsgruppe der SED abgelehnt wurde, denn die für ein „Bekämpfen“ vorausgesetzte subjektive Einstellung sei bei einem solchen Funktionär zu vermuten.[623] Konkret wurde ihm vorgeworfen, dass er sechs bis sieben Flugblätter in einem Haus in Berlin in die Briefschlitze gesteckt hatte. Da das Flugblatt nach Ansicht des Senats allein der Diffamierung der politischen Führung der Bundesrepublik diente, greife der Ausschlusstatbestand ein; entscheidend sei bei den Informationsblättern der SED die „hetzerische Form des Artikels“, die der Ideologie des Kommunismus entspreche.[624] Ob das Druckwerk selbst legal sei, spiele keine Rolle. Als ein solcher Fall von unzulässiger Hetze wurde beispielsweise der Ausspruch angesehen: „Adenauer raubt den Armen das Brot und den Müttern die Söhne,“[625] mit dem auf Flugzetteln während einer Demonstration eine Kritik an den damaligen Brotpreiserhöhungen und an der geplanten Wiederbewaffnung geübt worden war.

Ein Verstoß gegen das Grundrecht auf Meinungsfreiheit liege in dieser Rechtsprechung nicht, denn zu den Schranken der Grundrechte gehöre „beim Recht auf freie Meinungsäußerung, daß es nicht zur Unterstützung von Gewaltherrschaften benutzt werden darf.“[626]

Das dürfte so allgemein nicht richtig sein, denn ein lediglich verbaler Einsatz für eine Diktatur kann unter Umständen durchaus von der Meinungsfreiheit des Art. 5 Abs. 1 GG gedeckt sein. Es ist wohl die Überlegung, dass nach Meinung des Senats derjenige, der ein Recht missbraucht, gleichzeitig seine immanente Schranke überschreitet[627] – ein immer schon gefährlicher Gedanke, der zwar in Art. 18 GG zum Ausdruck kommt, aber bewusst der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vorbehalten bleibt.[628]

622 BA, B 283/50690, Bl. 58.

623 BGH v. 15.4.1959 – IV ZR 303/58 (*RzW* (1959), S. 391).

624 BGH v. 15.4.1959 – IV ZR 303/58 (*RzW* (1959), S. 392).

625 BGH v. 9.6.1965 – IV ZR 162/64 (*RzW* (1965), S. 513).

626 BGH v. 29.11.1961 – IV ZR 115/61 (*RzW* (1962), S. 210, 211).

627 Dies führe dann konsequenterweise zum Verlust des Entschädigungsanspruchs. Ein späterer Gesinnungswandel sei unerheblich.

628 In der Kommentarliteratur zum BEG wurde die Auffassung vertreten, dass der Ausschlussgrund nur greife, wenn entweder eine Grundrechtsverwirkung nach Art. 18 GG ausgesprochen worden sei oder ein Strafurteil vorliege (Becker/Küster, Kommentar, S. 74; ähnlich: van Dam/Loos, Bundesentschädigungsgesetz, S. 121).

In räumlicher und zeitlicher Hinsicht fasste der Senat den Anwendungsbereich der Ausschlussvorschrift weit: Er war unabhängig davon eröffnet, ob der aktive Einsatz für die KPD oder die SED in die Zeit vor oder nach Erlass des KPD-Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom August 1956[629] fiel, obwohl vor dem gerichtlichen Verbot eigentlich das Parteienprivileg des Art. 21 GG zu beachten gewesen wäre, wonach der Einsatz für eine Partei, die nicht verboten war, auch nicht negativ (durch einen Ausschluss von Entschädigungsansprüchen) hätte sanktioniert werden dürfen.[630] Gleichwohl wurden entsprechende Handlungen als Ausschlussgrund angenommen,[631] zum Beispiel bei dem oben bereits erwähnten Fall einer Frau, die nach dem Krieg als Mitglied des Bezirkskomitees der SED politische Arbeit geleistet hatte. Das Kammergericht Berlin hatte ihr eine Entschädigung zugesprochen, Rechtsanwalt Kaul damit argumentiert, sie habe lediglich ihr Recht auf Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG ausgeübt.[632] Der BGH-Senat hob das Kammergericht-Urteil auf und verwies die Sache zurück.[633]

Räumlich musste der Ausschlusstatbestand in der Bundesrepublik verwirklicht werden, was der Senat angenommen hat, wenn eine Person vor dem Erlass des KPD-Urteils als Kommunist vom Ausland aus gegen die Grundordnung des Grundgesetzes agiert hatte und die Handlung in die Bundesrepublik hineinwirkte.[634] Denn für die SED greife das Parteienprivileg (aus Art. 21 GG) nicht, da das Grundgesetz im Ausland nicht gelte und die SED auch nicht durch das BVerfG verboten werden könne. Konsequenterweise wurde ein Mann, der bis 1952 dreieinhalb Jahre in der DDR als politischer Rundfunkredakteur gearbeitet hatte, ebenfalls unter den Ausschlusstatbestand gefasst,[635] und auch ein jüdischer Zeitungsredakteur, der in der NS-Zeit als Kommunist verfolgt worden war und nach dem Krieg bei einem „ostzonalen“ (SED-nahen) Verlag gearbeitet hat, wurde mit seinen Entschädigungsansprüchen ebenfalls ausgeschlossen.[636] Bei der Frage, ob Berlin zum In- oder Ausland zählte, argumentierte der Senat ähnlich: Da das KPD-Urteil des BVerfG nicht in Westberlin gelte,[637] entfalte auch das Parteiprivileg insoweit keine Wirkung; die SED könne sich in Hinblick auf § 6 Abs. 1 Nr. 2 BEG deshalb nicht darauf berufen, dass sie in Westberlin nicht verboten sei.[638]

---

629 BVerfG v. 17.8.1956 – 1 BvB 2/51 (*NJW* (1956), S. 1393).

630 Dies wurde kritisiert zum Beispiel in dem von Senatsmitglied Wilden mitherausgegebenen Kommentar zum BEG, s. Blessing/Wilden-Ehrig, § 6 Rn. 17; ebenso kritisch: van Dam/Loos, § 6 Anm. 4; Jasper, Die disqualifizierten Opfer, S. 372.

631 BGH v. 5.11.1958 – IV ZR 142/58 (*RzW* (1959), S. 65).

632 BA, B 283/50690, Bl. 41 ff.

633 BGH v. 12.7.1961 – IV ZR 119/61 (*RzW* (1962), S. 164).

634 BGH v. 25.10.1961 – IV ZR 121/61 (*RzW* (1962), S. 119); BGH v. 28.5.1965 – IV ZB 208/65.

635 BGH v. 16.12.1959 – IV ZR 183/59 (*RzW* (1960), S. 264 f.).

636 BGH v. 28.5.1965 – IV ZB 208/65.

637 Weil das Bundesverfassungsgericht in Westberlin keine richterliche Gewalt ausüben könne.

638 BGH v. 12.7.1961 – IV ZR 89/61 (*RzW* (1962), S. 64); BGH v. 29.11.1961 – IV ZR 115/61 (*RzW* (1962), S. 210). Das wurde z. T. anders gesehen (etwa vom KG, in: *RzW* (1972), S. 16); Gießler, in: *RzW* (1962),

Resümierend ist zur Rechtsprechung zum Ausschlusstatbestand des § 6 BEG festzuhalten, dass häufig für die Versagung der Ansprüche nicht konkrete Taten entscheidend waren, sondern letztlich die öffentlich geäußerte politische Meinung des Antragstellers. Diese „Täterorientierung“ ist ein weiterer Beleg für die bereits angesprochene Tendenz des Senats, bestimmte Personen, in diesem Fall konkret solche, die sich aktiv für den Kommunismus einsetzten und gegen die Bundesrepublik agierten, als nicht entschädigungswürdig anzusehen.

1.3.6 Die zu ersetzenden Schäden

Welche Schäden zu ersetzen sind, war zwar im BEG in einer Reihe von Vorschriften geregelt,[639] doch stellten sich gerade auch in diesem Bereich viele schwierige Beweisfragen, die oft gar nicht exakt beantwortet werden konnten. Gerade die Ermittlung von Schäden im gesundheitlichen, aber auch im Vermögensbereich, speziell bei einem Berufsschaden, erwies sich als kompliziert.

Verfolgungseigentümlichkeit des Schadens

Die zentrale Vorfrage lautete: Welche durch eine Verfolgungsmaßnahme ausgelösten Schäden waren zu ersetzen? Reicht bereits die bloße Kausalität der Verfolgung aus? Letzteres wurde allgemein verneint. Eine erste Einschränkung stellte der I. Senat bereits im Jahr 1951 als grundsätzliche Eingrenzung für das gesamte zivilrechtliche Schadensrecht auf: Das Kriterium der Adäquanz grenzt die Kausalität ein,[640] was der Entschädigungssenat in ständiger Rechtsprechung übernahm.[641] Danach musste eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen entsprechenden Geschehensablauf sprechen. Daher wurde ein natürlicher Ursachenzusammenhang im Sinne eines adäquaten Zusammenhanges zwischen der Verfolgungsmaßnahme und dem Tod des Betroffenen abgelehnt, wenn die Möglichkeit des Eintritts von Schäden durch die NS-Gewaltmaßnahme so entfernt war, dass sie nach der allgemeinen Vorhersehbarkeit nicht in Betracht gezogen zu werden brauchte. Entschädigungsfreundlich wurde die adäquate Kausalität bejaht bei einem aus rassistischen Gründen Verfolgten, dessen Flucht nach dem Ausbruch des Krieges zunächst endete, als er von Organen der französischen Polizei vom Schiff geholt und in Casablanca für vier Wochen inhaftiert wurde, bevor er seine Flucht fortsetzen konnte. Der Senat nahm für seinen Tod, der dann später weni-

S. 81, der insbesondere die Ungleichbehandlung von Tätigkeiten im Bund und in Berlin für problematisch hielt.

639 Das BEG differenzierte nach Leben, Schaden an der Gesundheit, an der Freiheit, an Eigentum und Vermögen, Ausbildungs- und Berufsschäden usw.; s. die unterschiedlichen Beiträge, überwiegend von Praktikern in: Schwarz, Die Wiedergutmachung, Das Bundesentschädigungsgesetz.

640 BGH v. 23.10.1951 – I ZR 31/51 (BGHZ 3, 261).

641 Z. B.: BGH v. 4.12.1957 – IV ZR 191/57.

ge Tage nach dem Eintreffen in Südamerika eingetretenen war, einen ursächlichen Zusammenhang zu der Verfolgungsmaßnahme an.[642]

Der Entschädigungssenat konkretisierte das Erfordernis der Adäquanz dahingehend, dass der Schaden einem optimalen Beobachter voraussehbar sein musste und stellte dabei wiederum konkret auf die Perspektive der Verfolger ab.[643] Dies wirkte sich oft zugunsten der Anspruchsteller aus; denn wenn im Einzelfall auf die Sicht der Verfolger zur Zeit der Verfolgung abgestellt wurde und diese ein Spezialwissen hatten, erweiterte sich der Kreis der zurechenbaren Schäden, wie das folgende Beispiel zeigt: Für polnische Juden, die – vom nationalsozialistischen Regime verfolgt – ins sowjetisch besetzte Polen geflohen, dort von den sowjetischen Einheiten verhaftet und nach Sibirien verbracht worden waren, meinte der Senat:

> Eine solche Gestaltung des Geschehensablaufs, daß es zur Zwangsverschickung von Teilen der polnischen Zivilbevölkerung kommen werde, daß die Betroffenen dabei schweren gesundheitlichen Strapazen ausgesetzt sein würden […] war auch im Jahre 1942 einem optimalen Beobachter, insbesondere aber für die maßgeblichen NS-Machthaber durchaus schon erkennbar.[644]

Da dieser Vorgang für einen neutralen Beobachter nicht vorhersehbar war, für die Nationalsozialisten aber – aufgrund des Hitler-Stalin-Paktes – schon, war die Adäquanz gegeben, die Formel des BGH also für die Anspruchsteller eher günstig.[645] Es ist vielleicht kein Zufall, dass es Juden waren, für die eine solche großzügige Auslegung gewählt wurde.

In anderen Konstellationen nahm der Senat allerdings eine weitere Einschränkung der als zu weit empfundenen Kausalität vor: Ein Schaden sei nicht zu ersetzen, wenn er zwar adäquat kausal, aber nur mittelbar durch die Verfolgungsmaßnahme herbeigeführt worden und unmittelbar Folge des Krieges war. Mit anderen Worten: Den gleichen Schaden hätte auch eine nichtverfolgte Person erleiden können. In diesem Zusammenhang griff der Senat auf den Begriff der „Verfolgungseigentümlichkeit“ zurück,[646] oder, wie er es umschrieben hat: Die Verletzung sei nur dann „verfolgungseigentümlich“, wenn „die allgemeine Gefahrenlage, aus der heraus es zu dem Schaden kam, für den Verfolgten gegenüber Nichtverfolgten durch die Verfolgung erhöht worden ist“.[647]

---

642 BGH v. 27.1.1960 – IV ZR 205/59 (*RzW* (1960), S. 303).

643 BGH v. 7.6.1961 – IV ZR 14/61 (*RzW* (1962), S. 21).

644 BGH v. 7.6.1961 – IV ZR 14/61 (*RzW* (1962), S. 7–21); BGH v. 18.4.1962 – IV ZR 255/61 (*RzW* (1962), S. 449).

645 BGH v. 25.10.1961 – IV ZR 101/61 (*RzW* (1962), S. 116).

646 BGH v. 27.2.1957 – IV ZR 293/56 (*RzW* (1957), S. 147) für Währungsschäden verneint; BGH v. 7.6.1961 – IV ZR 14/61 (*RzW* (1962), S. 21); in dem letzten Fall wurde bereits die Adäquanz verneint.

647 BGH v. 14.7.1964 – IV ZR 159/63 (*RzW* (1964), S. 547): Entschädigung bei Tod auf einem Schiff nach Torpedierung während des Transports von England nach Kanada als feindlicher Ausländer). BGH v. 23.10.1963 – IV ZR 26/63 (*RzW* (1964), S. 124): Ein adäquater Kausalzusammenhang wurde abgelehnt für den Gesundheitsschaden, den der Verfolgte sich bei der Heranziehung zu Notarbeiten zugezogen hatte.

Grundsätzlich ließ sich mit dieser Formel vielleicht der eine oder andere Fall befriedigend lösen, der Begriff der Verfolgungseigentümlichkeit[648] war allerdings nur wenig geeignet, die Ergebnisse zu konturieren.

Daran fehlte es, so der Senat, bei einem Juden, der zu einer Sonderformation eingezogen worden war und während eines Einsatzes – zu dem Nichtverfolgte unter gleichen Bedingungen herangezogen worden waren – durch eine Fliegerbombe (in Versailles) getötet worden war.[649] Das Oberlandesgericht Koblenz hatte dies anders gesehen, mit der nicht ganz abwegigen Überlegung, dass schon die Einberufung in dem konkreten Fall eine Verfolgungsmaßnahme darstelle.[650] Der BGH blieb aber bei seiner Haltung in einem ähnlichen Sachverhalt: Abgelehnt wurden Ansprüche von Hinterbliebenen eines Verfolgten, der als Angehöriger einer Bewährungseinheit der Wehrmacht durch ein feindliches Geschoss in einem allgemein üblichen militärischen Einsatz gefallen war.[651] Und das galt auch für einen in der Illegalität lebenden Juden.[652] Dieser Mann namens Elias hatte aus Berlin fliehen müssen und sich, auch noch während der Belagerung durch die sowjetischen Truppen, in Bunkern in Breslau versteckt, wo er im Februar 1945 von einem Granatsplitter getroffen worden war. Der Rest der Bevölkerung hatte sich zu diesem Zeitpunkt bereits in den Festungsbereich der Stadt begeben, was ihm als Jude so nicht möglich gewesen war, so dass man durchaus hätte sagen können, die Gefahrenlage habe sich für ihn erhöht.[653]

Die Entscheidungen dieser verschiedenen Sachverhalte wurden zwar unter die Rubrik der Kausalität eingeordnet, andererseits hat der Senat aber selbst zum Ausdruck gebracht,[654] es gehe um „die Bestimmung einer Grenze, bis zu der dem Verpflichteten eine Haftung für einen Schaden, für den er eine Bedingung gesetzt hat, billigerweise zuzumuten war“,[655] mit anderen Worten: Die Richter wollten die Begrenzung staatlicher Haftung durch eine Beschränkung der Entschädigung auf für den Staat zumutbare Folgen, womit wohl auch die finanzielle Belastung der Bundesrepublik gemeint sein dürfte, was mitunter sogar im Urteil formuliert wurde:

> Er (der Gesetzgeber – der Verfasser) hat vielmehr mit Rücksicht auf die finanziell beschränkten Mittel der Bundesrepublik und der Länder für die Entschädigungen enge Grenzen ziehen müssen und durch zahlreiche Bestimmungen des Gesetzes gezogen,[656]

648 Senatsmitglied Hans Wilden hat diesen Begriff in einem Überblicksaufsatz als selbstverständlich vorausgesetzt (*DRiZ* (1960), S. 324).
649 BGH v. 22.6.1955 – IV ZR 76/55 (*RzW* (1955), S. 293). Berichterstatter war Werner (BA, B 283/48706).
650 OLG Koblenz v. 30.11.1954 – 3 U 24/54 (BA, B 283/48706, Bl. 20).
651 BGH v. 26.9.1956 – IV ZR 238/55 (*RzW* (1957), S. 24).
652 BGH v. 6.12.1957 – IV ZR 191/57 (*RzW* (1958), S. 138).
653 BA, B 283/49424.
654 BGH v. 7.6.1961 – IV ZR 86/61 (*RzW* (1962), S. 21).
655 BGH v. 4.5.1960 – IV ZR 4/60 (*RzW* (1960), S. 375 mit abl. Anm. Küster, S. 450). BGH v. 26.4.1963 – IV ZR 143/62 (*RzW* (1963), S. 496): Arbeitsunfähigkeit durch Berufsunfälle, Kausalität verneint; BGH v. 22.10.1965 (*RzW* (1966), S. 72).
656 BGH v. 20. 4.1955 – IV ZR 266/54, S. 6 des Urteils (BA, B 283/48588).

aber darüber hinaus auch von dem Senatsmitglied Wilden in einem Aufsatz als zu berücksichtigender Faktor genannt wird.[657] Damit waren die Wertungen offener, aber natürlich auch angreifbarer: Die geschilderte Begrifflichkeit führte im Ergebnis zu Billigkeitserwägungen, so dass unterschiedliche Begründungen zur Ablehnung der Entschädigung führen konnten, die sich dann aber auch der Kritik stellen mussten. Der Senat verhehlt nicht das wesentliche, hinter den Überlegungen stehende Motiv, nämlich der Vergleich zwischen Verfolgten und Nichtverfolgten. Denn ohne die Einschränkung, so der Senat, würden politisch Verfolgte gegenüber den allgemeinen Opfern des Krieges privilegiert, ein Gedanke, der aber darüber hinwegsieht, dass nicht selten erst die Verfolgung dazu führte, dass die betreffende Person den Kriegsfolgen ausgesetzt worden war.

Dazu ein Beispiel: Die Jüdin Kathy Wardrope, geb. Elias, und ihr nichtjüdischer Mann hatten aus Verfolgungsgründen ihr Haus veräußern und die Möbel bei einem Spediteur einlagern müssen, wo sie zum Teil gestohlen und zum Teil durch Bombardierungen zerstört worden waren. Das Oberlandesgericht Hamm hat unter Bezugnahme auf die BGH-Rechtsprechung den Anspruch abgelehnt:[658] Da die eingelagerten Güter Nichtverfolgter genauso betroffen gewesen seien, fehle es an der Verfolgungseigentümlichkeit.[659] Der BGH bestätigte diese Entscheidung. Letzteres scheint zwar auf den ersten Blick schlüssig zu sein, überzeugt aber im Ergebnis dennoch nicht so ganz, denn das Ehepaar hätte ohne die Verfolgung das Haus nicht veräußert und ihre Sachen gar nicht erst eingelagert!

Ähnlich wurde die Unterbrechung des Kausalzusammenhanges beim Schicksal jüdischer Häftlinge gesehen, die durch eine Rettungsaktion befreit und anschließend auf einem Transport, der mit dem Zeichen des Roten Kreuzes gekennzeichnet gewesen war, bei einem feindlichen Fliegerangriff auf dem Weg nach Schweden verletzt worden waren.[660] Ein Vergleich mit Nichtverfolgten zeige, so der BGH, dass hier ein Anspruch ungerechtfertigt wäre. Aber auch in diesem Fall kann man zugunsten der Geschädigten anführen, dass sie ohne die Verfolgung gar nicht interniert und anschließend ausgereist wären.[661]

Gerade die Schwierigkeiten der Feststellung der Kausalität zwischen Schaden und Verfolgung zeigen das Dilemma vieler BGH-Entscheidungen. Auf der einen Seite der selbst gewählte Anspruch der Großzügigkeit, auf der anderen Seite die Versuche einer Grenzziehung, für die die Opfer wenig Verständnis zeigten, erst recht, wenn es bei der

657 Ausdrücklich befürwortet wird dies von ihm in: Wilden, Die grundsätzliche Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 324.

658 OLG Hamm 13 U 18/57 – in: BA, B 283/49387, Bl. 4 ff.

659 Der BGH verwarf die Revision auf Entschädigung als unzulässig (BGH v. 19.6.1957 – IV 145/57). Das Landgericht hatte einen Anspruch zugesprochen, das Oberlandesgericht Hamm abgelehnt.

660 BGH v. 4.5.1960 – IV ZR 4/60 (*RzW* (1960), S. 375) m. Anm. Küster, in: *RzW* (1960), S. 450 f.

661 Wie hier Küster, in: *RzW* (1960), S. 450.

Ablehnung von Anträgen auf Spitzfindigkeiten hinauslief, die noch dazu nicht vollständig überzeugten.

Gesundheit und Tod

Die Kausalitätsfeststellung ist besonders im gesundheitlichen Bereich, konkret beim Schaden an Gesundheit und Leben, generell schwierig. Dazu kommt, dass damals eine zweifelsfreie Feststellung der Todesursache Inhaftierter oft unmöglich war, einerseits aufgrund der Länge des seither erfolgten Zeitablaufs, andererseits aufgrund einer, wie der BGH sich ausdrückte, „fast undurchdringlichen Mauer des Schweigens“ seitens der NS-Machthaber bezüglich des Todes der sich in dessen Gewalt befindlichen Verfolgten.[662] Sinnvollerweise enthielt das Gesetz eine Vermutung in § 15 BEG, dass der Tod eines nachweislich Verfolgten auf die verfolgungsbedingte Freiheitsentziehung zurückzuführen ist. Diese Regelung wurde vom Senat konsequent zugunsten der Antragsteller umgesetzt: Ein Mann war acht Jahre nach der Entlassung aus der Haft an Krebs verstorben, und nach ärztlicher Auffassung sei ein Zusammenhang zwischen dem Tode und der Haft unwahrscheinlich. Dies reiche, so der BGH, für ein Widerlegen der Vermutung nicht aus,[663] denn die Entschädigungsbehörde könne nicht beweisen, dass kein ursächlicher Zusammenhang zwischen der Verfolgung, konkret der Deportation und dem Tod an dem Krebsleiden bestand.[664]

Die Vermutung griff allerdings nicht, wenn der Verfolgte während einer Freiheitsentziehung gestorben war, die selbst keine Verfolgungsmaßnahme darstellte oder mit einer solchen im ursächlichen Zusammenhang stand. Deshalb hatte eine jüdische Witwe, die mittlerweile in New York lebte, mit ihrem Entschädigungsantrag zunächst keinen Erfolg. Sie war 1941 mit ihrem Mann in Lemberg verhaftet und im Ghetto eingesperrt worden, ihnen war dann aber im September 1942 die Flucht nach Warschau gelungen. Dort hatten sie mit falschen Papieren als nichtjüdische Polen gelebt und wurden 1944 bei der Räumung des Warschauer Ghettos ins Reichsgebiet zwangsverschickt und zur Zwangsarbeit eingesetzt. Der Mann starb in einem Barackenlager in Wien.[665] Die Inhaftierung in Wien, so der Senat, sei keine Verfolgung (im Sinne des § 15 Abs. 2 BEG) gewesen, weil die Verfolger damals nicht gewusst hätten, dass er Jude war.[666] Im Übrigen stellte der Senat komplizierte Kausalitätsüberlegungen an: In Lemberg sei das Paar politischer Verfolgung ausgesetzt gewesen, die aber nicht adäquat kausal für die weitere Behandlung in Warschau gewesen sei, denn auch ein optimaler

662 BGH v. 25.9.1957 – IV ZR 154/57 (*RzW* (1958), S. 20, 21).

663 BGH v. 11.2.1959 – IV ZR 167/58 (*RzW* (1959), S. 224).

664 Ähnlich entschädigungsfreundlich: BGH v. 28.2.1962 – IV ZR 240/61 (*RzW* (1962), S. 400): Verkürzung der Lebenszeit eines unheilbar (Krebs-)Kranken genügt.

665 BGH v. 20.12.1963 – IV ZR 117/63 (*RzW* (1964), S. 212).

666 Der BGH hat die Sache an das OLG zurückverwiesen, um prüfen zu lassen, ob ein ursächlicher Zusammenhang zwischen der ursprünglichen Verfolgungsmaßnahme und dem Tod bestand. Kritisch: Hebenstreit, Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1964), S. 212.

Beobachter hätte 1941/42 nicht vorhersehen können, dass große Teile der Zivilbevölkerung Warschaus umgesiedelt würden. Aber es sei vorhersehbar gewesen, dass unter zwangsverschickten Polen auch illegal untergetauchte Juden gewesen seien, die wegen der Entbehrungen geschwächt waren. Ob dies bei dem Betroffenen gegeben sei, habe die Vorinstanz nunmehr aufzuklären. Die Entscheidung zeugt von einer Vertiefung der Richter in die historischen Abläufe mit verästelten Gedanken, war allerdings in diesem konkreten Einzelfall möglicherweise positiv für die Antragstellerin, denn das ablehnende Urteil des Oberlandesgerichts Koblenz[667] wurde aufgehoben, nachdem dem Antrag der Witwe auf Wiedereinsetzung (nach einem Fristversäumnis) stattgegeben worden war.[668]

Weniger verfolgtenfreundlich wurde für den Hinterbliebenenanspruch eines zu Tode gekommenen Verfolgten zur Voraussetzung gemacht, dass dem Verfolger an dem Eintritt des späteren Todes ein Verschulden (im Sinne von Vorsatz oder Leichtfertigkeit) vorzuwerfen ist (§ 15 BEG).[669] Diese gesetzlich normierte Einschränkung wurde vom BGH angewandt, in der Literatur aber überwiegend abgelehnt, unter anderem wegen des Widerspruchs, dass der Anspruch wegen eines Gesundheitsschadens nicht von einem Verschulden abhängig war.[670] Auch einige Oberlandesgerichte legten die Norm anders aus als der BGH, indem sie mit der Entstehungsgeschichte des Gesetzes gegen den Wortlaut argumentierten.[671] Ein weiteres Argument gegen die Senatsrechtsprechung bestand darin, dass die verfolgenden Stellen bei Einleitung von Verfolgungsmaßnahmen, die zu einem Gesundheitsschaden führten, immer in Kauf genommen hätten, dass diese auch zum Tod des Verfolgten führen könnten.[672] Und das schlagende systematische Argument drängte sich auch damals schon auf: Wenn der verfolgungsbedingte Gesundheitsschaden ohne Verschulden eine Entschädigung auslöste, konnte ja wohl kaum der daraus später resultierende Tod plötzlich mangels Verschuldens irrelevant werden. Immerhin versuchte der Senat in Einzelfällen, trotz seines Festhaltens am Wortlaut gleichwohl eine Entschädigung zuzusprechen: So bejahte er den Entschädigungsanspruch einer Witwe, deren jüdischer Mann im Jahr 1940 Suizid begangen hatte, nachdem ihm von seinem Arbeitgeber gekündigt worden war, weil das Geschäft boykottiert und arisiert worden war.[673] Er sei, so der Senat, zumindest fahrlässig in den Tod getrieben worden, das Verschulden bestehe auf Seiten der Machthaber, die die Verfolgungsmaßnahme veranlasst haben; bei dem konkret Han-

667 Das Urteil befindet sich in: BA, B 283/51237, Bl. 6 ff.

668 Bescheid v. 3.7.1963 (BA, B 283/51237, Bl. 56); ihr New Yorker Anwalt hatte die Frist nicht eingehalten.

669 BGH v. 30.10.1957 – IV ZR 183/57 (*RzW* (1958), S. 105): Das Gesetz (§ 41 i. V. m. § 15 BEG) verlange ein Verschulden am Tod. BGH v. 14.1.1959 – IV ZR 226/58 (*RzW* (1959), S. 216, ohne die Mitwirkung von Walther Ascher).

670 Küster und Schüler, in: *RzW* (1958), S. 105.

671 OLG Hamburg, in: *RzW* (1959), S. 22, 24; OLG Neustadt, in: *RzW* (1959), S. 107.

672 So unter anderem auch Brunn, Hinterbliebenenversorgung, S. 171.

673 BGH v 12.12.1956 – IV 246/56 (*RzW* (1957), S. 120).

delnden, das heißt beim kündigenden Arbeitgeber, müsse ein Verschulden nicht vorliegen.

Ließ sich ein solches Verschulden allerdings nicht finden, blieb der Senat hart: Noch im Januar 1959 hob er eine Hamburger Entscheidung auf, die eine Entschädigung zugesprochen hatte;[674] der Senat vermisste den Nachweis eines Verschuldens.

Da dieses Ergebnis auch auf Unverständnis der Bundesländer stieß, schlossen diese im Juni 1959 eine Verwaltungsvereinbarung, in der sie festlegten, dass ein Entschädigungsanspruch wegen eines auf einer Verfolgung beruhenden Todes unabhängig von einem Verschulden gegeben sein kann.[675] Erst danach knickte dann der Senat jedenfalls teilweise ein und bejahte beispielsweise in einem Fall einen Entschädigungsanspruch, in dem der Verfolgte kurze Zeit nach der Entlassung aus der Haft an einem Krebsleiden gestorben war.[676] Schließlich regelte der Gesetzgeber des BEGSchlG von 1965, dass ein Verschulden nicht (mehr) verlangt wird. Dieses Beispiel zeigt, wie der Senat gegen großzügigere Auffassungen, die damals verbreitet vertreten wurden, angegangen ist.

Immer wieder waren Beweisfragen Gegenstand der Revision. Bei den sogenannten anlagebedingten Leiden handelte es sich um einen Fall der überholenden Kausalität:[677] Hierbei ist die Verfolgung gänzlich hinwegzudenken und zu fragen, welches Schicksal der Betroffene gehabt hätte, wenn er nicht zum Kreis der Verfolgten gehört hätte.[678] Starb eine verfolgte Person an einem schon vor der Verfolgung bestehenden Leiden während einer verfolgungsbedingten Freiheitsentziehung, so hatte der Antragsteller zu beweisen, dass der Tod auf der Verfolgung und nicht auf der bereits vorhandenen Krankheit beruhte,[679] was sich in vielen Fällen äußerst schwierig gestaltete.[680] Generell ließen sich zu den medizinischen Problemen unendlich viele Beispiele finden, in denen es immer wieder um komplizierte Beweisfragen ging.[681] Erwähnt sei,

674 BGH v. 14.1.1959 – IV ZR 226/58 (*RzW* (1959), S. 216).

675 Verwaltungsvereinbarung der Länder v. 23.6.1959 zu § 41 (*RzW* (1959), S. 364).

676 BGH v. 20.11.1959 – IV ZR 164/59 (*RzW* (1960), S. 115): es reiche, wenn das Verschulden bei den NS-Machthabern vorliege. Die Sache wurde allerdings zurückverwiesen.

677 Von einer überholenden Kausalität spricht man, wenn feststeht, dass der gleiche Schaden, der durch die Verfolgungsmaßnahme eingetreten ist, zu einem (späteren) anderen Zeitpunkt auch ohne die Verfolgung eingetreten wäre. Der BGH hat bestätigt, dass dieser Grundsatz für das gesamte Entschädigungsrecht gilt (BGH v. 30.3.1960 – IV ZR 291/59 (*RzW* (1960), S. 306).

678 BGH v. 28.9.1960 – IV ZR 98/60 (*RzW* (1961), S. 65, ständige Rspr.).

679 BGH v. 8.4.1959 – IV ZR 41/59 (*RzW* (1959), S. 333) m. ablehnender Anm. Hesse, Beweis, in: *RzW* (1960), S. 488; BGH v. 13.12.1963 – IV ZR 321/63 (*RzW* (1964), S. 167).

680 Weitere Fälle mit Einzelaspekten zu anlagebedingten Gesundheitsschäden: BGH v. 6.12.1957 – IV ZR 229/57 (*RzW* (1958), S. 196); BGH v. 30.5.1962 – IV ZR 42/62 (*RzW* (1962), S. 425); BGH v. 11.11.1960 – IV ZR 144/60 (*RzW* (1961), S. 111); BGH v. 19.12.1962 – IV ZR 218/62 (*RzW* (1963), S. 170); BGH v. 25.9.1957 – IV ZR 156/57 (*RzW* (1958), S. 20); BGH v. 18.5.1960 – IV ZR 244/59 (*RzW* (1960), S. 453); BGH v. 29.1.1964 – IV ZR 198/63 (*RzW* (1964), S. 263).

681 Von medizinischer Seite wurde der zu enge Krankheitsbegriff bemängelt, da der BGH diesen reduziert habe auf die Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit (s. BGH v.19.12.1962 – IV ZR 218/62

dass Verfolgte für psychische Störungen, die durch Verfolgungsmaßnahmen adäquat verursacht waren, grundsätzlich Entschädigung verlangen konnten, so der Senat zutreffend,[682] aber auch hier war die Beweislage mitunter schwierig. Die Zwangssterilisation hatte bei einer Frau zu psychischen Störungen geführt, die Gutachter hatten deshalb eine Beeinträchtigung bejaht und das Oberlandesgericht einem Entschädigungsanspruch stattgegeben. Das genügte dem Senat nicht, hier müsse die gesamte Persönlichkeit der Antragstellerin gewürdigt werden,[683] um festzustellen, ob Veränderungen im Zustand und im Wesen der Gesamtpersönlichkeit vor und nach dem Eingriff vorlägen.[684]

Die Entscheidungen des Senats zur Entschädigungsfähigkeit sogenannter „landesüblicher Leiden", also Gesundheitsschäden ausgewanderter Verfolgter durch ungewohnte und schädigende Lebensbedingungen, die für das Immigrationsland typisch sind, waren in der Regel großzügig und gelangten meist zu nachvollziehbaren Ergebnissen.[685] Aufgrund der vielen, hier nur angedeuteten Beweisprobleme schuf der Gesetzgeber schließlich für die Gesundheitsschäden im Rahmen des BEGSchlG in § 171 Abs. 2 BEG die Möglichkeit eines Härteausgleichs für die Fälle, in denen die Ursächlichkeit eines Schadens aufgrund der Unzulänglichkeit der wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht festgestellt werden kann.

Soforthilfe für Ausgewanderte/Deportierte

Bestimmte Verfolgte, wie etwa Deportierte, konnten einen sogenannten Soforthilfeanspruch im Sinne einer einmaligen Zahlung erhalten. Ein solcher Anspruch wegen einer zwangsweisen Verbringung in ein Lager scheiterte allerdings häufig an dem engen Deportationsbegriff (§ 4 Abs. 1 Ziffer c BEG), denn die Einlieferung in ein Lager, das im Deutschen Reich lag, etwa im bayrischen Dachau, stelle, so der BGH, schon begrifflich keine Deportation dar,[686] da diese ein Verbringen ins Ausland voraussetze,[687] etwa nach Auschwitz oder Theresienstadt. Aber auch die Einweisung in das Konzentrationslager Mauthausen, das in Österreich lag, wurde nicht als Deportation aner-

(*RzW* (1963), S. 170); kritisch Hebenstreit, Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1960), S. 433: Das sei zu eng, weil auch Ansprüche auf Heilverfahren gegeben sein könnten, s. Weiss, Bundesentschädigungsgesetz, Bd. 1, S. 381. Das Abstellen auf die Leistungsfähigkeit war immerhin konsequent, wenn es um die Rente wegen einer Erwerbsminderung ging.

682 BGH v. 18.5.1960 – IV ZR 244/59 (*RzW* (1960), S. 453); BGH v. 10.4.1963 – IV ZR 281/62 (*RzW* (1963), S. 453).

683 BGH v. 16.1.1957 – IV ZR 244/56 (*RzW* (1957), S. 121).

684 BGH v. 16.1.1957 – IV ZR 244/56 (*RzW* (1957), S. 121). Während bei körperlichen Verletzungen bestimmte Prozentsätze vermutet wurden, galt dies für die psychischen Schäden nicht.

685 BGH v. 25.6.1958 – IV ZR 68/58 (*RzW* (1958), S. 413).

686 BGH v. 14.2.1958 – IV ZR 304/57 (*RzW* (1958), S. 192); BGH v. 24.3.1961 – IV ZR 274/60 (*RzW* (1961), S. 309).

687 BGH v. 25.6.1958 – IV ZR 53/58 (*RzW* (1958), S. 322); BGH v. 25.6.1958 – IV ZR 68/58 (*RzW* (1958), S. 413).

kannt,[688] weil es sich um ein Gebiet handele, das damals als deutsches Siedlungsgebiet angesehen wurde. Wegen dieses Kriteriums waren ebenfalls nicht anspruchsberechtigt Personen, die in ein Konzentrationslager deportiert wurden, das im ehemaligen Sudetenland lag, denn auch dieses sei ein geschlossenes deutsches Siedlungsgebiet gewesen.[689] Erst der Gesetzgeber beseitige 1965 diese unbefriedigende Situation, indem er den Deportationsbegriff erweiterte (§ 141 Abs. 2 BEG).

Probleme gab es auch im Falle der Rückwanderer, denen grundsätzlich ein Soforthilfeanspruch zustand. Mit dem Begriff des Rückwanderers (§ 141 BEG) wurden die Verfolgten bezeichnet, die in ein Konzentrationslager, das außerhalb des deutschen Altreichsgebietes[690] gelegen war, verbracht worden waren, und nach der Befreiung ins „Altreich“ zurückkehrten. Personen, die zwar zunächst an einen Ort außerhalb des deutschen Siedlungsgebietes eingesperrt worden waren, dann aber – vor allem im Zuge des militärischen Rückzuges – in ein Lager innerhalb des Altreichsgebietes, zum Beispiel nach Dachau zwangsweise zurückverbracht und erst danach dort befreit worden waren, stand aber kein Anspruch auf Soforthilfe zu. Der BGH argumentierte, bei ihnen handele es sich nicht mehr um eigentliche Rückwanderer,[691] denn eine Rückverlegung sei keine Rückwanderung: Mit der Verlegung beispielsweise aus Auschwitz nach Dachau ende die Deportation, und nach der Befreiung sei eine Rückwanderung begrifflich ausgeschlossen: Wer sich nach Erlangung der Freiheit bereits wieder in seiner alten Heimat befindet, sei kein Rückwanderer. Der auf Entschädigungssachen spezialisierte Anwalt Schüler hielt dem entgegen, man könne den Begriff des Rückwanderers auch weit auslegen,[692] so wie es auch das BVerwG mit dem Begriff des Heimkehrers getan hatte.[693] Er konnte sich mit diesem Vorschlag zwar gegenüber der BGH-Rechtsprechung nicht durchsetzen, doch haben die Bundesländer sich am 23. Juni 1959 geeinigt, in der zwangsweisen Rückführung in ein Lager im Altreichsgebiet keine Begründung eines Wohnsitzes zu sehen, womit der Soforthilfeanspruch nicht ausgeschlossen wurde. Schließlich schuf auch in diesem Fall wieder der Gesetzgeber

688 BGH v. 28.10.1958 – BGH v. 9.4.1958 – IV ZR 318/57 (*RzW* (1958), S. 272); BGH v. 5.12.1958 – IV ZR 168/58 (*RzW* (1959), S. 161). Anderer Ansicht war in dieser Frage das OLG Köln (Entscheidung v. 16.3.1959 – 5 U 92/57, in: BA, B 283/50019, Bl. 19 ff.); ähnlich wie das OLG Köln argumentierte Rechtsanwalt Werthauer vor dem BGH (Schreiben v. 31.8.1955, BA, B 283/50019, Bl. 29), konnte den Entschädigungssenat jedoch nicht überzeugen.

689 BGH v. 5.12.1959 – IV ZR 168/58 (*RzW* (1959), S. 161).

690 Maßgeblich war der Stand vom 31.12.1937.

691 BGH v. 25.6.1958 – IV ZR 53/58 (*RzW* (1958), S. 322); BGH v. 25.6.1958 – IV ZR 254/55 (*RzW* (1958), S. 406).

692 Schüler, in: *RzW* (1958), S. 322, meinte, der Wortlaut des § 141 BEG könne die andere Auslegung rechtfertigen.

693 BVerwG, in: *NJW* (1958), S. 1058.

des BEGSchlG[694] Abhilfe[695] und brachte damit zumindest mittelbar zum Ausdruck, dass er die Ergebnisse des Senats nicht billigte.

Scheidung als Ausschluss der Rente?

Zum Rentenschaden[696] sei nur ein Beispiel mitgeteilt, das sowohl in methodischer Hinsicht als auch vom Ergebnis her ein bezeichnendes Schlaglicht auf die mitunter sehr enge Sicht der Senatsrechtsprechung wirft:[697] Eine nichtjüdische Frau machte einen Rentenanspruch geltend, weil ihr früherer jüdischer Ehemann im Februar 1943 deportiert und für verschollen erklärt worden war. Das Problem ihres Antrags lag darin begründet, dass die beiden am 25. Oktober 1939 geschieden worden waren. Vorher hatte das Paar gemeinsam ein Textilgeschäft betrieben, das als jüdisches Geschäft galt, und um dieses vor dem Zugriff der Nationalsozialisten durch eine sogenannte Arisierung[698] zu bewahren, hatten sie beschlossen, sich scheiden zu lassen.[699] Die Frau hatte sich für schuldig bekannt, weil sie dadurch erreichte, dass sie einerseits den Betrieb fortführen konnte und andererseits ihrem Mann gegenüber unterhaltspflichtig wurde. Daher konnte sie ihm Geld, das der Betrieb abwarf, als Unterhaltsschuld überweisen. Die beiden haben danach

> [...] trotz getrennten Wohnens ihre gegenseitige herzliche Zuneigung und ihr Verhalten zueinander nicht geändert. Nach einem Ende der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft wollten sie sich wieder vereinigen,[700]

so der Tatbestand des BGH-Urteils. Dazu ist es aufgrund der Deportation und der wahrscheinlichen Ermordung des Ehemannes nicht mehr gekommen. Dem Antrag der Frau auf die Rente wurde vom Kammergericht Berlin stattgegeben, der BGH hat

---

694 Gesetz v. 14.9.1965 (BGBl I, S. 1315).

695 § 141 Abs. 1 Satz 2 BEG i. V. m. § 4 Abs. 3 BEG. Auch Verfolgte, die in das ursprüngliche Heimatland zurückwanderten, waren nach der Senatsrechtsprechung nicht anspruchsberechtigt (BGH v. 31.10.1962 – IV 116/62, *RzW* (1963), S. 108), auch hier hat das BEGSchlG diese durch die BGH-Rechtsprechung geschaffene Rechtslage abgeändert (durch Einfügen des § 4 Abs. 2 BEG).

696 Der Übergang der Rente auf den überlebenden Ehegatten und die Kinder war nicht mit deren Erbrecht verknüpft, so dass der Rentenanspruch nicht in den Nachlass des Verstorbenen fiel. Dem überlebenden Ehegatten (und gegebenenfalls den Kindern) stand der Rentenanspruch in ihrer Eigenschaft als Hinterbliebene zu (BGH v. 15.2.1961 – IV ZR 199/60 – *RzW* (1961), S. 270). Für die Frage, ob die Auszahlung als Rente erfolgte oder als einmalige Kapitalzahlung, bestand ein Wahlrecht der Opfer selbst.

697 Sachverhalt in: BGH v. 7.12.1960 – IV ZR 135/60 (*RzW* (1961), S. 114).

698 Mit dem unschönen Begriff wird die Verdrängung der Juden aus dem Wirtschaftsleben bezeichnet. Vgl. Kißener/Roth, Notare, S. 313 ff.; Martin, Das rheinische Notariat, S. 302 ff., dort auch jeweils Genaueres zur Begriffsverwendung.

699 Solche Fälle sind damals hin und wieder vorgekommen – siehe einen ähnlicher Sachverhalt bei Kißener/Roth, Notare, S. 343 f., bei dem in Dortmund wohl der Notar das Paar entsprechend beraten hatte.

700 BGH v. 7.12.1960 – IV ZR 135/60 (*RzW* (1961), S. 114).

ihn jedoch abgelehnt, weil eigentlich nur Ehegatten einen Rentenanspruch hätten und die Ausnahmebestimmung des § 17 Abs. 2 Nr. 1 BEG einem geschiedenen Gatten eine Rente nur gewähre, wenn er schuldlos geschieden sei. Im konkreten Fall sei aber die Ehe – formal – aus dem Verschulden der Frau geschieden worden.[701] Der Wortlaut des Gesetzes sei insoweit eindeutig.[702] Dass hier gar kein Verschulden der Frau vorlag, sondern eine Vereinbarung mit ihrem jüdischen Mann getroffen worden war, um das Textilgeschäft vor der Arisierung zu retten, sahen wohl auch die Richter, meinten aber, dies nicht mehr überprüfen zu dürfen.[703] Sie seien an den Gesetzeswortlaut gebunden.[704] Mit dieser Entscheidung wurde eine Auslegung am Wortlaut verabsolutiert und das Entschädigungsrecht vom Sinn her entwertet, erst recht, wenn man auf andere oben dargestellte Urteile der Senatsrechtsprechung schaut, in denen er nicht den Wortlaut als Grenze der Auslegung angesehen hat.[705]

Auswanderung als Schaden

Bei Auswanderungsschäden stand der Senat im Grundsatz meistens auf der Seite der Antragsteller: Alle Auswanderungskosten konnten grundsätzlich geltend gemacht werden (§ 57 BEG), eine „kleinliche Beurteilung“ durch die Entschädigungsorgane sei nicht angebracht.[706] Auch eine vor der eigentlichen Auswanderung stattgefundene Informationsreise gehöre zu den entschädigungsfähigen Auswanderungskosten, wenn die Reise zur Beschaffung der notwendigen Reisepapiere erforderlich war.[707] Überhöhte Schwarzmarktpreise zur Beschaffung eines Visums seien als Auswanderungskosten entschädigungsfähig,[708] ebenso die Mittel, die für die Einbürgerung aufgewendet werden mussten.[709] Wenn das ursprüngliche Auswanderungsziel infolge des Krieges und der dadurch bedingten besonderen Verhältnisse oder infolge anderer unüberwindlicher Hindernisse zunächst nicht erreicht werden konnte, die Immigration also erst mit erheblichem zeitlichen Abstand in einem anderen Land erfolgt ist, wurde

701 BGH v. 7.12.1960 - IV ZR 135/60.

702 Die Frist für einen Antrag auf nachträgliche Legalisierung der Verbindung verfolgter Personen war wohl schon abgelaufen gewesen.

703 Anders ja auch die Vorinstanz (das KG), die den Anspruch zugesprochen und sich vom Wortlaut gelöst hatte (KG vom 9.1.1960, Urteil in: BA, B 283/50331, Bl. 12 ff.).

704 Allerdings hatte der Senat wohl Mitleid mit der Klägerin und wies deshalb am Ende des Urteils darauf hin, dass im vorliegenden Fall ein Härteausgleich offensichtlich in Betracht komme, für den allerdings die obersten Entschädigungsbehörden der Länder zuständig waren (S. 6 des Urteils, BA, B 283/50331, Bl. 45).

705 Kritisch ebenfalls: Brunn, Hinterbliebenenversorgung, S 154.

706 BGH v. 14.10.1964 – IV ZR 285/63 (*RzW* (1965), S. 32).

707 BGH v. 14.10.1964 (*RzW* (1957), S. 408) gegen OLG Celle, in: *RzW* (1961), S. 315.

708 BGH v. 19.6.1959 – IV ZR 97/59 (*RzW* (1959), S. 467).

709 BGH v. 1.10.1958 (*RzW* (1959), S. 35).

gleichwohl ein Schaden, der erst in diesem Land eintrat, ersetzt.[710] Eine Verfolgungsbedingtheit einer Weiterwanderung konnte auch noch nach 1945 bejaht werden, wenn eine Eingliederung in das bisherige Aufnahmeland nicht geglückt war.[711] Kleinlich wirkt dagegen ein Urteil, wonach der Verfolgte darlegen musste, warum er nicht eine kürzere und billigere Route zur Auswanderung genutzt hatte,[712] weil die Kosten einer „Weiterwanderung" nicht mehr zu den entschädigungspflichtigen Auswanderungskosten gehören würden; die Auswanderung sei mit Erreichen des ursprünglichen Auswanderungsziels abgeschlossen.[713]

Zwischen Deportation und Auswanderung – der Ausbildungsschaden

Ein weiteres Beispiel für eine streng wortlautgetreue Auslegung des Gesetzes findet sich beim Ausbildungsschaden (§ 64 BEG), bei dem der Senat zwischen der Auswanderung und der Deportation differenzierte: War ein Kind vor Beginn der Schulpflicht aus dem Reichsgebiet oder Vertreibungsgebiet ausgewandert, habe es nach dem sachlichen Territorialitätsprinzip (aus § 64 Abs. 1 BEG) keinen Anspruch auf Entschädigung für Ausbildungsschäden, da die Schädigung, konkret die fehlende Ausbildung, im Ausland erfolgt sei.[714] Das Argument des Senats ging dahin, dass nur die Verfolgungshandlung in Deutschland stattfand, die Verfolgungsmaßnahme sich aber erst im Ausland realisierte. Mit dem Wortlaut des Gesetzes, das von einer „Verfolgung im Reichsgebiet" spricht, mag diese Auslegung noch vereinbar sein. Andererseits bestand unstreitig ein Anspruch, wenn ein Kind vor Beginn der Schulpflicht deportiert worden war.[715] Gerechtfertigt wurden die unterschiedlichen Ergebnisse vom Senat damit, dass eine Deportation den Wohnsitz des Verfolgten juristisch nicht tangiert und damit die Beziehung zum Inland nicht aufgehoben sei,[716] was bei einer Auswanderung anders sei. Diese sehr formale Sicht hat die Kritiker zu Recht nicht überzeugt, denn die erzwungene Auswanderung ist vom Unrechtsgehalt her mit der Deportation vergleichbar. Diese Differenzierung zwischen ausgewanderten und deportierten Verfolgten ist auch nach dem Sinn des Gesetzes kaum plausibel und daher die Anknüpfung an den Begriff des Wohnsitzes wenig sachgemäß. Auch die Folgen waren merkwürdig: Da die Schulpflicht erst mit der Einschulung begann, waren sogar ältere Kinder, die trotz ihres Alters von sieben oder acht Jahren nicht eingeschult waren, nicht anspruchsberechtigt,

710 BGH v. 13.11.1959 – IV ZR 147/59 (*RzW* (1960), S. 125): es wurden auch Kosten ersetzt, die erst nach dem 8.5.1945 entstanden sind. BGH v. 3.2.1965 – IV ZR 83/64 (*RzW* (1965), S. 352): Eine Auswanderung über Polen nach Palästina, wo der Verfolgte an Tuberkulose erkrankte, kann adäquat kausal sein.
711 BGH v. 20.11.1964 – IV ZR 338/63 (*RzW* (1965), S. 163).
712 Hier erfolgte die Auswanderung zunächst nach Zürich, später die Weiterreise in die USA.
713 BGH v. 6.3.1957 – IV ZR 306/56 (*RzW* (1957), S. 286).
714 BGH v. 23.4.1958 – IV ZR 2/58 (*RzW* (1959), S. 35); vgl. BGH v. 21.10.1959 – IV ZR 120/59 (*RzW* (1960), S. 75).
715 BGH v. 21.10.1959 – IV ZR 135/59 (*RzW* (1960), S. 74).
716 S. 75.

eine kaum zu verstehende Differenzierung, weshalb diese Rechtsprechung heftigen Angriffen der Literatur ausgesetzt gewesen ist.[717]

Unabhängig von der Auswanderung vertrat der BGH die Meinung, dass nur der Schaden zu ersetzen ist, der in dem Ausbildungsabschnitt eingetreten war, in den auch das schädigende Ereignis fiel.[718] Bis zum Inkrafttreten des BEGSchlG wurde bei der Prüfung solcher Fälle darauf abgestellt, ob der Verfolgte die Ausbildung gerade in dem Ausbildungsabschnitt, in dem er geschädigt worden ist, ohne wesentliche Zeitverzögerung oder ohne ins Gewicht fallende Mehraufwendungen nachgeholt hat.[719] Diese enge Sichtweise unterschied streng zwischen beruflicher und außerberuflicher Ausbildung, der schädigende Eingriff und der Schaden mussten genau in denselben Abschnitt fallen. Damit ging leer aus, wer während der außerberuflichen Ausbildung verfolgt wurde, der Schaden dann aber in der beruflichen Phase eintrat. Diese Sicht ist dann später, das heißt nach Erlass des BEGSchlG, dahin abgeändert worden, dass maßgeblicher Zeitraum die gesamte Ausbildung und die insgesamt erzielte Berufsreife ist.[720] Erst das BEG-Schlussgesetz, das eine Pauschalregelung einführte,[721] bewegte den BGH zu einem Umdenken. Ein Schulkind, das Deutschland verlassen musste und dann gleichwohl später im beruflichen Teil seines Lebens geschädigt wurde, wurde im Jahr 1968 entschädigt,[722] während ein entsprechender Antrag im Jahr 1959 beim BGH noch keinen Erfolg gehabt hatte.[723]

Vermögensschäden

Schließlich bleiben noch die Vermögensschäden: Steuern oder Steuermehrbeträge, die infolge der diskriminierenden Änderungen der Steuergesetze von Juden erhoben wurden, konnten als Abgabeschäden geltend gemacht werden. Das galt beispielsweise für die Reichsfluchtsteuer[724] und die „Judenvermögensabgabe“[725] sowie andere Sonderab-

717 Ablehnend Wolfsohn, Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1959), S. 35. Kritisch auch: Witte, Fragen, in: *RzW* (1957), S. 252; Oettinger, Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1958), S. 192.

718 BGH v. 22.5.1959 – IV ZR 22/1959 (*RzW* (1959), S. 472).

719 BGH v. 15.2.1961 – IV ZR 193/60 (*RzW* (1961), S. 273).

720 vgl. BGH v. 28.2.1968 – IV 281/66 (*RzW* (1968), S. 411) mit zust. Anmerkung Schüler, in: *RzW* (1968), S. 411.

721 § 116 BEG: 10.000 DM pauschale Kapitalentschädigung.

722 BGH v. 28.2.1968 – IX (IV) ZR 281/66 (*RzW* (1968), S. 411).

723 BGH v. 22.3.1959 (*RzW* (1959), S. 472).

724 Diese Steuer war 1931 eingeführt worden (RGBl I, 1931, S. 731) und von den Nationalsozialisten verlängert und deutlich erhöht worden (RGBl I, 1937, S. 1385: von anfangs 20 Prozent auf später 90 Prozent); diese Zwangsabgabe traf aufgrund der immer stärker werdenden Verfolgungsmaßnahmen in erster Linie die jüdischen Bürger. S. dazu ausführlich; Mußgnug, Die Reichsfluchtsteuer.

725 Diese Abgabe war im November 1938 durch die Verordnung über eine Sühneleistung der Juden der Gesamtheit der deutschen Juden auferlegt worden (zunächst pauschal 1 Million RM), sie betrug dann später 20 Prozent bzw. 25 Prozent des Vermögens jedes einzelnen jüdischen Bürgers.

gaben für jüdische Bürger.[726] Wenn ein Verfolgter, der zur Flucht oder Auswanderung genötigt worden war, einen Teil seines Vermögens unter Verstoß gegen devisenrechtliche Vorschriften in das Ausland zu retten versucht hatte, stelle die Bestrafung wegen dieses Vergehens eine entschädigungsfähige Verfolgungshandlung dar.[727] Es widerspreche rechtsstaatlichen Grundsätzen, vor allem dem Gleichheitsgrundsatz, einen Verfolgten zur Auswanderung zu nötigen und ihn im Rahmen des Devisenrechtes so zu behandeln, als habe er sich freiwillig zur Auswanderung aus Deutschland entschlossen. Die Tatsache, dass der Mann gegen damals geltendes (Devisen-)Recht verstoßen hatte, schadete somit nicht. An dieser Stelle erkannte der Senat, dass sein – üblicher – Vergleich mit den Nichtverfolgten wenig zielführend ist.

Ein Transferverlust war nur entschädigungsfähig, wenn der durch den Transfer entstandene Schaden als „besonders schwer“ zu qualifizieren ist, was bei einem Darmstädter Juden, der nach England geflohen war, angenommen wurde, weil er nur 6,1 Prozent des zu transferierenden Reichsmarkbetrages erhalten hatte.[728] Ein 80 prozentiger Transferverlust wurde allerdings als noch nicht besonders schwer angesehen, da auch der nicht verfolgte Altsparer durch die Währungsreform regelmäßig 80 Prozent seines Vermögens eingebüßt hatte.[729]

Auch bei den Vermögensschäden trifft man auf eine kasuistische Rechtsprechung mit dem Versuch einer Abgrenzung detaillierter Einzelfragen, etwa bei Schäden, die durch den Verlust eines Gewerbebetriebs entstanden waren. Beispielhaft sei die Berechnung des immateriellen Schadens erwähnt, also der Wert, den eine Firma durch ihren guten Ruf, durch ihren Kundenstamm und ihre Etablierung am Markt verkörpert, Faktoren, die häufig als „goodwill“ bezeichnet werden. Theoretisch lag der Senat wohl richtig mit seiner Vorgabe, es könne nur der Verlust des „statischen goodwill“ entschädigt werden,[730] das heißt der Wert, den ein Dritter im Fall der Veräußerung der Praxis oder des Geschäfts damals dafür bezahlt hätte.[731] Das war aber für die damalige Zeit problematisch, weil die jüdischen Unternehmen ja durch die vielen diskri-

726 Für Reichsfluchtsteuer und Judenvermögensabgabe: BGH v. 15.11.1954 – IV ZR 107/54 (in der Verfahrensakte bindet sich auch ein Brief des Vorsitzenden (Schmidt) und des Berichterstatters (Werner) an den *NJW*-Verfasser Rosenthal aus New York (BA, B Nr. 48437); BGH v. 25.11.1964 – IV ZR 15/64 (*RzW* (1965), S. 172). Abgaben an die Deutsche Golddiskontbank, die nicht zur Erlangung einer Ausfuhrgenehmigung dienten, sondern aus anderen Gründen erpresst wurden, waren als echte Sonderausgaben nach § 21 Abs. 1 BEG ebenfalls zu entschädigen (BGH v. 17.12.1955 – IV ZR 254/55 (*RzW* (1956), S. 118)).

727 BGH v. 17.12.1955 – IV ZR 254/55 (*RzW* (1956), S. 118).

728 BGH v. 15.11.1954 – IV ZR 107/54. In der Verfahrensakte befindet sich ein Briefwechsel eines in New York lebenden Justizrates Karl Rosenthal, der zum Transferverlust in der *NJW* eine Auffassung vertreten hatte, und dem Vorsitzenden des Senats (Schmidt, der auch im Namen des Berichterstatters Werner antwortet), die diese Auffassung zurückwiesen (Brief v. 2.4.1955, in: BA, B 283/48437, Bl. 75), aber um Hinweise baten, was amerikanische Banken zwischen 1933 und 1941 für in Deutschland befindliche Sperrvermerke gezahlt hätten.

729 BGH v. 22.11.1954 – IV ZR 83/54 (*RzW* (1955), S. 60).

730 Zu der damaligen Diskussion um die Berechnungsmethoden: Giessler, Schaden, S. 21 ff.

731 BGH v. 15.5.1963 – IV ZR 321/62 (*RzW* (1963), S. 498) – ständige Rspr.

minierenden Maßnahmen an Wert eingebüßt hatten, das heißt diese Berechnung führte dazu, dass die Verfolgungsmaßnahmen ihrerseits die Entschädigungsleistungen verringerten.[732] Grundsätzlich überließ der BGH aber die Wahl der Berechnungsmethode dem Ermessen der Entschädigungsbehörden.[733]

Strittig war das Vorliegen eines Vermögensschadens, wenn der Vermögensgegenstand im Inland nur gefährdet, dann aber in Auswirkung dieser Gefährdung im Ausland beschädigt wurde. Der BGH lehnte (entgegen der Vorinstanz) eine Ausdehnung des Entschädigungstatbestandes auf diese Fälle ab, da ansonsten die vom Gesetzgeber gezogenen tatbestandlichen Schranken unterlaufen würden.[734] Die inländische Vermögensgefährdung stelle noch keinen in Geld messbaren Vermögensschaden dar. Als Grundsatz des Schadensrechts ist dieser Gedanke nachvollziehbar, für die spezielle Situation von NS-Verfolgten aber problematisch.

Eine andere Variante des Vermögensschadens spielte in das Familienrecht hinein, nämlich bei der Berechnung des Schadens eines durch die Nationalsozialisten aufgelösten Betriebes. Sollte bei der Schadensberechnung einzubeziehen sein, dass die Ehefrau im familiären Betrieb in nennenswertem Umfang mitgearbeitet hatte oder war ihre unentgeltliche Tätigkeit im Geschäft des Mannes unerheblich? Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung differenziert: Die Mitarbeit der Frau wurde dann als nicht entschädigungsrelevant eingeordnet, wenn die Ehefrau gesetzlich verpflichtet war, neben ihrer Tätigkeit als Hausfrau im Betrieb des Mannes mitzuarbeiten. Das war gegeben, wenn eine solche Tätigkeit nach den Lebensverhältnissen der Ehegatten üblich war (§ 1356 Abs. 2 BGB aF). Entscheidend sei letztlich, ob die Mitarbeit der Frau über den Rahmen des von ihr gemäß § 1356 BGB (aF) Geschuldeten hinausging.[735] Die Ermittlung der Üblichkeit einer Mitarbeit war ja eigentlich eine Tatfrage, die gleichwohl vom IV. Senat, der ja auch für Familiensachen zuständig war, konkret beantwortet wurde. Gerade bei kleineren Handels- und Handwerksbetrieben sei eine ganztägige

732 Abgelehnt wurde eine Berechnung im Entschädigungsverfahren anhand einer Vervielfachung des vor der Verfolgung erzielten Jahresdurchschnittsbetrages (BGH v. 2.12.1959 – IV ZR 152/59 (*RzW* (1960), S. 123); BGH v. 2.12.1959 – IV ZR 174/59 (*RzW* (1960), S. 124). Dies widerspreche betriebswirtschaftlichen Grundsätzen, da nur der Unternehmergewinn in der Berechnung des immateriellen Schadens zugrunde gelegt werden könne, sonst komme es zu einer Doppelentschädigung, weil das Einkommen vor der Verfolgung auch bei der Berechnung der Entschädigung wegen Berufsschadens zugrunde gelegt werde.

733 Ständige Rechtsprechung des BGH – vgl. dazu: BGH v. 3.11.1967 – IV ZR 69/66 (*RzW* (1968), S. 126).

734 BGH v. 11.6.1958 – IV ZR 51/58 (*RzW* (1958), S. 366); anderer Auffassung waren Schwarz in seiner Urt.-Anm., S. 367 und die Vorinstanz: OLG Karlsruhe v. 12.11.1957 (*RzW* (1958), S. 27).

735 BGH v. 8.4.1959 – IV ZR 285/58 (*RzW* (1959), S. 321): Mitarbeit im Textilgeschäft und Haushalt für eine sechsköpfige Familie, das war ein Indiz gegen eine über das übliche Maß hinausgehende Tätigkeit, ebenso, dass sie keine leitenden Aufgaben übernommen habe; BGH v. 5.10.1960 – IV ZR 52/60 (*RzW* (1961), S. 215); halbtägige Mitarbeit in einer Arztpraxis werde von den beteiligten Kreisen als nicht ungewöhnlich betrachtet (es wird nicht verlangt, dass dies in der Mehrzahl praktiziert wird).

Mitarbeit als üblich und geschuldet anzusehen.[736] Sogar eine halbtägige Mitarbeit in der Arztpraxis des Mannes könne ebenfalls als üblich angesehen werden, wenn sie den Anschauungen der beteiligten Kreise entspreche.[737] In den Urteilsentwurf wurde handschriftlich eingefügt: „Eine solche Mitarbeit kann schon dann üblich gewesen sein, wenn sie nicht als außergewöhnlich angesehen wurde“, eine recht weitgehende Auslegung dessen, was üblich ist. In der gleichen handschriftlich eingefügten Passage gibt das Urteil zu bedenken,

> dass die Gestaltung der Lebensverhältnisse weitgehend Sache der Eheleute selbst ist und dass für eine Mitarbeit der Ehefrau auch Herkunft und Neigungen – die Klägerin ist Tochter eines Arztes – eine Rolle gespielt haben könnte.[738]

Das Zitat bestätigt ein Frauenbild mit einer deutlichen Fokussierung auf der Rolle der Hausfrau.[739] Der Senat marginalisiert die Berufstätigkeit der Ehefrau, indem er sie entprofessionalisierte, wenn sie im Einvernehmen mit ihrem Ehemann erfolgte oder durch Sozialisation durch die Herkunftsfamilie bedingt war. Auch wenn ein solches Frauenbild in der damaligen Zeit nicht nur bei BGH-Richtern vorherrschte,[740] ist es in Anbetracht des Gleichheitsgebots aus Art. 3 Abs. 2 GG problematisch, dieses Bild dem Begriff der gesetzlichen geschuldeten Mitarbeit zugrunde zu legen, insbesondere wenn mithilfe dieses Bildes dann noch eine Entschädigung für Verfolgte ausgeschlossen wird. Diese geschilderten Überlegungen zur Mitarbeit von Ehegatten wandte der Senat auch auf ausländische Ehepaare an,[741] ohne zu differenzieren, dass mitunter deren Heimatrecht eine solche Pflicht zur Mitarbeit nicht kannte.

Fast nicht mehr zu übersehen ist die Vielzahl von Problemen zum Ersatz von Berufsschäden, der damals häufigsten Verfolgungsentschädigung, weil sich die meisten Verfolgungsmaßnahmen auf diesen Bereich auszuwirken pflegten. Die BGH-Rechtsprechung etwa zur Minderung der Erwerbsfähigkeit ist durch eine reichhaltige Kasuistik gekennzeichnet, und hier musste (wie auch bei anderen Fragen) oft ein Gutachten eingeholt werden.[742] Diese Kasuistik soll und kann hier nicht im Einzelnen

736 BGH v. 8.2.1961 – IV ZR 215/60 (*RzW* (1961), S. 317). Zu berücksichtigen sei auch die Belastung der Frau im Haushalt (BGH v. 5.10.1960 – IV ZR 52/60 (*RzW* (1961), S. 215)): Ganztägige Mitarbeit in einem Einzelhandelsgeschäft war von der Vorinstanz als gewerbliche Tätigkeit angesehen worden, vom BGH erfolgte eine Zurückverweisung. „Eine Benachteiligung aus beruflichem Fortkommen liegt nicht vor, wenn jemand aus Verfolgungsgründen gezwungen wurde, eine Liebhaberei oder eine überwiegend aus ideellen, z. B. caritativen Gründen ausgeübte Tätigkeit aufzugeben.“ (BGH v. 5.10.1960 – IV ZR 52/60 (*RzW* (1961), S. 216)).

737 BGH v. 8.2.1961 – IV ZR 215/60 (*RzW* (1961), S. 317).

738 BA, B 283/ 50410, Bl. 48.

739 Dazu mehr unten im Kapitel 3: Ehe, Familie, Erbe.

740 Siehe dazu Band 1, Kap. 4.7, Soziale Lage der BGH-Richterschaft.

741 BGH v. 20.1.1965 – IV ZR 54/64 (*RzW* (1965), S. 267).

742 Verhältnis zum Deliktsrecht: BGH v. 20.12.1952 – II ZR 141/51 (BGHZ 8, 243); Medizinische Maßstäbe: BGH v. 29.10.1958 – IV ZR 127/58 (*RzW* (1959), S. 69); Bestimmung des Minderungsgrades der

dargestellt werden, der frühere BGH-Richter Hermann Zorn hat dies bereits ausführlich getan.[743] Sein Fazit:

> Mußte das alles so individuell und kompliziert geregelt werden, [...] warum hat man dann nicht den viel einfacheren und wohl auch gar nicht teureren Weg einer Pauschalregelung gewählt?[744]

Diese Feststellung weist die Verantwortung für einige unbefriedigende Ergebnisse, wohl nicht ganz zu Unrecht, dem Gesetzgeber zu. Aber es gab eben auch BGH-Entscheidungen, die kleinlich wirkten und daher Anlass waren, das Gesetz zu ändern.[745]

1.3.7 Flüchtlinge nach der Genfer Konvention

Prinzipiell galt für Ansprüche auf Entschädigung nach dem BEG das Territorialprinzip (§ 4 BEG), wonach der Anspruchsteller im Deutschen Reich verfolgt sein musste. Davon machte das Gesetz aber aufgrund internationaler Abkommen gewisse Ausnahmen,[746] zum Beispiel für Flüchtlinge nach der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK).[747] Voraussetzung war das Vorliegen der in Art. 1 GFK geregelten Flüchtlingseigenschaft. Das war zum Beispiel eine Person, die nach Art. 1 A. Nr. 2

> aus der begründeten Furcht vor Verfolgung wegen ihrer Rasse, Religion, Nationalität oder wegen ihrer politischen Überzeugung sich außerhalb des Landes befindet, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzt und den Schutz dieses Landes nicht in Anspruch nehmen kann oder wegen dieser Befürchtungen nicht in Anspruch nehmen will.

Eine Bescheinigung über die Flüchtlingseigenschaft wurde vom BGH nur als Indiz gewertet, sei aber kein Beweis, sondern die Entschädigungsbehörden hätten selbständig über die Flüchtlingseigenschaft zu befinden.[748] Die meisten Entschädigungsanträge von Flüchtlingen aus osteuropäischen Ländern, die nach der dort erfolgten Staatsumwälzung nicht mehr in ihr Heimatland zurückkehren wollten, wurden von den Behörden unbürokratisch anerkannt, bis der BGH entschied, dass die bloße Ablehnung der in seinem Heimatland herrschenden Verhältnisse kein Grund für die Annahme einer

---

Erwerbsfähigkeit: BGH v. 29.2.1956 – VI ZR 352/54 (BGHZ 20, 137); zur Berechnung der Geldentschädigung: BGH v. 18.1.1961 – IV ZR 185/60 (*RzW* (1961), S. 211); BGH v. 30.5.1962 – IV ZR 29/62 (*RzW* (1962), S. 454).

743 Zorn, Existenz-, Ausbildung- und Versorgungsschaden, S. 47–320.

744 Zorn, Existenz-, Ausbildung- und Versorgungsschaden, S. 317.

745 Etwa Entscheidungen zur Eingliederung im Aufnahmeland und der Erlangung einer ausreichenden Lebensgrundlage (BGH v. 15.10.1958 – IV ZR 114/58 (*RzW* (1959), S. 127). Änderung des § 75 Abs. 2 BEG durch das BEG-Schlussgesetz.

746 Zur Entstehungsgeschichte der entsprechenden Normen des BEG, beeinflusst durch die Haager Protokolle: Klee, Wiedergutmachung, S. 393 ff.

747 Die Entschädigungsregelung findet sich in § 160 BEG.

748 BGH v. 17.1.1962 – IV ZR 183/61 (*RzW* (1962), S. 371).

Flüchtlingseigenschaft darstelle.[749] Ein polnischer Jude war nach Belgien ausgewandert, besaß einen Flüchtlingspass und machte geltend, dass ihm in Polen Verfolgung drohen würde. Die Entschädigungsbehörde und das Landgericht hatten seinem Antrag stattgegeben, das Oberlandesgericht Düsseldorf nicht. Der BGH verwies die Sache zurück. Das Dokument genüge nicht, es komme auf die Einzelumstände in der Person des Verfolgten (Rasse, Religion, Nationalität) an, der Flüchtling müsse „gute Gründe dafür vorbringen, warum er Verfolgung befürchte."[750] Der BGH konkretisierte ein Jahr später, dass der Flüchtling nicht eine konkrete Verfolgung in seiner Person darlegen müsse, sondern dass es um die wohlbegründete Furcht vor Verfolgung gehe, weil konkrete Ereignisse Anlass zu Befürchtungen geben, dass eine Personengruppe, zu der er gehört, aus rassischen, religiösen oder anderen in der GFK genannten Gründen Verfolgungsmaßnahmen im Heimatstaat befürchten muss.[751] Die Folge dieser Entscheidungen waren umfangreiche und für die Betroffenen wohl auch frustrierende Einzelfallprüfungen mit ungewissem Ausgang. In einer weiteren Entscheidung wurde die Beschränkung im beruflichen Fortkommen im Heimatstaat nur dann als Verletzung eines durch die Genfer Konvention geschützten Rechtsguts anerkannt, wenn die wirtschaftliche Existenz des Verfolgten auf dem Spiel stand, während eine bloße Erschwerung der Berufsausübung hierfür nicht ausreiche.[752] Strittig war, ob der Anspruch einen Rückkehrwillen des Geflüchteten voraussetzte. Der in Entschädigungssachen spezialisierte Rechtsanwalt Schüler hatte in seiner Revisionsbegründung dafür plädiert, auf einen solchen Rückkehrwillen zu verzichten, und konnte sich damit durchsetzen.[753]

Dadurch, dass die Annahme der Flüchtlingseigenschaft grundsätzlich eine sehr genaue Prüfung verlangte, wurde es deutlich schwieriger, einen Entschädigungsantrag durchzusetzen, als wenn man rein formal auf den Flüchtlingspass abgestellt hätte.[754] Erst 1968 ist der BGH, diesmal aber der IX. Senat, der mittlerweile für Entschädigungssachen zuständig geworden war, auf die liberalere Linie der Entschädigungsbehörden, die diese vor 1963 vertreten hatten, umgeschwenkt: Eine Bescheinigung der Vertragsstaaten sei nur zu hinterfragen, wenn dafür konkrete Anhaltspunkte bestünden.[755] Und im gleichen Jahr erweiterte dieser Senat dann den Flüchtlingsbegriff über die GFK hinaus und stellte dabei klar, dass es angängig sei, großzügig zu

749 BGH v. 12.7.1963 – IV ZR 254/62 (*RzW* (1964), S. 76).

750 BGH v. 12.7.1963 – IV ZR 254/62 (*RzW* (1964), S. 76, 80).

751 BGH v. 1.7.1964 – IV ZR 191/63 (*RzW* (1964), S. 470).

752 BGH v. 28.10.1964 – IV ZR 325/63 (*RzW* (1965), S. 238). Im Übrigen müsse der Staat in die Maßnahme involviert gewesen sein, was zu Wertungsfragen führte: Bei Verfolgungen in Polen durch nationalsozialistische Organisationen, bei denen der polnische Staat nicht in der Lage war, die Juden zu schützen, ist genau dieser Punkt fraglich.

753 BA, B 283/51037, Bl. 52 ff., Schriftsatz Schüler v. 23.1.1963.

754 Klee, Die verschiedene Gruppen, S. 403.

755 BGH v. 11.7.1968 – IX ZR 319/66 (*RzW* (1968), S. 575).

unterstellen, der Flüchtling handele aus Furcht vor Verfolgung.[756] Diese Änderung der Rechtsprechung ist sehr wahrscheinlich darauf zurückzuführen, dass nunmehr ein neuer Senat für die Entschädigungssachen zuständig war, unter einem Vorsitzenden, Ernst Mai, der viel Empathie für die Opfer gezeigt haben soll.[757]

1.3.8 Fazit

Misst man die Rechtsprechung des Entschädigungssenats an seinem eigenen, anfangs zitierten Anspruch der Großzügigkeit, muss man feststellen, dass er diesem Anspruch nur partiell gerecht geworden ist. Diese Bewertung braucht gar nicht einmal die Sinti und Roma betreffenden Skandalurteile in den Vordergrund zu rücken, sondern kann auf die vielen Einschränkungen, die im Vorherigen geschildert worden sind, verweisen. Die Entscheidungen zum Widerstandsrecht, zur Zurechnung ausländischer Verfolgungsmaßnahmen oder zur Verfolgungseigentümlichkeit lassen den heutigen Leser nachdenklich zurück. Nun könnte dem entgegengehalten werden, dass eine solche Wertung dem Senat nicht gerecht wird, weil seine damalige Rechtsprechung mit heutigen Maßstäben gemessen wird. Aber auch aus dem damaligen Blickwinkel wird das Bild nicht wesentlich geändert, denn viele der hier als problematisch beschriebenen Entscheidungen sind bereits in den 1950er Jahren kritisiert worden, nicht nur die zum Widerstandsrecht oder zu den Sinti und Roma. Und das beweist auch die Tatsache, dass die Richter des Entschädigungssenats, wie anfangs erwähnt, frustriert waren aufgrund der geäußerten Kritik an ihrer Rechtsprechung. Diese hat wohl im Jahr 1963 einen Nerv getroffen, weil die Angriffe unmittelbar aus dem BGH kamen. Der Kollege Heinrich Jagusch hatte mit zwei Beiträgen das Rechtsinstitut der Grundsatzrevision[758] angegriffen, einmal theoretisch, dann aber auch speziell ihre konkrete Handhabung durch den IV. Senat.[759] Überdies wurde Jagusch persönlich: Das Selbstverständnis der Entschädigungsrichter gehe in Richtung auf allgemeine Grundsätze und nehme das „Armutszeugnis für unseren Gerechtigkeitssinn“ in Kauf.[760] Er war allerdings nicht der einzige Kritiker: Eine Glosse polemisierte ebenfalls gegen den Entschädigungssenat,[761] und selbst der BGH-Präsident Bruno Heusinger griff mittelbar die Rechtsauffassung der Entschädigungsrichter an, als er auf dem Deutschen Juristentag im Mai 1963

756 BGH v. 11.7.1968 – IX ZR 156/66 (*RzW* (1968), S. 571). Ein Jahr später wurde die eine Entschädigung ablehnende Entscheidung des OLG Koblenz aufgehoben und die Sache zurückverwiesen. Als ein Grund wird angegeben, dass mittlerweile neue Grundsätze für die Rechtsprechung gelten würden (BGH v. 8.5.1969 – IX ZR 49/69, *RzW* (1969), S. 454).

757 BA, Pers 101/75971, Schreiben des BGH-Präsidenten an das Bundesjustizministerium v. 21.1.1983.

758 Diese war in § 219 BEG für Entschädigungssachen Gesetz; ihre weitergehende Einführung wurde diskutiert.

759 Jagusch, Grundsatzrevision, in: *NJW* (1963), S. 1; *ders*., Nachteile, in: *NJW* (1963), S. 565.

760 Jagusch, Nachteile, in: *NJW* (1963), 567.

761 Steinbrech, Beitrag, in: *RzW* (1963), S. 393.

beteuerte, dass auch eine unbewusste Abweichung eines Oberlandesgerichts von der BGH-Rechtsprechung eine Revision begründen könne[762] – eine Auffassung, die der IV. Senat zuvor abgelehnt hatte.[763]

Die Kritik am Entschädigungssenat, etwa von Jagusch, mag im Detail überzogen gewesen sein,[764] viele kritische Stellungnahmen etwa in der Zeitschrift *Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht* erweisen sich jedoch als nachvollziehbar. Auch wenn, wie oben ebenfalls aufgezeigt, der Senat durchaus in verschiedenen Fragen gegen hartherzige Entscheidungen der Vorinstanzen eingeschritten ist und insoweit tatsächlich großzügig war, überwiegt letztlich ein negativer Eindruck. Zustimmen kann man einem der damals beteiligten Richter, Kurt Wüstenberg, der rückblickend auf die Rechtsprechung seines Senates, an der er maßgeblich beteiligt war, selbstkritisch meinte: „Befriedigende Ergebnisse sind bisweilen erst allmählich gefunden worden.“[765]

Woran liegt dies? Die Richter haben sich selbst anders wahrgenommen und waren 1963 geschockt über die Kritik an ihrer Rechtsprechung. Ob sie sich im Jahr 1963 immer noch als großzügig verstanden haben, ist allerdings zu bezweifeln. Unbefriedigende Ergebnisse ihrer Rechtsprechung hätten sie wohl auf den Gesetzgeber geschoben, denn sie waren überzeugt, nur dem Gesetz gefolgt zu sein, was aber nur teilweise berechtigt ist, wie die vorstehenden Ausführungen gezeigt haben.

Es liegt auch hier nahe, die Ursache bei den beteiligten Personen zu suchen: Weniger gilt dies für die beiden ersten Senatsvorsitzenden des zuständigen IV. Senats. Dies waren in den ersten sieben Jahren Emil Lersch (nur von 1951–1952) und Guido Schmidt (von 1953–1958), beide waren bereits Richter in der NS-Zeit gewesen,[766] jeweils seit 1937 Mitglied der NSDAP, letztlich also belastet. Ob die beiden überzeugte Nationalsozialisten waren oder Mitläufer, sei dahingestellt. Jedenfalls sind in der Zeit unter dem Vorsitz von Lersch fast keine Entschädigungssachen entschieden worden, da er ja bereits 1952 aus dem Amt schied. Das sieht zwar für die fünf Jahre von Guido Schmidt etwas anders aus, da in dieser Zeit eine Reihe von Entscheidungen zum BEG ergangen sind. Doch war Schmidt kein Experte im Entschädigungsrecht, hat sich in diesem Bereich eher zurückgehalten[767] und dürfte daher kaum von großem Einfluss auf die Senatsrechtsprechung gewesen sein. Die Gründe für die hier geschilderten Einschränkungen des Entschädigungsrechts sind letztlich eher bei den anderen Senatsmitgliedern zu suchen, die – stark religiös geprägt – ihren Hang zu einer moralisieren-

762 Heusinger, Rede auf dem 32. Deutschen Juristentag (auszugsweise abgedruckt in: *RzW* (1963), S. 393).

763 Begründet hatte der Senat dies mit der Notwendigkeit der Beschleunigung der Verfahren, die ja auch den Geschädigten zugutekäme (BGH v. 8.4.1959 – IV ZB 41/59, *RzW* (1959), S. 333, 334).

764 So wohl vor allem die kritischen Äußerungen Jaguschs.

765 Wüstenberg, Die Rechtsprechung, S. 148.

766 BA, Pers 101/40033. Lersch war Richter beim Reichsgericht, Schmidt war in den 1940er Jahren Richter am OLG Schleswig-Holstein gewesen.

767 Er wurde in einer Reihe von Entscheidungen von anderen Senatsmitgliedern vertreten.

den Sichtweise nicht ablegen konnten. Menschen wie August Raske, Walther Ascher und auch Kurt Wüstenberg, die dem Senat jeweils über 15 Jahre angehörten, haben die Ergebnisse der Rechtsprechung sicher entscheidend beeinflusst. An erster Stelle ist Walther Ascher zu nennen, der dem Senat 16 Jahre angehörte und sechs Jahre den Vorsitz führte.[768] Er war als Jude aus Deutschland geflohen und war nach dem Krieg in der jüdischen Gemeinde Darmstadt registriert.[769] Kurt Wüstenberg, Jahrgang 1906, war 18 Jahre im Senat. Während der NS-Zeit in der fränkischen Justiz beschäftigt und seit 1939 Parteimitglied, war er andererseits in der evangelischen Kirche aktiv, und zwar innerhalb einer Erneuerungsbewegung, die die Nähe zur bekennenden Kirche suchte; dieses Engagement hat er auch nach dem Krieg fortgesetzt.[770] August Raske war ein praktizierender Katholik, der ein christlich abendländisches Naturrecht vertrat.[771] Er gehörte von 1950–1967, also während seiner ganzen Tätigkeit am BGH, dem IV. Senat an und hat in seinen familienrechtlichen Veröffentlichungen seine moralischen Grundsätze offengelegt. Diese drei[772] hatten aufgrund ihrer religiösen Bindungen ein Weltbild, das recht klar zwischen Gut und Böse glaubte unterscheiden zu können. Und nach diesem Weltbild wurden auch die Antragsteller bewertet, da der Senat glaubte, zwischen den „richtigen" Opfern des Nationalsozialismus und den „Missbrauchsfällen" differenzieren zu müssen. Dass eine solche, aus ihrer Sicht gut gemeinte Absicht nicht unbedingt gute Ergebnisse produziert, ist ein naheliegender Gedanke. Die oben anhand von vielen Beispielen geschilderte moralisierende Bewertung blieb jedenfalls auch den BGH-Kollegen vom Staatsschutzsenat nicht verborgen: „Auch im Entschädigungsrecht wird nur die politische Überzeugung anerkannt, die auf charaktervoller sittlicher Grundlage beruht".[773]

Die „sittliche Grundlage" war letztlich der zentrale Aspekt, der so manchen Verfolgten in den Augen der Richter aus dem Idealbild einer gerechtfertigten Entschädigung ausschloss, und bedeutete eine Verengung des Entschädigungsrechts, die den selbstgewählten Anspruch auf Großzügigkeit konterkarierte.

768 Zu ihm bereits oben Kap. 1.3.3, Sinti und Roma.

769 BA, Pers 101/39771, Personalblatt.

770 BGH KA.

771 BA, Pers 101/48904; BA, Pers 101/48905.

772 Möglicherweise gilt das Gesagte auch für weitere Senatsmitglieder, die aber nicht so lange im Senat waren wie die Genannten.

773 BGH v. 28.7.1955 – StE 213/52 (BGHSt 8, 162, 163).

2 Staatsschutz im Ost-West-Konflikt[1]

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 zugetraut wurde, unter dem Einfluss der UdSSR möglicherweise eine gewaltsame Wiedervereinigung anzustreben. Auf strafrechtlichem Gebiet machte sich dieser Konflikt vor allem bei den Staatsschutzdelikten[2] 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 Staatsschutzsenat[3] 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.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-012

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 berichtet[9] 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 1951[11] 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 Rosenburg, 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 Kanzleramt[16]

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. StrÄG 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. Goschler/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 Bundestagsabgeordneter[21] 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 waren[25] 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 Verurteile (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: Goschler/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-)Mitarbeitern[38] – einige Male öffentlich auf und wiederholte beziehungsweise modifizierte diese Äußerungen, indem er die bundesdeutsche Regierungspolitik scharf angriff[39] 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: Goschler/Wala, Keine neue Gestapo, S. 48 ff.

35 Zum Sachverhalt und dem anschließenden Verfahren gibt es eine Fülle von Literatur. Ausführlich: Gieseking, Der Fall Otto John; Klaus Schäfer, Der Prozess gegen Otto John; Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 144 ff.; Goschler/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 aF [45] 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 Strafbar war die Verbreitung unwahrer Maßnahmen, die, wenn sie wahr wären, Staatsgeheimnisse wären.

45 Strafbar 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“: Gieseking, 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 angehört[54] und von John generell ein möglichst negatives Bild gezeichnet[55] – wahrscheinlich in der Absicht, seine Einlassungen als unglaubwürdig abtun zu können. Die Beweiswürdigung wirkt in einzelnen Punkten unvollständig[56] 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 gesehen[65] 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 Agartz[71] – 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 Zeitschrift[73] 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 Fälle[75] 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 Paragrafen 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 wird[85] 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 Zentrumspartei gewesen, war nicht Mitglied der NSDAP[87] 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 fünfen 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 beigefügt 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 1952[99] 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 362/10000205, 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 strafschärfend 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 Propagierung[130] 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 Hirngespinste.[137] Und auch was die Gewaltsamkeit 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 Jahren[140]

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 Umsturzmethoden, 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 Schiffers, 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 Handlungen[185] 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 Rosenburg, 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 Rosenburg, 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 Westen[188] 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 aF [194] noch nach § 93 StGB aF [195] oder § 97 StGB aF [196] 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 (BGH St 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 erwähnten[205] 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 Zurückverweisung, 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 – 3StR 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 Partei[213] 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 insoweit 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 unterschieden. 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 formuliert[240] 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-Äffäre*,[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 Ahlers[250] 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 verbriefte 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 Thema[258] 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 Pätsch 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 Pätsch 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 Urteil[265] 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 Pätsch, 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 Mittelmeinung[269] 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 strafbares 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 Kaul[280] 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: Rosskopf, 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 angeklagt[284] 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 Strafrahmen, 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 Strafrahmen 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 Staatschutzsenat 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 anerkennenswerter 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 Strafsenat am Bundesgerichtshof, der in einem Verfahren ohne Rechtsmittel glaubte, frei walten zu können", so Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, 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 aF[323] 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). Straflos 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 Senatsvorsitz[334] 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 Rosenburg, S. 385, Fn.168.

336 Zum Beispiel seinem Schreiben an die Präsidenten der Oberlandesgerichte vom 17.10.1960. Nachgewiesen bei: Görtemaker/Safferling, Die Akte Rosenburg, 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 Schulen[342] 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 Rechtstaatlichkeit 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 Paragrafen 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.

3 Ehe, Familie, Erbe

Die Familien in Deutschland waren durch den Krieg und seine Nachwirkungen wie Flucht, Vertreibung oder die langjährige Abwesenheit von Ehemann/Vater aufgrund der Kriegsgefangenschaft schweren Belastungen ausgesetzt gewesen, die für heutige Verhältnisse nur schwer nachvollziehbar sind. Die große Zahl gefallener Soldaten hatte dazu geführt, dass 1954 ca. 3,3 Millionen Witwen, davon ca. 1,2 Millionen Kriegerwitwen in der Bundesrepublik lebten[1] und viele Kinder ihren Vater so gut wie nicht gekannt haben. Andererseits dürfte die Familie in solchen Krisenzeiten auch ein wichtiger Stabilitätsfaktor gewesen sein, was das Recht anerkannte, indem es in Art. 6 Absatz 1 GG Ehe und Familie einen eigenen Grundgesetzartikel widmete, der beide unter einen besonderen Schutz gestellt hat. Vor diesem Hintergrund könnte die Rechtsprechung des für das Familienrecht zuständigen IV. Zivilsenats einen aufschlussreichen Blick auf die familiäre Situation der 1950er und 1960er Jahre werfen.

3.1 Die bürgerliche Ehe

Die bürgerliche Ehe war für den BGH – wie auch für große Teile der rechtswissenschaftlichen Literatur – in den Anfangsjahren nach dem Krieg ein Rechtsinstitut, das in der objektiven sittlichen Ordnung wurzelt und seinen Gehalt aus einer vorgegebenen überpositiven Sittenordnung bezieht.[2] Die Ehe wurde als unverzichtbarer Bestandteil der Rechts- und Sittenordnung gesehen, sie lag „auf höherer Ebene als andere Verträge“,[3] und der Inhalt dessen, was eine richtige Ehe ausmacht, wurde durch Tradition und Religion bestimmt. Deshalb sprach das Gericht auch unheilbar zerrütteten Ehen noch eine sittliche Komponente zu, die die Aufrechterhaltung der Ehe rechtfertigen, ja mitunter sogar fordern konnte.[4] Denn das Rechtsinstitut stand nach dieser Auffassung über der individuell gelebten Beziehung, und konsequenterweise hatten die ehelichen Pflichten auch einen naturrechtlichen Kern.[5] Da die Ehe auf Lebenszeit geschlossen wurde, wie es § 1353 BGB ausdrückte, konnte der für das Familienrecht zuständige IV. Senat auch von der grundsätzlichen Unauflöslichkeit der Ehe ausgehen,[6] obwohl das Gesetz die Scheidung kannte:

1 Schnädelbach, Kriegerwitwen, S. 68 f. Die Zahl dürfte sich im Laufe der Jahre noch erhöht haben, weil viele Männer erst später für tot erklärt wurden.

2 BGH v. 5.4.1951 – IV ZR 79/50 (BGHZ 1, 356).

3 BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 91); BGH v. 5.4.1951 – IV ZR 79/50 (BGHZ 1, 356, 358).

4 BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 91).

5 Auch Langner sieht das Eherecht als ein typisches Beispiel für die Anwendung naturrechtlichen Denkens im BGH, s. Langner, Der Gedanke, S. 143.

6 Gerade weil das Verständnis der Ehe letztlich naturrechtlich geprägt war, sollte das Scheidungsrecht einschränkend ausgelegt werden. Vgl. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 307, der ebenfalls in

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-013

> Nach ihrem Wesensbild ist die Ehe grundsätzlich unauflöslich, denn die tiefen persönlichen Beziehungen, die in der ehelichen Gemeinschaft zwischen Mann und Frau und in der Familiengemeinschaft zwischen Eltern und Kindern begründet und entfaltet werden, vertragen es in ihrem Wesen und ihrem inneren Werte nach nicht, als Beziehungen ‚auf Zeit' aufgefasst zu werden.[7]

Die in dem Zitat zum Ausdruck kommende Überhöhung der Ehe hatte auf der anderen Seite zur Folge, dass alle anderen Lebensformen als sittlich bemakelt galten, etwa die nichteheliche Lebensgemeinschaft, die vom Familiensenat des BGH sogar negativer bewertet wurde als es das Reichsgericht getan hatte.[8] Das zeigte sich in einigen Entscheidungen zum damals so genannten Konkubinat: Die Aufwendungen einer Frau zur Finanzierung eines gemeinsamen Haushalts mit dem (noch) verheirateten Verlobten könne nicht – nach Auflösung des Verlöbnisses – ersetzt werden, denn das „von der Rechts- und Moralordnung nicht gebilligte Konkubinat" stehe dem entgegen.[9] Auch andere Senate teilten diese negative Haltung zu nichtverheirateten Paaren; so formulierte etwa der große Strafsenat in dem berühmt-berüchtigten Urteil zur Verlobtenkuppelei:[10]

> Indem das Sittengesetz dem Menschen die Einehe als verbindliche Lebensform gesetzt und indem es diese Ordnung auch zur Grundlage des Lebens der Völker und Staaten gemacht hat, spricht es zugleich aus, daß sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen soll und daß ein Verstoß dagegen ein elementares Gebot gesellschaftlicher Zucht verletzt.[11]

Die damals verbreitete Verquickung von Recht und Moral wird in diesen und ähnlichen Urteilssequenzen pointiert zum Ausdruck gebracht.

Eine Disposition über die ehelichen Pflichten seitens des einzelnen Paares hat der Große Zivilsenat abgelehnt,[12] ihre Inhalte seien vielmehr naturrechtlich festgelegt.[13] Das galt auch für solche Pflichten, die gesetzlich nicht konkret normiert waren, sondern aus der Generalklausel der ehelichen Lebensgemeinschaft (§ 1353 BGB) abgeleitet

---

der Scheidungsrechtsprechung des BGH ein Beispiel für die naturrechtliche Phase der 1950er Jahre sieht. Zum Scheidungsrecht gleich unten Kap. 3.3).

7 BGH v. 18.6.1955 – IV ZR 71/55 (BGHZ 18, 13, 17).

8 Z. B. in BGH v. 16.4.1953 – IV ZR 157/52.

9 BGH v. 29.1.1960 – IV ZR 155/59, S. 5. Differenzierend BGH v. 3.7.1952 – IV ZR 47/52, wo gesagt wird, dass mit der Geburt eines Kindes und einem Heiratswillen die Sittenwidrigkeit des nichtehelichen Zusammenlebens entfiele, da die Legalisierung des Kindes wichtig sei und um der jungen werdenden Mutter einen Aussteueranspruch zu gewähren. Näheres zur Bewertung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft vor allem durch den IV. Zivilsenat unten beim Scheidungsrecht.

10 Zu diesem Urteil mehr unter Kap. 5.1.3.

11 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 6/53 (BGHSt 6, 46, 54).

12 Allerdings konnte eine Absprache zwischen den Ehegatten dazu führen, dass eine objektive Verfehlung nicht als „schwer" eingestuft wurde (BGH v. 28.12.1957 – IV ZR 226/57 (BGHZ 26, 196)).

13 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 53). Das galt auch für die eheliche Treue: In einem Fall einer – vereinbarten – „Ehe zu Dritt" wurde der Ehebruch des Mannes gleichwohl als Eheverfehlung gewertet (BGH v. 9.4.1953 – IV ZR 182/52).

wurden. Denn der Familiensenat formulierte wiederholt konkrete Anforderungen an die Eheleute,[14] die „schon immer“ dem Wesen der Ehe zugerechnet worden seien, wozu auch die Rollenverteilung innerhalb der Ehe gehörte, die er als verbindlich festgelegt ansah.[15] Diese Fixierung auf eine geschlechtsspezifisch vorbestimmte Pflichtenlage kam immer wieder in Entscheidungen zum Ausdruck; recht krass in einem Urteil noch Mitte der 1960er Jahre: Ein Mann hatte seine Frau verklagt, dass sie schuldhaft die Ehe zerrüttet habe, weil sie den Geschlechtsverkehr ablehnte und erklärt habe, sie könne dabei Zeitung lesen. Der Senat meinte, die Ehefrau habe den ehelichen Verkehr nicht nur widerspruchsfrei zu erdulden, sondern:

> Die Frau genügt ihren ehelichen Pflichten nicht schon damit, dass sie die Beiwohnung teilnahmslos geschehen lässt. Wenn es ihr infolge ihrer Veranlagung oder aus anderen Gründen versagt bleibt, im ehelichen Verkehr Befriedigung zu finden, so fordert die Ehe jedoch von ihr eine Gewährung in ehelicher Zuneigung und Opferbereitschaft und verbietet es, Gleichgültigkeit oder Widerwillen zur Schau zu tragen.[16]

Mit derartigen Urteilen hat der Familiensenat der Frau ihre Rolle als Ehefrau bis in den intimsten Bereich penibel vorschreiben wollen und das Eheleben der einzelnen Ehegatten verrechtlicht, und das weit über das vom Gesetz konkret geregelte Maß hinaus. Umgekehrt war Art. 3 Abs. 2 GG, wonach Männer und Frauen gleichberechtigt sind, für den Senat kaum relevant, da die aus der Natur abgeleiteten Unterschiede die Ungleichbehandlung rechtfertigten.[17] Die Pflicht zur häuslichen Gemeinschaft gehörte selbstverständlich zum Wesen der Ehe, nur bei beachtenswerten Motiven sei es einem Partner (gemeint ist die Frau) zu gestatten, dem anderen nicht an den Wohnsitz, an dem dessen Arbeitsplatz liegt, zu folgen.[18]

Trotz dieses institutionellen Eheverständnisses, mit dem letztlich in die einzelne Ehe hineinregiert wurde, hat der BGH in einer anderen Frage Zurückhaltung geübt: Ein deliktischer Anspruch bei einer Ehestörung, konkret einem Ehebruch eines der beiden Ehegatten, wurde abgelehnt.[19] Diese umstrittene und bis heute gültige Rechtsprechung geht auf eine Entscheidung Mitte der 1950er Jahre zurück, in der das Ergebnis damit begründet wurde, dass das Familienrecht abschließend sei und dass die Ehe als Schicksalsgemeinschaft es nicht zulasse, in ihren inneren Bereich einzugreifen. Das gelte letztlich auch für Ansprüche gegenüber dem Dritten, mit dem der eine Gatte

---

14 Alkoholgebrauch im Übermaß wurde als Eheverfehlung gewertet (BGH v. 7.10.1964 – IV ZR 246/63 (BGHZ 43, 324)). Auch konnte eine – berechtigte – Strafanzeige gegenüber dem Ehegatten ein schwerer Verstoß gegen die eheliche Solidarität sein (BGH v. 3.4.1963 – IV ZR 219/62 – (*FamRZ* (1963), S. 515)).

15 Immerhin war diese Rollenverteilung im BGB (§ 1356) konkret geregelt.

16 BGH v. 2.11.1966 – IV ZR 239/65 (*NJW* (1967), S. 1078, 1079).

17 Näheres zur Gleichberechtigung der Geschlechter unten Kap. 3.2.

18 BGH v. 13.12.1951 – IV ZR 44/51 (BGHZ 4, 186, 189).

19 BGH v. 21.3.1956, LM Nr. 3 (§ 823); BGH v. 6.2.1957 – IV ZR 263/56 (BGHZ 23, 279); BGH v. 8.1.1958 – IV ZR 173/57 (BGHZ 26, 217, 221); BGH v. 7.6.1967 – IV ZR 335/65 (BGHZ 48, 82, 85).

die Ehe gebrochen hatte.[20] Damit scheiden Ansprüche wegen der Kosten für den Prozess zur Vaterschaftsanfechtung sowohl gegen den Ehepartner[21] als auch gegen den Dritten[22] aus.[23] Nur bei vorsätzlich sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB) könne ein Anspruch bestehen.[24] Diese Beschränkung bedeutete für den Senat aber kein Abgehen von dem Anspruch, jegliche Unsittlichkeit zu verbannen; im Gegenteil: Das Senatsmitglied Raske brachte zum Ausdruck, dass die darin liegende „unverdiente Begünstigung des Ehebrechers" leider hingenommen werden müsse. Aber dieser Bereich sollte nicht auch noch zum Gegenstand von Zivilrechtsstreitigkeiten werden, sondern möglichst ohne öffentliches Aufsehen intern geregelt werden.[25]

Auf der anderen Seite hat der Senat dem „betrogenen Gatten" etwaigen Rechtsschutz nicht vollständig verwehrt, indem er bereits im Jahre 1952 den räumlich gegenständlichen Bereich der Ehe, konkret die Ehewohnung, als schützenswert ansah, so dass insoweit sowohl Unterlassungs- als auch Schadensersatzansprüche gegen das „ehebrecherische Paar" gegeben sein konnten.[26] Die Begründung des Senats für diese Ausnahme ist aber nicht, wie heute, an den Grundrechten orientiert, sondern vor allem auf die Interessen der Ehefrau und Mutter zugeschnitten, weil ihr häuslicher Wirkungskreis, wie es damals hieß, besonderen Schutz verdiene.[27] Ihre Stellung als Ehe-

20 BGH v. 6.2.1957 – IV ZR 263/56 (BGHZ 23, 279); BGH v. 8.1.1958 – IV ZR 173/57 (BGHZ 26, 217, 221).

21 BGH v. 30.9.1954 – IV ZR 233/53 (BGHZ 14, 358); BGH v. 21.3.1956 – IV ZR 194/55 (*NJW* (1956), S. 1149); BGH v. 30.1.1957 – IV ZR 279/56 (BGHZ 23, 215).

22 BGH v. 6.2.1957 – IV ZR 263/56 (BGHZ 23, 279) – das OLG München hatte anderes entschieden (BA, B 283/49186); BGH v. 8.1.1958 – IV ZR 173/57 (BGHZ 26, 217, 224). Im Ergebnis gleich, aber mit einer anderen Begründung das OLG Düsseldorf (BA, B 283/48335, Bl. 6 ff.: Das Unterlassen der Anfechtung unterbreche den Kausalverlauf) und das OLG Nürnberg (BA, B 283/49406); BGH v. 9.7.1958 – IV ZR 22/58; noch einmal bestätigt in BGH v. 7.6.1967 – IV ZR 335/65 (BGHZ 48, 82) hinsichtlich der Rückzahlung von Unterhalt im Anschluss an eine Eheaufhebung.

23 Möglich blieben Schadensersatzansprüche wegen Gesundheitsverletzung, aber nur, wenn die schädigende Handlung nicht in dem Ehebruch bestand (BGH v. 11.7.1958 – IV ZR 79/58).

24 BGH v. 30.9.1954 – IV ZR 233/53 (BGHZ 14, 358, 360). Allerdings gab es keine Unterhaltsansprüche des rechtlichen Vaters gegen den Ehebrecher ohne rechtskräftige Vaterschaftsanfechtung; der BGH begründete diese Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit dem Schutz des Familienfriedens sowie dem Kindeswohl (BGH v. 30.9.1954 – IV 233/53 (BGHZ 14, 358, 360)), a. A. OLG Hamm, in: *JZ* (1953), S. 757, das dem RG (RGZ 152, 397) folgte.

25 Ein Anspruch wegen der Entbindungskosten wurde zwar zugesprochen, allerdings nicht als Schadensersatz, sondern mit einer unterhaltsrechtlichen Begründung, so dass es letztlich nicht um einen „Ehebruchsfall" ging (BGH v. 8.1.1958 – IV ZR 173/57 (BGHZ 26, 217, 220)). Das Ergebnis wurde aus § 1715 BGB aF hergeleitet.

26 BGH v. 26.6.1952 – IV ZR 228/51 (BGHZ 6, 360, 361). Der Leitsatz der Entscheidung nennt als Anspruchsteller(in) die Ehefrau. An diesem Tag ergingen noch zwei weitere Entscheidungen in diesem Sinne (BGH v. 26.6.1952 – IV ZR 54/52 und 227/51), in denen klargestellt wurde, dass zwar die Wohnung, aber nicht mehr die Geschäftsräume des Betriebs des Ehemannes vom Schutz erfasst werden. Es wurde 1954 klargestellt, dass auch das Vollstreckungsverbot des § 888 ZPO (aF) in diesem Fall nicht greife (BGH v. 2.11.1955 – IV ZR 98/55).

27 BGH v. 26.6.1952 – IV ZR 228/51 (BGHZ 6, 366). Außerhalb des Deliktsrechts gab es allerdings durchaus einzelne Ersatzansprüche: So konnte der Ehemann wegen des geleisteten Unterhalts für ein Kind,

frau und Mutter sei vor Angriffen zu bewahren. Damit ist ein Topos angesprochen, der sich in vielen Urteilen des Senats wiederfindet: Die Ehefrau (und Mutter) wird vor allem als ein Objekt hoheitlicher Fürsorge gesehen, dem der Senat in der konkreten Situation gegenüber der Ehebrecherin glaubte helfen zu müssen. Nicht die Ehepartner als solche, sondern die Ehefrau in ihrer konkreten Rollenzuschreibung steht im Zentrum dieser Überlegungen.[28]

3.2 Sind Männer und Frauen gleichberechtigt?[29]

Auch wenn der Familiensenat den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG immer wieder in einzelnen Urteilen erwähnte, war er kaum bereit, daraus Konsequenzen im Eherecht[30] zu ziehen. Schon beim Ehenamen hörte die Gleichberechtigung auf, denn auch die zwingende Übernahme des Mannesnamens durch die Frau bei Heirat (§ 1355 BGB aF) verstoße nicht gegen Art. 3 Abs. 2 GG.[31] Zwar habe der Name nicht nur eine Ordnungsfunktion, sondern sei auch Teil des Persönlichkeitsrechts („[...] der Name weist in tiefere Bezüge und Zusammenhänge, in denen der Mensch steht"),[32] aber die gesetzliche Regelung entspreche der überwiegenden Auffassung der Bevölkerung, sie beruhe auf einer

> dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft entsprechenden noch heute gültigen Anschauung, nämlich [...] daß der Mann vornehmlich die Familiengemeinschaft nach außen vertritt, die Frau sie im Innern gestaltet.[33]

Eventuelle wirtschaftliche Einbußen, die aus der Namensführung für die Frau entstehen, seien hinzunehmen, da die Regelung nach wie vor überwiegend als richtig empfunden werde.[34] Das Recht des Mannes, der geschiedenen Frau bei einem unsittlichen Lebenswandel die Führung seines Namens zu untersagen (§ 57 EheG), sei ebenfalls

---

das nicht von ihm abstammt, den Ehebrecher in Anspruch nehmen, wobei der Senat zur Begründung nicht auf das Deliktsrecht zurückgegriffen hat, sondern im Unterhaltsrecht einen Forderungsübergang zugunsten des Ehemannes der Mutter gegen den leiblichen Vater (und Ehebrecher) analog § 1709 Abs. 2 BGB aF anerkannt hat (BGH v. 27.2.1957 – IV ZR 290/56 (BGHZ 24, 9); BGH v. 8.1.1958 – IV ZR 173/57 (BGHZ 26, 217, 221)).

28 Immerhin hat der Berichterstatter Johannsen den Entwurfstext des zitierten Urteils abgeändert und das Wort „Ehefrau" ersetzt durch „Ehegatten, insbesondere der Ehefrau" (BA, B 283/47884).

29 An dieser Stelle wird nur die Rechtsprechung des IV. (Familien)Senats dargestellt. Die grundsätzliche Haltung des BGH, d. h. auch der anderen Senate, zur Gleichberechtigung, insbesondere das Gutachten des I. Senats, wird im Kapitel zu den Grundrechten behandelt (s. Kap. 6.3).

30 Eine Ausnahme machte das Sorgerecht – s. Kap. 3.5.2, Das Sorgerecht.

31 BGH v. 13.7.1957 – IV ZB 23/57 (BGHZ 25, 163).

32 BGH v. 13.7.1957 – IV ZR 54/57, S. 7.

33 BGH v. 13.7.1957 – IV ZR 54/57, S. 8.

34 BGH v. 13.7.1957 – IV ZB 23/57 (BGHZ 25, 163, 169). Der ganze Adoptionsvertrag war als nichtig angesehen worden, weil Annehmende und Angenommene den gleichen Namen angegeben hatten.

mit dem Gleichheitsgrundsatz vereinbar, obwohl die Frau dieses Recht umgekehrt nicht besitze. Und dass die Frau in einem solchen Fall die Namensgleichheit mit dem ehelichen Kind verliert, während dies bei einem Mann nie geschehen könne, sei hinzunehmen, denn es sei „die Position der Ehefrau hinsichtlich des Familiennamens des Mannes eine schwächere als die des Mannes."

Offensichtlich sah das Gericht den Zusammenhang mit § 1355 BGB aF, wonach der Name des Mannes zwingend der Ehename ist, nicht oder wollte ihn einfach nicht sehen.[35] Auch die Vorschrift, wonach eine Frau, die ein Kind adoptiert, diesem nicht ihren (aktuellen) Ehenamen geben darf, sondern nur ihren Mädchennamen (§ 1758 Abs. 1 S. 2 BGB aF), wurde als verfassungskonform angesehen.[36] Diese Regelung sei notwendig zum Schutze des Mannes und seiner Familie, hinter deren Rechte die Rechte der Frau zurücktreten müssten.[37]

Die – überlieferte – Vorstellung von der Ehe diente nicht nur im Namensrecht als Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung, so dass das Grundrecht im Ergebnis gegenüber dem Rechtsinstitut Ehe nur eine geringe Bedeutung besaß. Die Zuständigkeit in Ehesachen war generell an den Wohnsitz des Ehemannes geknüpft (§ 606 Abs. 1 S. 2 ZPO aF), was der Senat damit gerechtfertigt hat, dass ein einheitlicher Gerichtsstand notwendig sei; die Ordnungsfunktion der Norm werde von der Gegenansicht verkannt.[38] Die Kompetenz des Ehemannes zur Wahl des Aufenthaltsortes beruhe nicht auf der Bevorzugung seines Geschlechts, sondern sei Ausdruck der zulässigen Ermessensentscheidung des Gesetzgebers.[39] Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG sei nur gegeben, wenn eine Entscheidung auf „einer Minderbewertung der Frau beruht".[40] Insoweit war es konsequent, auch die Wohnsitzregelung des § 11 BGB, wonach die Frau den Wohnsitz ihres Mannes teilt, für verfassungskonform zu halten.[41] Die Folgen der angeblich reinen Ordnungsfunktion waren aber in der Praxis durchaus spürbar: Ein Vater hatte sein Kind nach Berlin entführt, die Mutter beantragte beim Amtsgericht ihres Wohnsitzes die Rückführung, das angerufene Gericht gab dem statt. Der BGH verneinte indessen die Zuständigkeit des Amtsgerichts an dem Ort, an dem die Familie

35 BGH v. 14.7.1956 – IV ZR 111/56, S. 7 f. Das Amtsgericht und das OLG hatten die Regelung des § 57 EheG für verfassungswidrig gehalten.

36 BGH v. 13.7.1957 – IV ZB 23/57 (BGHZ 25, 172).

37 BGH v. 13.7.1957 – IV ZB 23/57 (BGHZ 25, 172). Für verfassungswidrig hielten diese Norm: OLG Hamm, in: *FamRZ* (1956), S. 392; Machleid, Urteilsanmerkungen, in: *FamRZ* (1956), S. 396; Krüger, Der Name, in: *AcP*, S. 232, 253.

38 BGH v. 4.11.1954 – IV ZR 169/54. Anderer Ansicht waren das OLG München, in: *NJW* (1954), S. 76 sowie die Oberlandesgerichte Stuttgart (IPR-Rechtsprechung 1952/53, 603) und Hamm (*NJW* (1953), S. 589), die die Regelung über die örtliche Zuständigkeit wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz für verfassungswidrig hielten.

39 BGH v. 13.12.1954 – IV ZR 182/54; BGH v. 18.1.1954 – IV ZR 112/53, woran der Gesetzgeber angeknüpft hat (wenn nicht an das Geschlecht), wird nicht gesagt.

40 BGH v. 11.4.1956 – IV ZR 346/55, S. 7.

41 BGH v. 2.5.1956 – IV ZB 40/56, S. 9: Es handele sich um reine Zweckmäßigkeitsüberlegungen, ohne eine sachliche Benachteiligung.

gelebt hatte.[42] Da der Aufenthaltsort des Mannes den Wohnsitz der Familie bestimme (§ 11 BGB), konnte dieser im vorliegenden Fall durch die Kindesentführung eigenmächtig einen neuen Wohnsitz der Familie begründen; dass er damit die Rechte der Ehefrau und des Kindes beeinträchtigt hatte, war unerheblich. Es ist nicht nachvollziehbar, dass es hier um eine reine Ordnungsfunktion des Wohnsitzes gehen soll.

Schließlich sei noch das „Kranzgeld" (gem. § 1300 BGB aF) erwähnt, das der unbescholtenen Verlobten einen Schadensersatzanspruch gewährte, wenn sie dem verlobten Partner die Beiwohnung gestattet hatte. Die Norm sei kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz, da dahinter ein „praktisch-menschliches" Anliegen stehe[43] und das Gesetz nur Rücksicht „auf die naturgegebene biologische und seelische Eigenart der Frau" nehme. Letztlich rechtfertige die Wesensart der Frau diesen Anspruch, weil er ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit gerecht werde.[44] Diese Entscheidung macht deutlich, dass nicht eine generelle Geringschätzung der Frau die Auslegung des Gleichheitsartikels durch den Senat geprägt hat, sondern das stete Anliegen, die Frau in einer bestimmten Rolle zu sehen, in diesem Fall als die betrogene Verlobte, die besonders zu schützen ist. Es soll nicht bestritten werden, dass der Verlust der Unbescholtenheit in der damaligen Gesellschaft für die Frau eine deutlich größere Bedeutung besaß als für den Mann, doch ist diese soziale Ungleichheit nicht mit einer „naturgegeben[en] biologischen und seelischen Eigenart der Frau", wie es der Senat ausdrückt, gleichzusetzen. Auch hätten sich die Richter fragen müssen, ob diese soziale Tatsache die rechtliche Ungleichbehandlung wirklich rechtfertigt, zumal die in der Rechtfertigung der Norm liegende Zuschreibung die Ungleichheit ja noch weiter zementiert.

Zusammenfassend ist ein traditionell sowie naturrechtlich geprägtes Ehebild des IV. Senats zu erkennen, das sich kaum am neuen Grundgesetz orientierte und auf den Erhalt der bestehenden (vielleicht auch früheren) Verhältnisse bedacht war. Größere Veränderungen fanden in der BGH-Rechtsprechung im allgemeinen Eherecht auch in den 1960er Jahren nicht statt. Eine Reaktion auf das Gleichberechtigungsgesetz (und die damit erfolgte Änderung der Festlegung der Haushaltsführungsrolle in § 1356 BGB) war immerhin die Tatsache, dass im Jahr 1968 der Anspruch des Ehemannes wegen Verletzung seiner den Haushalt führenden Ehefrau (aus § 845 BGB) abgelehnt und stattdessen der Frau selbst der Anspruch zuerkannt wurde.[45]

42 BGH v. 20.6.1956 – IV ZR 50/56.

43 BGH v. 10.3.1956 – IV ZR 315/55 (BGHZ 20, 195).

44 Im Ergebnis kann der Senat zu Recht darauf verweisen, dass diese seine Auffassung damals der herrschenden Ansicht entsprach (BGH v. 10.3.1956 – IV ZR 315/55 (BGHZ 20, 197 f.).

45 BGH v. 9.7.1968 – GSZ 2/67 (BGHZ 50, 304).

3.3 Die Scheidung

In der Nachkriegszeit erlebte die bundesdeutsche Gesellschaft einen regelrechten Scheidungsboom, der vor allem die Ehen, die zwischen 1939 und 1945 geschlossenen worden waren, besonders betroffen hat. In zwei Dritteln der Fälle wurden die Scheidungen durch die Frauen beantragt, nur zu einem Drittel durch die Männer. Da während der Jahre zwischen 1943 und 1946 die Justiz nicht im Normalbetrieb gearbeitet, sondern zum Teil stillgestanden hatte, kam es zu einem großen Scheidungsstau, der sich dann Anfang der 1950er Jahre dahin auswirkte, dass eine große Zahl an Revisionsentscheidungen durch den BGH zu bewältigen waren. Die Ehesachen machten zunächst einen Großteil der Angelegenheiten des Familiensenats aus, gingen aber ab Mitte der 1950er Jahre zurück, so dass um 1960 nur noch 5 Prozent der vom Senat zu entscheidenden Sachen Ehesachen waren.[46]

Zum Thema „Scheidung und Normalbetrieb“ gab es einen kuriosen Fall:[47] Ein Ehepaar aus Breslau war im Krieg durch ein Urteil aus dem Jahre 1944 wegen Verschuldens des Mannes geschieden worden, der Mann hatte gegen dieses Urteil allerdings Berufung zum Oberlandesgericht eingelegt, so dass das Scheidungsurteil nicht rechtskräftig geworden war. Unmittelbar danach waren beide aufgrund der Kriegsereignisse gezwungen, aus Breslau zu fliehen, hatten auf der Flucht wieder zusammengefunden und anschließend zehn Jahre „wiedervereinigt“ als Paar gelebt. Das damalige Scheidungsverfahren in Breslau war niemals abgeschlossen worden, denn auch das Oberlandesgericht Breslau hatte wegen der Kriegsereignisse seine Tätigkeit eingestellt. Als der Mann sich nun 1954 einer anderen Frau zuwandte und konkret überlegte, wie er „die alte“ loswerden konnte, erinnerte er sich an das frühere Verfahren in Breslau und beantragte dessen Aufnahme zwecks Beendigung; konkret erklärte er die Rücknahme seiner damaligen Berufungseinlegung mit dem Ziel, dass die damalige Scheidung rechtskräftig werde.[48] Der BGH ließ diesen „Trick“ nicht durchgehen. Er sah in dem langjährigen Zusammenleben mit seiner Ehefrau nach dem Krieg einen konkludenten Verzicht des Mannes auf die Rücknahme der Berufung;[49] der Grundsatz von Treu und Glauben gelte auch im Verfahrensrecht. Das alte Scheidungsverfahren haben die Richter für erledigt angesehen, weil die Ehefrau nunmehr konkludent auf ihr Scheidungsrecht verzichtet habe.[50] Der Schutz der Ehefrau wurde hier durchaus plausibel umgesetzt.

---

46 Auch einige BGH-Richter waren selbst von Scheidung betroffen, das Problem stellte sich gleichsam auch „im Hause“, wie die Analyse in Band 1, Kap 4.7, Soziale Lage der BGH-Richterschaft gezeigt hat.
47 BGH v. 10.3.1956 – IV ZR 336/55 (BGHZ 20, 198).
48 Das Verfahren konnte theoretisch in der Tat wegen § 2 ZustErgG v. 7.8.1952 wieder aufgenommen werden.
49 BGH v. 10.3.1956 – IV ZR 336/55 (BGHZ 20, 198, 205 f.).
50 BGH v. 10.3.1956 – IV ZR 336/55 (BGHZ 20, 198, 208).

3.3.1 Die Scheidung wegen Verschuldens

Das Scheidungsrecht war auch in der frühen Bundesrepublik noch im Ehegesetz geregelt, das von den Nationalsozialisten 1938 eingeführt und von den Alliierten als Kontrollratsgesetz Nr. 16[51] – um einige nationalsozialistische Normen bereinigt – 1946 wieder in Kraft gesetzt worden war. Bis 1977 galt eine Mischung aus Zerrüttungs- und Verschuldensscheidung, zentrale Normen waren §§ 42, 43 EheG, wonach der Scheidungswillige vortragen musste, dass der andere die Zerrüttung der Ehe verschuldet hatte.[52] Etwa 90 Prozent der Ehen wurden in den ersten Jahren der Bundesrepublik nach diesen Normen geschieden, in der Regel auf Antrag der Frau.[53]

Das Verschuldenselement als Voraussetzung einer solchen Scheidungsklage knüpfte an einen Verstoß gegen die bereits erwähnten ehelichen Pflichten an, setzte also das Bestehen eines objektiven ehelichen Verhaltenskatalogs voraus. Relevant war ein Verstoß aber nur, wenn es sich um eine schwere Verfehlung handelte, die jeweils konkret bewiesen werden musste.[54] Der klassische Fall einer Eheverfehlung war der Ehebruch, der in der Regel auch als „schwer“ gewertet wurde,[55] was aber ausnahmsweise anders sein konnte, etwa wenn er durch Handlungen des „betrogenen Gatten“ ausgelöst worden war.[56] Selten kam es vor, dass ein Verschulden trotz Ehebruchs verneint wurde, in einem Fall, weil die Frau, die aufgrund des Krieges von ihrem Mann getrennt worden war,[57] im Krieg „sich einem anderen Mann anschloss“, um sich und die Kinder ernähren zu können,[58] womit ihr Verhalten entschuldigt sein konnte.[59] Schließlich konnte solchen Eheverfehlungen, die im Zustand der verminderten Zurechnungsfähigkeit begangen wurden, unter Umständen deswegen die nötige Schwere fehlen.[60] So hatte eine geistig gestörte Frau ihren Mann unter anderem als „Saukerl“ bezeichnet, den Richtern Bestechung vorgeworfen und andere unhaltbare Behauptun-

51 Gesetz Nr. 16 v. 20.2.1946 (Amtsblatt des Kontrollrats 1946, 77, 294). Das Gesetz trat zum 1.3.1946 in Kraft.

52 Die Zerrüttungsscheidung war in § 48 EheG geregelt, dazu gleich unter Kap. 3.3.

53 In den gesamten 1950er Jahren erfolgten über 80 Prozent der Scheidungen nach §§ 42, 43 EheG (Tabelle bei Wolf/Lüke/Hax, Scheidung, S. 471, dort auch weitere Zahlen). In vielen dieser Fälle wird es sich um versteckte Konventionalscheidungen gehandelt haben.

54 Bei Handlungen, die bereits im Vorfeld der Eheschließung lagen, kam vorrangig eine Eheaufhebung in Betracht, etwa bei einer Täuschung des Mannes durch die schwangere Verlobte über die Vaterschaft (BGH v. 4.3.1959 – IV ZR 231/58 (BGHZ 29, 265, 269)).

55 BGH v. 30.10.1952 – IV ZR 84/52.

56 BGH v. 1.12.1956 – IV 166/56 (*NJW* (1957), S. 300). In einem solchen Fall musste dann eine umfassende Abwägung des beiderseitigen Verschuldens erfolgen.

57 Der Mann befand sich in Kriegsgefangenschaft.

58 BGH v 9.7.1951 – IV ZR 94/50; BGH v. 29.5.1952 – IV ZR 175/51; BGH v. 27.10.1965 – IV ZR 246/64.

59 In dem einen Fall wurde die Ehe allerdings nach § 48 EheG geschieden.

60 BGH v. 23.4.1955 – IV ZR 73/55 (*FamRZ* (1955), S. 208). Eine mildere Beurteilung wegen einer geistigen Störung sollte allerdings bei § 44 EheG nicht zulässig sein (BGH v. 29.5.1963 – IV ZR 73/62 (*FamRZ* (1964), S. 28).

gen aufgestellt. Der Senat hat das Verschulden auf ihrer Seite zwar nicht ganz entfallen lassen, aber die Sache zurückverwiesen, um prüfen zu lassen, ob der Mann vielleicht mit zu dem Verhalten der Frau beigetragen habe.[61]

Schwierig zu beurteilen war das Verschulden beispielsweise bei einem Wechsel des religiösen Glaubensbekenntnisses durch einen Ehegatten (Übertritt der Frau von der evangelischen zur Neuapostolischen Kirche), der, so der Familiensenat, grundsätzlich keine Eheverfehlung darstelle.[62] Er könne aber je nach den Umständen des Einzelfalles, zum Beispiel wenn er ohne Vorankündigung erfolgte, doch entsprechend eingeordnet werden. Zu prüfen seien in einem solchen Fall die Beweggründe des Gatten, der die Religion wechselte, und die Wirkung seines Handelns auf den anderen.[63] In dieser Entscheidung machte der Senat die Frage des Verschuldens von einer umfassenden Abwägung des Verhaltens abhängig und zeigt, wie normativ und stark einzelfallabhängig die Auslegung des Verschuldensbegriffs sein sollte. Die erste Entwurfs-Fassung des ausführlichen Urteils wurde durch eine Vielzahl handschriftlicher Verbesserungen verändert,[64] was zeigt, dass der Senat auch selbst sehr um diese Frage gerungen hat. Dies hat auch bereits der Bonner Familienrechtswissenschaftler und Herausgeber der Zeitschrift für das gesamte Familienrecht, Wilhelm Bosch, in einem Brief an den Vorsitzenden des Senats gemutmaßt.[65] Mitgewirkt haben an diesem Urteil drei, ihre Religion praktizierende Richter aus unterschiedlichen Konfessionen,[66] was die intensiven Diskussionen im Senat begünstigt haben könnte.[67]

Auch bei einem Alkohol- und Medikamentenmissbrauch eines Ehegatten musste im Einzelfall untersucht werden, ob ein Verschulden vorlag.[68] Und die Weigerung einer Frau, an einem Ort mit ihrem Mann zusammenzuziehen, stelle als Verstoß gegen das ehemännliche Bestimmungsrecht (§ 1354 BGB aF) eine Verfehlung dar, die allerdings möglicherweise nicht schwer wiege, etwa wenn sie ihre Eltern pflegen wolle, was wiederum eine Abwägung mit den Interessen des Mannes erforderte.[69]

Das Verschulden war besonders schwierig zu bestimmen, wenn es um die vom BGH vorgenommene sittliche Bewertung einer Handlung eines Ehegatten ging,[70] näm-

61 BGH v. 19.2.1953 – IV ZR 23/52.

62 BGH v. 6.4.1960 – IV ZR 276/59 (BGHZ 33, 145).

63 BGH v. 6.4.1960 – IV ZR 276/59 (BGHZ 33, 159).

64 Es könnte sich um die Handschrift des Berichterstatters Raske handeln (BA, B 283/50151, Bl. 80 ff.).

65 Bosch glaubte dies bereits der veröffentlichten Fassung entnehmen zu können (privates Schreiben Boschs an den Senatsvorsitzenden v. 23.11.1960 (BA, B 283/50151, Bl. 127).

66 Walther Ascher war Jude, August Raske katholisch und Kurt Wüstenberg evangelisch.

67 SWR Hörfunkarchiv, W1528975. Über dieses Urteil wurde auch im SDR-Rundfunk berichtet.

68 Während das Berufungsgericht ein Verschulden verneint hatte, verlangte der BGH eine genauere Prüfung des Krankheitsverlaufs (und verwies zurück): BGH v. 7.10.1964 – IV ZR 246/63 (BGHZ 43, 324). Es ging um eine Scheidung gemäß § 44 EheG.

69 BGH v. 25.9.1952 – IV ZR 31/50, S. 15. Die Tatsache, dass eine Frau ihrem Mann, der aus politischen Gründen von Ost- nach Westberlin umgesiedelt war, nicht gefolgt ist, wurde 1963 als Verschulden gewertet (BGH v. 9.10.1963 – IV 336/62).

70 BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 53/60 (*FamRZ* (1961), S. 66).

lich die Abwendung vom anderen Ehegatten, die ja verschiedene Ursachen haben konnte. Allerdings stellte der Senat schon 1951 den Grundsatz auf, dass ein willkürliches Verhalten anzunehmen sei, wenn „kein nachvollziehbarer Grund es erklärlich erscheinen“ lasse.[71] Aber was heißt nachvollziehbar? So verwiesen scheidungswillige Ehegatten als Grund für eine Trennung häufig auf Wesensverschiedenheiten[72] oder charakterlich problematische Eigenschaften des anderen.[73] Während mitunter ein Berufungsgericht in „grundverschiedenen Veranlagungen“ die Ursache des Scheiterns der Ehe erblickte, hielt der BGH dies für unerheblich.[74] Allein der „Verlust der ehelichen Gesinnung“ reichte nicht; denn darin müsse regelmäßig, so der Familiensenat, eine schuldhafte Preisgabe der Ehe gesehen werden.[75] Der Schuldbegriff war in diesen Konstellationen stark normativ aufgeladen, da er die sittliche Bewertung der Trennungsursache beinhaltete, die nun einmal von einer subjektiven Einschätzung abhängt. Während untere Gerichte mitunter stärker den hinter der Trennung stehenden Gefühlsverlust berücksichtigten, mit der Konsequenz, dass der Grund des ehelichen Scheiterns in den äußeren Umständen wurzelt und damit auf einem schicksalhaften Verlauf beruht (so damals einige Vorinstanzen), hat der BGH den Willensentschluss (zur Trennung) in den Vordergrund gestellt, der für ein Verschulden spreche, da der Senat den Verlust von Empfindungen der betreffenden Person zurechnete: Die Trennung beruhe in der Regel auf einer willensmäßigen Entscheidung, die der einzelne zu verantworten habe.[76] Daher verfing der Hinweis, die Ehefrau sei zänkisch und streitlustig[77] genauso wenig wie (verständlicherweise) das Vorbringen, die (böse) Schwiegermutter habe zur Zerrüttung der Ehe geführt.[78] Der Senat hat die jeweilige Situation

71 BGH v. 12.4.1951 – IV ZR 154/50 (die Formulierung geht wohl auf den Berichterstatter August Raske zurück – BA, B 283/47652).

72 BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 78/52 („Gefühlskälte und Abneigung gegenüber dem ehelichen Verkehr“ (S. 6)).

73 BGH v. 4.6.1951 – IV ZR 27/50 (BGHZ 2, 255): die Rede war von zänkisch und eifersüchtig; BGH v. 5.11.1953 – IV ZR 69/53 („nörglerisches Wesen“, „pedantisch“); BGH v. 16.4.1953 – IV ZR 157/43 („Streitsucht“, „quälende Ordnungsliebe“).

74 BGH v. 5.11.1953 – IV ZR 69/53, S. 15.

75 BGH v. 4.6.1951 – IV ZR 27/50 (BGHZ 2, 255, 258). Eine Entfremdung sei kein Grund, sich vom Ehepartner abzuwenden (BGH v. 16.4.1953, S. 8). Joachim Gernhuber sah in solchen Entscheidungen des BGH die Verankerung einer Lebensführungsschuld (Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, S. 260).

76 BGH v. 25.11.1954 – IV ZR 77/54 (*FamRZ* (1955), S. 69); ähnlich BGH v. 23.9.1954 – IV ZR 75/54 (*FamRZ* (1954), S. 243): Die Ehepartner waren kriegsbedingt längere Zeit getrennt worden. Der freie Willensentschluss wurde auch betont in BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 53/60 (*FamRZ* (1961), S. 66): Der Ehepartner hatte eine ansteckende Krankheit. Allein, dass das Verhalten des sich trennenden Ehegatten menschlich verständlich war, reichte nicht (BGH v. 10.6.1960 – IV ZR 14/60 (*FamRZ* (1960), S. 393)). Die angebliche Willensherrschaft hinsichtlich einer sehr persönlichen Beziehung sahen Teile der Literatur als Fiktion, s. Wolf/Lüke/Hax, Scheidung, S. 313 ff., 315.

77 BGH v. 24.9.1958 – IV ZR 73/58 (*FamRZ* (1958), S. 456); BGH v. 14.4.1965 – IV ZR 125/64 (und sie führe den Haushalt äußerst nachlässig).

78 BGH v. 27.4.1953 – IV ZR 85/52: Die Schwiegermutter habe sich ständig eingemischt und die Ehefrau stets Partei für ihre Mutter ergriffen; dies entbinde den Kläger nicht davon, solche erschwerenden

zwar gewürdigt, letztlich konnte diese aber das Verschulden dessen, der sich getrennt hat, nicht beseitigen. Und die Beweislast für das Verschulden hat der BGH in Fortführung der Reichsgerichtsrechtsprechung auf den Ehegatten, der die Scheidung begehrte, verlagert.[79]

Ein Mann, der „glaubte, in Bezug auf die körperliche Hingabe der Frau etwas entbehren zu müssen“[80] könne sich nicht darauf berufen, „dass das Erkalten seiner ehelichen Empfindungen ein rein schicksalhafter Vorgang sei, für den er nicht verantwortlich gemacht werden dürfe,“[81] denn „die gegenteilige Auffassung würde zu einer einseitigen Überbewertung der biologischen und erotischen Seite der Ehe und zu einer Verleugnung ihrer höheren Werte führen.“[82]

3.3.2 Der Scheidungsgrund der Krankheit eines Ehegatten

Das Gesetz sah vor, dass eine Ehe auch ohne ein Verschulden eines Ehegatten geschieden werden konnte, wenn ein Ehegatte krank war, sei es, dass infolge der Schwere einer Geisteskrankheit die geistige Gemeinschaft zwischen den Ehegatten unheilbar aufgehoben ist (§ 45 EheG) oder ein Ehegatte an einer schweren ansteckenden oder ekelerregenden Krankheit leidet (§ 46 EheG). Überdies verlangte der Senat, dass die Scheidung sittlich gerechtfertigt sei,[83] womit die sittlichen Anschauungen der Richter in den Vordergrund rückten. Diese hatten schon früh geurteilt, dass die Abwendung von einem kranken Ehepartner einen Entschluss bedeute, dessen sittliche Rechtfertigung fraglich sei.[84] Bei einer Hirnhautentzündung wurde die Scheidung genauso verwehrt[85] wie im Fall der Erkrankung mit Tuberkulose, denn letztere sei ja heilbar.[86] Generell gelte auch in Krankheitsfällen, dass es eheliche Pflicht sei, in Notzeiten zusammenzustehen und um der Ehe willen Opfer zu bringen.[87] Vor allem die Schei-

---

Umstände hinzunehmen. Umgekehrt die Situation in: BGH v. 18.4.1956 – IV ZR 206/55: die beklagte Ehefrau kam mit der Mutter des Mannes nicht klar; ähnlich BGH v. 7.3.1956 – IV ZR 197/55(*NJW* (1956), S. 988).

79 BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 154/50 (BGHZ 2, 68, 71) und BGHZ 255, 259. Als Fehler bezeichnete dies ein späteres Mitglied des Familiensenats, s. Johannsen, Das Familien- und Erbrecht, S. 50.

80 Die Frau konnte krankheitsbedingt einen Geschlechtsverkehr nur unter Schmerzen geschehen lassen.

81 BGH v. 28.6.1951 – IV ZR 58/50, S. 16 f.

82 BGH v. 28.6.1951 – IV ZR 58/50, S. 16 f.

83 BGH v. 5.2.1951 – IV ZR 81/50 (BGHZ 1, 132).

84 BGH v. 26.2.1951 – IV ZR 60/50 (BGHZ 1, 262; *NJW* (1951), S. 438).

85 Aber eine Aufhebung der Ehe gemäß § 32 EheG wurde in diesem Fall für möglich gehalten (BGH v. 9.7.1951 – IV ZR 165/50).

86 BGH v. 12.7.1951 – IV ZR 27/51.

87 BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 53/60 (*FamRZ* (1961), S. 66): Die Frau war an Tuberkulose erkrankt. Zwar gebe es Grenzen der Belastbarkeit, die aber konkret nachgewiesen werden müssten (BGH v. 30.11.1960 – IV ZR 111/60 (*FamRZ* (1961), S. 169 ff.)). Zum umgekehrten Fall, dass der Scheidungskläger

dungsfälle, in denen ein Ehegatte stark geistig beeinträchtigt war, vielleicht sogar den Partner nicht mehr erkannte, waren menschlich sehr schwierig zu entscheiden. Wenn ein Ehepartner so stark (unheilbar) krank war, dass eine geistige Gemeinschaft zwischen den beiden nicht möglich war, könne gleichwohl, so der Familiensenat, eine Pflicht zur Aufrechterhaltung der ehelichen Beziehung trotz objektiver Zerrüttung anzunehmen sein. Allein die subjektive Sicht des Gesunden könne nicht maßgeblich sein.[88] Wenn ein Ehegatte wegen einer Krankheit jede geistige Substanz verloren hatte, war allerdings gem. § 47 EheG eine Scheidung etwas erleichtert,[89] weil auch die Belange des gesunden Ehegatten bei der Abwägung gewichtet werden mussten. Der Senat betonte, dass in solchen Fällen die Ehe nur noch eine Hülle darstellen könne, was aber nicht bedeute, dass die Scheidung sittlich gerechtfertigt sei.[90] Der andere Ehegatte habe bei dem Kranken in der Ehe auszuharren und ihm als Ehegatten in jeder Beziehung Halt und Beistand zu gewähren.[91] Selbst wenn der andere schwer geistig erkrankt war, gelte dies; es sei zu prüfen, ob

> eine geistige Gemeinschaft unter den Ehegatten möglich wäre, wenn der Kläger seinerseits das ihm Mögliche und Zumutbare dazu zu tun bereit wäre, so, wenn er etwa die Beklagte regelmäßig zum Wochenende besuchen, oder sie auf eine sonstige Weise – etwa durch eine gemeinsame Lektüre – unterhalten und sie durch gelegentliche Geschenke erfreuen würde.[92]

Es ist rührend, wie sich der Senat ein ideales Verhalten ausmalt, gleichzeitig, aber auch etwas weltfremd, dies zum Maßstab des Rechts, konkret zum Kriterium für eine (Nicht-)Scheidung zu machen.[93]

Ganz anders wurde eine schwere Krankheit gewertet, wenn es um die Eheaufhebung ging, wenn sich also ein Ehepartner im Vorfeld der Hochzeit über eine bestehende Krankheit des anderen geirrt hatte, letztlich eine Frage, die an die Eheschließung anknüpfte: Hier war von Ausharren nicht die Rede, die Aufhebung der Ehe war gerechtfertigt wegen des Irrtums über eine wesentliche Eigenschaft der Person: „Kein

---

schwer erkrankt war und behauptete, auf Pflege durch seine neue Lebensgefährtin angewiesen zu sein: BGH v. 19.4.1961 – IV ZR 275/60 (*FamRZ* (1961), S. 428).

88 BGH v. 9.7.1951 – IV ZR 78/50 (BGHZ 3, 70 ff.).

89 BGH v. 26.2.1951 – IV ZR 60/50 (BGHZ 1, 262; *NJW* (1951), S. 438).

90 BGH v. 30.10.1963 – IV ZR 10/63 (BGHZ 40, 239); vergleiche auch: BGH v. 27.2.1963 – IV ZR 198/62 (BGHZ 39, 191): der Widerspruch gegenüber dem geisteskranken Ehegatten war trotz dessen Krankheit zulässig (vgl. BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 53/60 (*FamRZ* (1961), S. 66).

91 BGH v. 30.10.1963 – IV ZR 10/63 (BGHZ 40, 239, 249). Gernhuber konstatierte damals, dass die Rechtsprechung im Begriff sei, die Scheidungstatbestände der §§ 45, 46 EheG „auszumerzen“, s. Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, S. 254.

92 BGH v. 30.6.1965 – ZR IV 190/64 (BGHZ 44, 107).

93 Auch der Eheerhaltung diente die Auslegung, dass eine denkbare Scheidung nach § 47 Ehegesetz gegenüber einer Scheidung nach § 48 Sperrwirkung entfalte. Denn wenn eine Scheidung aus Krankheitsgründen abgelehnt würde, dürfe nicht die Scheidung dadurch erfolgreich werden, dass die erkrankte Ehefrau keinen beachtlichen Widerspruch erheben könne, weil es ihr an einem ernsthaften Willen zur Fortsetzung der Ehe fehle (BGH v. 22.6.1966 – IV ZR 115/65 (*MDR* (1966), S. 919)).

Kleinbauer würde eine Frau heiraten, die ihm nicht eine Hilfe, sondern eine Last sei“.[94] Der Senat spricht das damals immer noch relevante ökonomische Motiv einer Eheschließung unverblümt an. Insoweit komme es auf die „persönliche Denk- und Empfindungsweise“ des klagenden Mannes an. „Der Zeitverlust, den die Schlafanfälle der Beklagten mit sich brächten, seien nicht tragbar“.[95]

Die auch heute noch bestehende Schere zwischen der Möglichkeit, die Ehe durch Scheidung oder durch eine Eheaufhebung zu beenden, wird hier deutlich vor Augen geführt.

3.3.3 Die Zerrüttungsscheidung – „Bis dass der Tod euch scheidet?“

„Es gibt wohl in unserem gesamten Zivilrecht keine Bestimmung, deren Anwendung und Auslegung den Richter vor eine – menschlich und rechtlich – so schwierige Aufgabe stellt und ihn zugleich mit einer so schweren Verantwortung belastet.“[96] So kommentierte das Senatsmitglied August Raske die Vorschrift des § 48 EheG, denn umstritten waren in den 1950er und 1960er Jahren die Fälle, in denen eine Ehe auch ohne Verschulden des beklagten Ehegatten geschieden werden konnte, letztlich also Zerrüttungsscheidungen,[97] die 10–14 Prozent der Ehescheidungen in den 1950er Jahren ausmachten.[98] Eine solche Scheidung war sogar auf Antrag des an der Zerrüttung schuldigen Ehegatten möglich (§ 48 EheG). Die entsprechende Norm entsprach fast wörtlich dem § 55 EheG aus dem Jahre 1938, so dass sich zunächst die Frage stellte, inwieweit sie nationalsozialistisches Gedankengut enthielt und deshalb nicht anzuwenden sei.[99] Denn die Nationalsozialisten hatten in der Tat die Scheidungserleichterung aus bevölkerungspolitischen und antikirchlichen Motiven vorangetrieben.[100] Der Familiensenat des BGH sah in der Regelung dennoch zu Recht kein rein nationalsozialistisches Gedankengut,[101] da bereits vor 1933 entsprechende Scheidungserleichterungen, zum Beispiel in Skandinavien gesetzlich geregelt waren und weil die Vorschrift letztlich zu „sittlich zu rechtfertigenden Ergebnissen führen kann“.[102] Bevölkerungs- und rassepo-

94 BGH v. 29.6.1957 – ZR IV 88/57 (BGHZ 25, 66, 79).

95 BA, B 283/49324, S. 17.

96 Raske, Ehescheidungen, in: *DRiZ* (1960), S. 321.

97 Zum Vergleich der BGH-Rechtsprechung mit dem RG, s. Hetzke, Die höchstrichterliche Rechtsprechung. Julia Brommer, Ein Gesetz.

98 Brommer, Ein Gesetz, Tabelle, S. 262; Wolf/Lüke/Hax, Scheidung, S. 467, 471.

99 So die Argumentation der Revisionsbegründung in BGH v. 22.1.1951 – BGH IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 89). In der Literatur hatte Thilo Ramm eine entsprechende Auffassung vertreten, s. Ramm, Familien und Jugendrecht, S. 30 ff.

100 So argumentierte der Anwalt in der Revisionsbegründung v. 5.8.1950 (BGH v. 5.4.1951 – IV ZR 79/50 – BA, B 283/47607), und ebenso ein Kölner Justizrat in seinem Schriftsatz vom 7.2.1950 zu BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BA, B 283/47603); auch das Urteil griff diesen Gedanken auf: BGHZ 1, 87, 89 f.).

101 Zustimmend: Wolf/Lüke/Hax, Scheidung, S. 310.

102 BGH v. 22.1.1951 – BGH IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 89 f.).

litische Erwägungen dürften, so der Berichterstatter August Raske in seinem Urteilsentwurf, selbstverständlich keine Rolle mehr spielen.[103] Und in der Tat steht die Scheidungsrechtsprechung des BGH der 1950er Jahre vor allen Dingen in der Tradition des kirchlichen Eherechts, wie es sich seit dem Mittelalter bis hin zum BGB von 1900 entwickelt hatte, und knüpfte nicht an die nationalsozialistische Ideologie an.[104]

Die Voraussetzungen

§ 48 Abs. 1 EheG hatte verschiedene Voraussetzungen, die kumulativ vorliegen mussten:

Die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten musste seit drei Jahren nicht mehr bestehen.

Die Ehe musste unheilbar zerrüttet sein, so dass eine Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten war.[105]

Es durfte keinen beachtlichen Widerspruch des schuldlosen Ehegatten geben (Abs. 2).

Die Scheidung der Ehe musste sittlich gerechtfertigt sein.[106]

Die Kinderschutzklausel nach Abs. 3 durfte nicht eingreifen.

Dieser Scheidungsgrund und seine maßgeblichen Gesichtspunkte führten, so das Senatsmitglied August Raske, „weit über das eigentlich Rechtliche hinaus in den Bereich des Biologischen, Soziologischen und Sittlichen.“[107] Und da dieser Scheidungsfall auch rechtspolitisch äußerst umstritten war, soll er im Folgenden ausführlicher untersucht werden.[108]

In über 90 Prozent der vom BGH entschiedenen Revisionen nach § 48 EheG klagten Männer auf eine Scheidung und die Frauen widersprachen dem Begehren, was besonders auffällig ist angesichts der Tatsache, dass bei der Gesamtzahl der Ehescheidungsklagen zumindest am Anfang der 1950er Jahre die Frauen deutlich überrepräsentiert waren. In den meisten derartigen Fällen war konkret die Situation gegeben, dass der Mann eine neue Beziehung eingegangen war, womit er in der Regel der Schuldige war, so dass für ihn nur der Weg über § 48 EheG blieb.

Die dreijährige Trennungszeit war fast immer gegeben. Die weitere Voraussetzung, dass eine Wiederherstellung der Lebensgemeinschaft aufgrund der Zerrüttung

103 BGH v. 22.1.1951 – BGH IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 91).

104 Wie hier auch: Dieter Schwab, Entwicklungen, S. 316.

105 § 43 EheG verlangte eine tiefe Zerrüttung, die gleichgesetzt wurde mit der unheilbaren Zerrüttung in § 48 EheG (BGH v. 13.12.1951 – IV ZR 44/51 (BGHZ 4, 186)). § 44 EheG wurde als vorrangig angesehen: Würde die auf § 44 EheG gestützte Klage nach § 47 EheG abzuweisen sein, muss auch § 48 EheG scheitern (BGH v. 9.7.1951 – IV ZR 78/50 (BGHZ 3, 70, 75)).

106 Die sittliche Rechtfertigung war laut BGH auch bei den §§ 44, 45 und 46 EheG Tatbestandsmerkmal, obwohl dies in den Normen nicht ausdrücklich geregelt war (BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 53/60 (*FamRZ* (1961), S. 66)).

107 Raske, Ehescheidungen, in: *DRiZ* (1960), S. 321.

108 Siehe dazu auch die Dissertation von Hetzke, Die höchstrichterliche Rechtsprechung.

nicht erwartet werden konnte, scheint merkwürdig, da der klagende Ehegatte ja durch seine Klage zu erkennen gibt, dass er die Ehe nicht fortsetzen will. Allerdings galt nicht ein rein subjektiver Maßstab, sondern eine objektive Prüfung, in die eine Reihe von Aspekten einbezogen werden sollte.[109] Wegen dieses objektiven Maßstabes war auch das aktuelle subjektive Empfinden eines Gatten nicht bedeutsam,[110] stattdessen fragte der IV. Senat, ob der klagende Ehegatte bei Abweisung seiner Klage – hypothetisch – nicht vielleicht doch zum anderen zurückkehren würde.[111] Das Gericht habe zu prüfen, ob beim die Scheidung begehrenden Mann „eine gewisse Bereitschaft ausgeschlossen werden könne“, die eheliche Lebensgemeinschaft wieder aufzunehmen, wenn sein Scheidungsantrag abgelehnt wird.[112] Noch drastischer: Es sei nicht gesagt, „[…] dass ein Zurückfinden zu einer ehelichen Gesinnung mit mathematischer Sicherheit ausgeschlossen sei.“[113]

Diese Prüfung musste natürlich sehr spekulativ sein. Im Ergebnis spielte dieser Punkt in der Praxis aber nur eine untergeordnete Rolle, jedenfalls wenn der Kläger, der ein neues Verhältnis eingegangen war, hartnäckig auf der Scheidung bestand.[114]

An den Beweggrund des der Scheidung widersprechenden Ehegatten – meist war dies die Ehefrau – wurden, was die Zulässigkeit angeht,[115] keine hohen Anforderungen gestellt.[116] Der Wille, die Ehe fortsetzen zu wollen, war relevant, selbst wenn der widersprechende Gatte angab, aus Versorgungsaspekten an der Ehe festhalten zu wollen,[117] jedenfalls wenn es nicht das einzige Motiv war. Denn auch der ökonomische Aspekt sei vom Wesen der Ehe erfasst.[118] Nicht einmal die Tatsache, dass eine Frau 10.000 DM forderte, um von ihrem Widerspruch abzusehen, wurde als unzulässig gewertet.[119] Die subjektive Bindung an die Ehe musste sich nicht zwangsläufig auf den Ehepartner beziehen, sondern auch die Ablehnung der Scheidung aus religiösen Grün-

109 BGH v. 18.12.1952 – IV ZR 175/52.

110 BGH v. 9.7.1951 – IV ZR 78/50 (BGHZ 3, 70).

111 BGH v. 13.12.1951 – IV ZR 44/51 (BGHZ 4, 186, 191).

112 BGH v. 13.12.1951 – IV ZR 44/51 (BGHZ 4, 186, 191).

113 BGH v. 27.4.1957 – IV ZR 85/52, S. 6.

114 Dann wurde in der Regel die endgültige Zerrüttung bejaht (BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 203/51; etwas relativierend: BGH v. 19.5.1952 – IV ZR 199/51).

115 Eine andere Frage war, ob der Widerspruch auch beachtlich war – dazu sogleich.

116 Dies entsprach der schon erwähnten sittlichen Komponente der Ehe.

117 BGH v. 12.12.1951 – IV ZR 33/51 (LM § 48 Nr. 4, LM 1952 Bl. 74); BGH v. 13.7.1962 – IV ZR 43/62 (BGHZ 37, 386 = *FamRZ* (1962), S. 422).

118 BGH v. 13.7.1962 – IV ZR 43/62 (BGHZ 37, 389). Die Versorgung „der gealterten Ehefrau“ wurde bereits in einer der ersten Entscheidungen als wichtige Aufgabe der Ehe erwähnt (BGH v. 4.6.1951 – IV ZR 27/50, Handschrift des Berichterstatters (Raske) BA, B 283/47565, Bl. 26) und die Versorgung der Ehefrau spielte auch im Rahmen der Abwägung zur sittlichen Rechtfertigung eine große Rolle (s. unten).

119 BGH v. 26.2.1960 – IV ZR 162/59: Die Sicherung des Versorgungsaspektes bedeute nicht, dass keinerlei Bindung mehr an die Ehe bestehe. Wenn es aber nur um rein wirtschaftliche Interessen und das Ansehen gehe, könne die Bindung verneint werden (BGH v. 16.12.1964 – IV ZR 33/64).

den[120] hat der Senat akzeptiert.[121] Unbeachtlichkeit des Widerspruchs bestand, wenn die Bindung an die Ehe fehlte oder die Bereitschaft, die Ehe fortzusetzen.[122] Weitere typische Motive, die den Widerspruch unbeachtlich werden ließen, waren Hass, Rechthaberei oder andere unlautere Beweggründe.[123]

Schließlich konnte auch das Interesse gemeinsamer Kinder eine Aufrechterhaltung der Ehe gebieten.[124] Diese Kinderschutzklausel wurde weit ausgelegt,[125] sie griff, so eine Standardformulierung, wenn im Falle einer Scheidung „das Empfinden der Kinder für die rechte Lebensordnung“ beeinträchtigt würde[126] beziehungsweise eine Gefährdung ihrer seelischen Entwicklung bestünde,[127] weil deren Glaube „an den Wert und die Verläßlichkeit ehelicher und elterlicher Liebe erschüttert würde.“[128] Auch die Versorgung der Kinder war ein Grund für die Verweigerung der Scheidung, etwa weil das Einkommen des Mannes zu gering war, um zwei Familien zu versorgen.[129] Ja, ganz generell war allein die Existenz von ehelichen Kindern eine Tatsache, die gegen eine Scheidung sprach,[130] selbst wenn eine Vater/Kind-Beziehung niemals entstanden war. Dazu folgendes Beispiel: Ein Paar hatte während des Fronturlaubs des Mannes geheiratet, das Kind wurde im Jahr darauf geboren, im gleichen Jahr (1942) geriet der Mann in Kriegsgefangenschaft. Er kam dann im Jahr 1946 frei und

120 Der Ehegatte glaubte an die Unauflöslichkeit der Ehe.

121 BGH v. 7.2.1952 IV ZR 39/51; BGH v. 10.7.1952 – IV ZR 88/52; BGH v. 11.1.1961 – IV ZR 82/60; BGH v. 14.3.1962 – IV ZR 219/61 (*FamRZ* (1962), S. 362, 364). Der Glaube an die Unscheidbarkeit musste nicht religiös, er konnte auch ethisch begründet sein (BGH v. 18.12.1952 – IV ZR 145/52). Allerdings hat der Senat später relativierend präzisiert, dass der Glaube an die Unscheidbarkeit der Ehe nur dann relevant sei, wenn er das Bewusstsein, konkret mit dem anderen Gatten verheiratet zu sein, wachhält (BGH v. 8.12.1965 – IV ZR 297/64 (BGHZ 44, 359. 362)).

122 BGH v. 14.3.1962 – IV ZR 219/61 (*FamRZ* (1962), S. 362). Die Beweislast für die Unbeachtlichkeit des Widerspruchs lag beim Kläger (BGH v. 14.3.1962 – IV ZR 219/61 (*FamRZ* (1962), S. 362)); allerdings sprach eine tatsächliche Vermutung für die Unbeachtlichkeit, wenn der widersprechende Ehegatte vor Klageerhebung seine Einwilligung in die Scheidung erklärt hatte (BGH v. 24.10.1962 – IV ZR 28/62 (BGHZ 38, 116)).

123 Das ungebührliche Verhalten wurde vom Senat allerdings als unerheblich angesehen, wenn es durch den Ehebruch des anderen provoziert worden war (BGH v. 24.4.1957 – IV ZR 150/56).

124 § 48 Abs. 3 EheG; diese Kinderschutzklausel war 1946 eingeführt worden, sie hatte es im EheG 1938 nicht gegeben.

125 BGH v. 25.11.1954 – IV ZR 77/54 (*FamRZ* (1955), S. 69); BGH v. 24.4.1957 – IV ZR 150/56 (*FamRZ* (1957), S. 249); BGH v. 19.4.1961 – IV ZR 275/60 (*FamRZ* (1961), S. 428).

126 BGH v. 28.2.1952 – IV ZR 83/51; BGH v. 7.1.1954 – IV ZR 28/53; BGH v. 25.2.1954 – IV ZR 239/52; BGH v. 25.11.1954 – IV ZR 87/54 (*FamRZ* (1955), S. 97); BGH v. 16.12.1954 – IV ZR 16/54, S. 18.

127 BGH v. 17.1.1952 – IV ZR 57/51; BGH v. 25.2.1954 – IV ZR 239/52; BGH v. 18.3.1954 – IV ZR 213/53.

128 BGH v. 18.3.1954 – IV ZR 213/53, S. 13.

129 BGH v. 19.3.1952 – IV ZR 121/52 (LM Nr. 17, 1953); BGH v. 4.2.1954 – IV ZR 121/53, S. 7: Gefährdung der Unterhaltsansprüche.

130 BGH v. 29.10.1953 – IV ZR 3/53; BGH v. 11.3.1959 – IV ZR 211/58 (BGHZ 29, 378, 381, 385). Eine Ausnahme machte der Senat in einem Fall, in dem der Sohn bereits 16 Jahre alt war und sich im Wesentlichen selbst versorgte (BGH v. 19.5.1952 – IV ZR 199/51) bzw. wenn die Unterhaltsansprüche der Kinder gesichert schienen (BGH v. 17.1.1952 – IV ZR 57/51).

ging nach Frankfurt am Main. Die Frau war in Russland zum Arbeitsdienst eingesetzt worden und kehrte 1949 zurück nach Rumänien. Die Scheidung wurde versagt wegen des mittlerweile zwölf Jahre alten Sohnes, obwohl dieser seinen Vater gar nicht kannte. Aber das Kind sei in sehr schwierigen Verhältnissen aufgewachsen, zeitweise auch ohne die Mutter, und die ohnehin kaum existierenden Beziehungen zum Kind würden durch eine Scheidung noch weiter gelockert, der Vater müsse „dem Kind zuliebe Opfer bringen und auf seine Scheidungswünsche verzichten."[131] Es erfolgte auch keine Zurückweisung, die Ablehnung der Scheidung wurde rechtskräftig. In einem anderen Fall wurde die innere Verbundenheit der Eheleute zueinander sogar fingiert: Das gemeinsame Kind war bald nach der Geburt gestorben, doch die Erinnerung an dieses Kind müsste, so der Senat, das Gefühl ehelicher Zusammengehörigkeit bei den Parteien stärken und binde die Ehegatten bei einer objektiven Wertung enger aneinander.[132]

Das Verschulden wurde, wie bereits oben erörtert, meist darin gesehen, dass der Kläger sich einem neuen Partner zugewandt hatte, was kein schicksalhafter Vorgang sei, sondern eine willensmäßige Entscheidung bedeute.[133] Ein ehewidriges Verhalten des an der Ehe festhaltenden Ehegatten wurde theoretisch zugerechnet, wenn es zur Entfremdung beigetragen hat,[134] in späteren Entscheidungen sogar, wenn es für die Zerrüttung nicht mehr kausal werden konnte.[135] In der Regel galt allerdings als Faustformel: Hatte sich auch der betrogene Ehegatte im Rahmen des Trennungsstreits „unangebracht" verhalten, so sollte dies vor dem Hintergrund des demütigenden Zustandes des Ehebruchs gewertet werden, was meist zu einer milden Beurteilung (beispielsweise von Beleidigungen und Strafanzeigen seitens der Frauen) führte.[136] Auch die Tatsache, dass sie ihm voreheliche Beziehungen verschwiegen hatte, wurde als unerheblich gewertet.[137]

Sittliche Rechtfertigung

Schwierigster Punkt im Rahmen des § 48 EheG war aber die Frage, ob der Widerspruch des an der Ehe festhaltenden Ehegatten übergangen werden konnte. Dies hing

131 BGH v. 17.10.1956 – IV ZR 182/55, S. 15.

132 BGH v. 25.11.1954 – IV ZR 151/54.

133 BGH v. 9.7.1951 – IV ZR 78/50 (BGHZ 3, 70); BGH v. 18.3.1954 – IV ZR 213/53.

134 Aber auch das Verhalten des angeblich schuldlosen Ehegatten war zu berücksichtigen (BGH v. 10.5.1951 – IV ZR 34/50, BGHZ 2, 98, 103 f. (tätliche Angriffe, Aussperrungen durch die beklagte Ehefrau)); BGH v. 30.10.1963 – IV ZR 10/63 (*FamRZ* (1964), S. 76, 80). Allerdings verlange § 48 Abs. 2 kein einwandfreies Verhalten (BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 203/52).

135 BGH v. 13.4.1960 – IV ZR 259/59 (BGHZ 32, 179).

136 Die Ehefrau hatte ihren Mann als „Saukerl" bezeichnet (BGH vom 7.2.1952 – IV ZR 199/51; s. a. BGH v. 6.12.1951 – IV ZR 127/50; BGH v. 5.7.1951– IV ZR 38/50, jeweils wurde das unfreundliche Verhalten der Frau mit dem Ehebruch des Mannes entschuldigt; ähnlich BGH v. 23.4.1955 – IV ZR 73/55 (*FamRZ* (1955), S. 208); BGH v. 1.12.1956 – IV ZR 166/56 (*NJW* (1957), S. 300).

137 BGH v. 30.10.1952 – IV ZR 119/52.

von der sittlichen Rechtfertigung der Scheidung ab und die setzte jeweils eine genaue Abwägung im Einzelnen voraus.[138] Das hat der BGH von Anfang an von den unteren Instanzen eingefordert.[139] Ausgangspunkt der Abwägung sollte die Unauflöslichkeit der Ehe bilden.[140] Das Scheidungsrecht habe eine wichtige Aufgabe zur Aufrechterhaltung der Sitte zu erfüllen, und es sei nicht dazu da, eine „rein äußerliche Bereinigung der Verhältnisse herbeizuführen, die mit der rechten Ordnung nicht zu vereinbaren ist.“[141] Eine Scheidung könne „um der sittlichen Ordnung willen“ versagt werden, ja sie müsse es unter Umständen, denn mit der Einräumung eines Rechts auf eine leichte Scheidbarkeit „[…] würde alle sittliche Ordnung von ihrer Grundlage her aufgelöst.“[142] Im Jahr 1955 formuliert der Senat sogar, dass die Scheidung der Ehe nur zulässig sei, wenn die Fortführung der Ehe „sittlich verwerflich sein würde.“[143]

Auch unheilbar zerrüttete Ehen dürften nicht ohne weiteres geschieden werden,[144] denn die Scheidung dürfe nicht zu einem Freibrief führen, das ehebrecherische Verhältnis zu legitimieren.[145] In die Wertung müsse einerseits – dem Institutscharakter entsprechend – das Wesen der Ehe einbezogen werden und andererseits das gesamte Verhalten der Ehegatten unter besonderer Berücksichtigung der ehelichen Treuepflicht,[146] so dass auch das Verschulden des Scheidungswilligen noch ein weiteres Mal gewichtet wurde.[147] Dies geschehe nicht, um den Schuldigen zu bestrafen, betonte der Senat.[148] Gleichwohl bleibt nach einer Durchsicht sämtlicher Revisionsurteile zu § 48 EheG genau dieser Eindruck zurück.[149] Der Zerrüttungsgedanke, der dem Gesetz auch zugrunde lag, wurde vom Senat zurückgedrängt.

Die sittliche Bewertung knüpfte nicht an den gegenwärtigen Zustand der Ehe an, sondern an die Bedeutung, die die Ehe vor der Zerrüttung im Leben der Gatten er-

138 Während vor der Reform des Jahres 1938 noch ein genereller Ausschluss der Scheidung auf Antrag des Schuldigen vorgesehen war, verlangte der BGH nunmehr eine Einzelfallbetrachtung, obwohl in einer Revisionsbegründung vor dem BGH gefordert wurde, zu der Rechtsprechung vor 1938 zurückzukehren (s. BGH v. 22.1.2951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 89)). Die darin liegende Abwendung von der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts (vgl. RG v. 17.4.1939 – IV 259/38, RGZ 160, 144, 147) hatte starke Kritik von konservativer Seite nach sich gezogen, s. Johannsen, Das Familien- und Erbrecht, S. 48.

139 BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 90).

140 Ganz deutlich: BGH v. 18.6.1955 – IV ZR 71/55 (BGHZ 18, 13).

141 BGH v. 10.6.1960 – IV ZR 14/60, S. 10 (*FamRZ* (1960), S. 393).

142 BGH v. 18.12.1959 – IV ZR 158/59, teilweise wird dieses Urteil auch zitiert bei Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 301 f.

143 BGH v. 18.6.1955 – V ZR 71/55 (BGHZ 18, 13, 17).

144 BGH v. 27.6.1956 – IV ZR 53/56.

145 BGH v. 10.5.1951 – IV ZR 34/50 (BGHZ 2, 98 = *NJW* (1951), 707).

146 BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 90).

147 So der BGH in vielen Entscheidungen (z. B. v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87); v. 21.9.1955 – IV ZR 96/55).

148 BGH v. 25.10.1951 – IV ZR 42/51; BGH v. 14.2.1952 – IV ZR 181/51: Das in der Schuld zum Ausdruck kommende Unrecht belade ihn mit Verantwortung dem anderen gegenüber.

149 So auch Wolf/Lüke/Hax, Scheidung, S. 311.

langt hatte[150], und an die daraus resultierende Entwicklungsfähigkeit der Ehe.[151] Aus der ehemaligen Bindung resultiere die spätere Verantwortung.[152] Auch bei völliger Zerrüttung der Ehe konnte eine Scheidung zu versagen sein, wenn zumindest eine kurze Zeit lang eine funktionierende Ehe bestanden hatte, aus der sich der eine Gatte schuldhaft gelöst hatte.[153] Der Senat prüfte konkret das Fortwirken der Ehe im sittlichen Bewusstsein beider Ehegatten;[154] und dieses könne auch gegeben sein, wenn Liebe und Zuneigung längst verloren gegangen seien. Denn für die Bewertung der Ehe sei nicht maßgeblich, dass bei den Gatten noch ein Gefühl gegenseitiger Achtung schwach vorhanden sei.[155] Entscheidend sei vielmehr das Gefühl, dass „[…] ihnen aus diesem früheren Verhältnis eine sittliche Verantwortung füreinander erwachsen ist, die ihnen auch durch die Scheidung nicht abgenommen werden kann.“[156] Es komme darauf an,

> […] daß die Ehe dem Leben der Ehegatten bereits in dem Maße einen erfüllenden, tragenden und sittlich verpflichtenden Inhalt gegeben hat, daß keiner von ihnen sich gegen den Willen des anderen mehr davon lossagen kann, ohne gegen die objektive sittliche Ordnung und das sittliche Bewußtsein seines Lebenskreises zu verstoßen.[157]

Dieses Zitat belegt die idealisierte Sicht des Gerichts, deren Konsequenzen weitreichend waren: Denn der BGH forderte von den unteren Instanzen eine eingehende Prüfung, die einerseits bis in die persönlichsten, ja intimsten Bereiche gehen sollte, die andererseits auch großen psychologischen Sachverstand erforderte und aufgrund der hypothetischen Bezugsgröße sehr spekulativ war, was die Sache besonders problematisch machte.

Vor allem die Aufopferung der Ehefrau für die Ehe wurde immer wieder gegen eine Scheidung ins Feld geführt,[158] wobei das Maß des erbrachten Opfers nicht über

150 BGH v. 5.4.1951 – IV ZR 79/50 (BGHZ 1, 356, 360).

151 BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87).

152 BGH v. 27.11.1952 – IV ZR 101/52 (BGHZ 8, 118).

153 BGH v. 23.4.1951– IV ZR 154/50 (BGHZ 2, 68).

154 BGH v. 27.11.1952 – IV ZR 101/52 (BGHZ 8, 118 f.); BGH v. 5.4.1951 – IV ZR 79/50 (BGHZ 1, 356, 358).

155 BGH v. 27.11.1952 – IV ZR 101/52 (BGHZ 8, 118, 126).

156 BGH v. 27.11.1952 – IV ZR 101/52 (BGHZ 8, 126). Ähnlich: BGH v. 24.4.1957 – IV ZR 150/56 (*FamRZ* (1957), S. 249).

157 BGH v. 5.6.1952 – IV ZR 125/51.

158 BGH v. 5.4.1951 – IV ZR 79/50 (BGHZ 1, 356); BGH v. 29.11.1951 – IV ZR 119/50; BGH v. 5.6.1952 – IV ZR 125/51: „Sie hat die besten Jahre ihres Lebens ihrer Ehe sowie der Aufziehung der gemeinsamen Kinder geopfert“ (S. 10); BGH v. 17.4.1952 – IV ZR 161/51 (kriegsbedingte alleinige Erziehungslast); BGH v. 8.1.1953 – IV ZR 105/52; BGH v. 4.2.1954 – IV ZR 121/53; BGH v. 7.1.1954 – IV ZR 28/53 (BGHZ 8, 284); BGH v. 10.6.1954 – IV ZR 209/53; BGH v. 13.12.1954 – IV ZR 182/54. In einem Fall, in dem im Raume stand, dass die Ehe eines Paares, das lange Zeit durch äußere Umstände getrennt worden war, von Anfang an nicht erfüllt gewesen war, verlangte der Senat, dass die Vorinstanz die Tatsachen zu Opfern, die von der Frau möglicherweise erbracht worden waren, aufklären sollte (BGH v. 9.7.1951 – IV ZR 73/51; *NJW* (1951), S. 961).

das „normale“ hinausgehen musste.[159] Als Opfer hat der Senat es bereits gesehen, wenn die Frau die Erziehung der Kinder und die Erfüllung der Hausfrauenpflichten übernommen hatte,

> [...] so darf ein dem Wesen der Ehe gerecht werdendes, zu ihrer Erfüllung bestimmtes und ihr dienendes Verhalten nicht deswegen unbeachtet bleiben, weil normalerweise jede Ehefrau sich so verhalten würde.[160]

Oft wurde für die Aufrechterhaltung der Ehe angeführt, dass ohne sie der Unterhalt beziehungsweise die Versorgung der (mittlerweile nicht mehr ganz jungen) Frau unsicher sei.[161] Angesichts der Opfer, die die Frau in der Ehe (das heißt es ging meist um eine recht lange Trennungszeit) erbracht hatte, bestehe ein Anspruch, vom Mann unterhalten zu werden. Insbesondere wenn die Wiederverheiratungschancen der älteren Ehefrau gering waren, konnte dies gegen die sittliche Rechtfertigung der Scheidung sprechen. Das Fehlen einer gesetzlichen Absicherung der geschiedenen Frau in wirtschaftlicher Hinsicht (sei es durch einen Versorgungsausgleich oder ein nacheheliches Unterhaltsrecht) versuchte der Senat dadurch zu kompensieren, dass er die ehebedingten Nachteile als geleistete Opfer zur Verhinderung einer Ehescheidung wertete. Das Urteil ist ein weiteres Beispiel für das wichtige Motiv der Richter, in den Verfahren nach § 48 EheG die Ehefrau und Mutter gegenüber dem die Ehe brechenden Mann zu schützen.

Der Versuch, die Lücken in der Gesetzgebung hinsichtlich der Rechte geschiedener Frauen zu schließen, verdient einerseits Respekt, war aber letztlich wenig von Erfolg gekrönt. Denn meistens blieben auch bei Aufrechterhaltung der Ehe die Unterhaltszahlungen aus.

Der Ausweg: Scheidung bei einer „Fehlehe“

Eine Option für eine Scheidung bestand darin zu beweisen, dass die zu scheidende Ehe als von Anfang an makelbehaftet gewesen war. Wenn die gerichtliche Prüfung zu dem Ergebnis gelangte, dass das Paar niemals eine Beziehung gelebt hatte, die dem Wesen der Ehe entsprach[162] – ein Fall, der damals als „Fehlehe“ bezeichnet wurde –

159 BGH v. 18.12.1952 – IV ZR 154/52; BGH v. 9.10.1952 – IV ZR 6/52.

160 BGH v. 18.12.1952 – IV ZR 154/52.

161 BGH v. 5.6.1952 – IV ZR 125/5; BGH v. 7.1.1954 – IV ZR 28/53, S. 7; BGH v. 10.6.1952 – IV ZR 209/53 (die Frau war 50 Jahre alt); BGH v. 13.12.1954 – IV 182/54, S. 15 f. (es ging um eine 42-jährige kranke Frau); BGH v. 24.4.1957 – IV ZR 150/56 (*FamRZ* (1957), S. 249).

162 Schon: BGH v. 22.1.1951 – IV ZR 73/50 (BGHZ 1, 87, 91); BGH v. 25.10.1951 – IV ZR 42/51; BGH v. 21.9.1955 – IV ZR 48/55; vgl. BGH v. 6.12.1951 – IV ZR 127/50. Meist wurde das Vorliegen einer „Fehlehe“ verneint; BGH v. 23.4.1953 – IV ZR 86/52; BGH v. 26.2.1960 – IV ZR 162/59; BGH v. 18.4.1956 – IV ZR 206/55 (Zurückverweisung).

sei die Scheidung zuzulassen.[163] Das war etwa gegeben, wenn die Ehe bereits vor dem Ehebruch eines Ehegatten zerrüttet gewesen war.[164] Allein die Tatsache, dass das Paar nur wegen der Schwangerschaft geheiratet hatte,[165] genügte dafür genauso wenig wie die Tatsache, dass die Eheschließung in erster Linie aus wirtschaftlichen Erwägungen erfolgt war[166] oder um ein Kind zu legitimieren.[167] Eine lange Dauer der Ehe spielte bei der Abwägung gegen das Scheidungsbegehren verständlicherweise eine Rolle, während der BGH bei nur kurzer Ehedauer, in der es zu keinem Geschlechtsverkehr gekommen war, die Scheidung zuließ.[168] Zu berücksichtigen seien ferner die individuelle Veranlagung und die Fähigkeiten der Betroffenen.[169] Aber selbst wenn sich aufgrund der Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse keine volle Lebensgemeinschaft entwickelt hatte, sollte dies nicht zu Lasten der Frau gehen, die größere Opfer für die Ehe erbracht hatte.[170] Eine „Fehlehe“ wurde aber angenommen bei einem Paar, das zunächst 13 Jahre lang eine Ehebruchsbeziehung geführt hatte, um danach (der eine der beiden Partner hatte sich erst jetzt scheiden lassen) zu heiraten. Dieses Paar habe keinen Respekt vor der Ehe, die neu eingegangene Ehe sei von Anfang an mit dem Makel des langjährigen „Konkubinats“ behaftet gewesen,[171] es habe sich um eine „reine Geschlechts- und Versorgungsgemeinschaft“ gehandelt, so der Senat.[172] Erneut ist es ein Idealbild von der Ehe, mit dem das Abweichen davon die nicht schützenswerte Verbindung identifizieren soll. Verständlicherweise wurde einem großen Altersunterschied, der mitunter von der scheidungswilligen Partei für die Zerrüttung verantwortlich gemacht wurde,[173] keine Relevanz zugesprochen,[174] allenfalls dann, wenn sich von Anfang an keine rechte Ehe entwickelt hatte.[175]

---

163 BGH v. 10.5.1951 – IV ZR 34/50 (BGHZ 2, 98 = *NJW* (1951), S. 707); BGH v. 29.10.1953 – IV ZR 27/53 (*FamRZ* (1954), S. 19); BGH v. 13.5.1960 – IV ZR 303/59 (*FamRZ* (1960), S. 395).

164 BGH v. 13.12.1951 – IV ZR 44/51 (BGHZ 4, 186).

165 BGH v. 28.4.1953 – IV ZR 77/52.

166 Es reichte auch nicht, dass die Frau den Mann mit dem Versprechen zur Heirat überredet hatte, sie werde nicht auf der Verwirklichung der ehelichen Lebensgemeinschaft bestehen (BGH v. 30.11.1960 – IV ZR 146/60; *FamRZ* (1961), S. 167).

167 BGH v. 26.3.1953 – IV ZR 163/52.

168 BGH v. 13.5.1960 – IV ZR 303/59 (*FamRZ* (1960), S. 395).

169 BGH v. 7.10.1964 – IV ZR 162/63 (BGHZ 43, 65, 70).

170 BGH v. 28.4.1953 – IV ZR 77/52, S. 5.

171 BGH v. 29.10.1953 – IV ZR 27/53, S. 19 (*FamRZ* (1954), S. 19).

172 BGH v. 29.10.1953 – IV ZR 27/53, S. 19 (*FamRZ* (1954), S. 20).

173 Die Frauen waren in den Fällen über 10 Jahre, 13 Jahre und 19 Jahre älter als der Mann, in einem Fall war der Mann 23 Jahre älter als die Frau.

174 BGH v. 21.3.1951 – IV ZR 76/50 (*NJW* (1951), S. 439); BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 64/52; BGH v. 22.4.1954 – IV ZR 205/53; BGH v. 10.6.1960 – IV ZR 29/60. Die Parteien waren überdies durch die politischen Verhältnisse getrennt worden, er lebte in Castrop-Rauxel, sie in Polen. Angenommen wurde eine „Fehlehe“ bei einem Paar, das von Anfang an nicht zusammengewohnt hatte und dies auch nicht plante (BGH v. 30.11.1960 – IV ZR 146/60 (*FamRZ* (1961), S. 167)).

175 BGH v. 21.3.1951 – IV ZR 76/50 (*NJW* (1951), S. 439) und BGH v. 29.10.1953 – IV ZR 27/53 (*FamRZ* (1954), S. 19 = LM Nr. 19). Eine Revisionsbegründung monierte, dass eine Nichtzulassung der Scheidung

Schicksalhafte Trennungen, neue Beziehungen

Eine Auflösung der Ehe, weil der eine Gatte – in der Regel der Ehemann – eine neue Beziehung eingegangen war, die er legalisieren wollte, reichte auch dann nicht, wenn aus dieser neuen Partnerschaft Kinder hervorgegangen waren,[176] und zwar unabhängig davon, ob die zu scheidende Ehe kinderlos geblieben war.[177] Die BGH-Richter bewerteten, wie bereits erwähnt, die außereheliche Beziehung deutlich negativer als das Reichsgericht,[178] „das ehebrecherische Verhältnis" habe, auch wenn aus ihm ein Kind hervorgegangen sei, hinter dem Interesse der Ehefrau zurückzustehen.[179] Auch die grundgesetzliche Forderung, eheliche und nichteheliche Kinder gleichzustellen (Art. 6 Abs. 5 GG), könne daran nichts ändern.[180] Erst recht galt dies, wenn die Ehe länger gedauert hatte.[181] Die „Verstoßung der schuldlosen Ehefrau zum Vorteil der Ehebrecherin" sei generell sittlich nicht gerechtfertigt.[182] Ganz selten wurde einmal umgekehrt entschieden,[183] konkret in einem Einzelfall, als aus einer langjährigen nichtehelichen (und „ehebrecherischen") Beziehung mehrere Kinder hervorgegangen waren; das sprach aber nur deshalb für eine Scheidung der Ehe des Mannes, weil die Ehe schon zu Beginn an Unstimmigkeiten gekrankt hatte.[184]

Die vom Senat erzielten[185] Ergebnisse wurden vor allem bei länger getrennten Ehegatten kritisch gesehen, etwa wenn einer der Ehegatten in Kriegsgefangenschaft geraten war oder beide länger als Flüchtlinge getrennt waren. In der Regel wurde derjenige, der nicht auf den anderen wartete, sondern sich einem neuen Partner zuwandte, als schuldig an der Zerrüttung angesehen.[186] Ein typischer Fall: Der Mann lebte nach der Rückkehr aus der Kriegsgefangenschaft in Frankfurt am Main, die Frau in

---

in solchen Fällen dem Heiratsschwindel Tür und Tor öffne (Schriftsatz v. 22.4.1959, in der Ve BGH: BA, B 283/50033, Bl. 1 f.). Das OLG Hamm hatte die Ehe geschieden, weil die Ehe von Anfang an durch den Altersunterschied belastet gewesen sei (BA, B 283/50033, Bl. 7 ff.), der BGH hat das Urteil aufgehoben.

176 BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 172, 60 (*FamRZ* (1961), S. 68); BGH v. 18.6.1955 – IV ZR 71/55 (BGHZ 18, 13, 17 ff.: die außereheliche Beziehung sei ein „sittlicher Unrechtszustand" (S. 21)).

177 BGH v. 2.10.1954 – IV ZR 55/52.

178 BGH v. 16.4.1953 – IV ZR 157/52; ähnlich: BGH v. 11.12.1952 – IV ZR 94/52; BGH v. 22.2.1954 – IV ZR 212/53 (*FamRZ* (1954), S. 46) und viele mehr.

179 BGH v. 11.12.1952 – IV ZR 94/52; BGH v. 18.12.1952 – IV ZR 154/52.

180 BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 172/60 (*FamRZ* (1961), S. 68).

181 BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 172/60; BGH v. 5.11.1953 – IV ZR 69/53; BGH v. 1.6.1953 – IV ZR 130/52 und v. 19.11.1953 – IV ZR 26/53.

182 BGH v. 18.12.1953 – IV ZR 154/52; ähnliche Formulierung in: BGH v. 28.4.1953 – IV ZR 77/52, S. 7.

183 BGH v. 10.5.1951 – IV ZR 34/50 (BGHZ 2, 98, 105). „Schließlich ist nicht ganz außer Acht zu lassen, daß die Allgemeinheit ein sittliches Interesse daran hat, die offenbar unlösbar gewordene faktische Ehe des im Alter vorangeschrittenen Klägers in gesetzliche Bahnen zu lenken, wenn die frühere Ehe völlig sinnwidrig und auch aus äußeren Gründen für die Frau ohne Wert geworden ist."

184 Hier spielt allerdings auch der Gedanke einer „Fehlehe" mit hinein.

185 Nicht immer hat der Familiensenat in der Sache endgültig entschieden, häufig hat er die Angelegenheit auch zurückverwiesen, so dass die Vorinstanz nur angewiesen wurde, die vom BGH genannten Gesichtspunkte zu berücksichtigen.

186 BGH v. 17.4.1952 – IV ZR 161/51; BGH v. 28.4.1953 – IV ZR 77/52; BGH v. 4.2.1954 – IV ZR 121/53.

der (früher) gemeinsamen Heimat Oberschlesien. Die Scheidung war laut BGH nicht gerechtfertigt, weil er sich zu wenig um eine Zusammenführung bemüht habe, das Verschulden liege in der „Preisgabe der ehelichen Gesinnung." Es sei den Parteien unter Umständen zuzumuten, größere Anstrengungen zur Wiedervereinigung zu unternehmen.[187] Die Not- und Gefahrengemeinschaft müsse sich auch in schwierigen Zeiten bewähren.[188] In einem anderen Fall hatten die Eheleute nur kurz zusammengelebt und waren dann viele Jahre getrennt gewesen, hatten allerdings während dieser Zeit noch vereinzelt Briefkontakt gehabt. Wieder meinte der Senat, bei langer Trennung bestehe eine Pflicht, unter schwierigen äußeren Umständen die Verbindung aufrecht zu halten und die eheliche Treue zu wahren.[189] Die Tatsache, dass die Trennung erzwungen war, blieb unberücksichtigt. Der Verschuldensbegriff hatte ja die bereits oben beschriebene, stark wertungsgeleitete Dimension. „Auch eine Lebensführung, bei der ein Ehegatte sich auf die Dauer unfähig macht, in der ehelichen Gesinnung zu verbleiben, ist ihm als Verschulden anzurechnen."[190]

Bei einem Paar, bei dem der Mann seit Kriegsende in Deutschland lebte und die Frau in Polen, wurde die Scheidung ebenfalls verwehrt.[191] Trotz der Widrigkeiten der Kriegs- und Nachkriegszeit dürften keine weniger strengen Maßstäbe gelten.[192] Das galt auch, wenn beide im Krieg getrennt worden waren und die Chancen auf ein Zusammenleben nach dem Krieg höchst gering waren. Die Dauer der gegenwärtigen politischen Verhältnisse lasse sich nicht übersehen, so der Senat.[193] Die Unsicherheit, ob sich die politischen Verhältnisse ändern, sowie die Frage, ob und wann die beiden wieder zusammenleben können, spiele keine Rolle,[194] denn diese Unsicherheit rechtfertige es nicht, „[…] die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich zu missbilligen".[195]

Mitunter äußerten die Richter zwar Verständnis für die äußeren Umstände nach einer langen, von keinem der beiden Ehegatten zu vertretenden Trennung, so bei einem Mann, der nach dem Krieg nicht zu seiner Frau nach Polen zurückkehren wollte, weil ihm dort die Deportation nach Sibirien drohe.[196] Auch spricht der Senat in einem

187 BGH v. 14.3.1962 – IV ZR 219/61 (*FamRZ* (1962), S. 362). Etwas stärker werden die Umstände gewertet in der Entscheidung des BGH v. 9.7.1951 – IV ZR 73/51 (*NJW* (1951), S. 961).

188 BGH v. 25.11.1954 – IV ZR 151/54.

189 BGH v. 23.4.1953 – IV ZR 209/53: Ähnlich: BGH v. 25.1.1957 – ZR IV 269/56 (*FamRZ* (1957), S. 118). Ein Paar war sogar nur zwei Jahre verbunden und dann 20 Jahre getrennt gewesen: BGH v. 4.2.1954 – IV ZR 122/53.

190 Raske, Ehescheidungen, in: *DRiZ* (1960), S. 322 mit Hinweis auf BGHZ 2, 255.

191 BGH v. 23.4.1953 – IV ZR 8/53.

192 BGH v. 16.12.1954 – IV ZR 16/54, S. 12.

193 BGH v. 4.2.1954 – IV ZR 121/53.

194 BGH v. 17.4.1952 – IV ZR 161/51, S. 10; BGH v. 28.4.1953 – IV ZR 77/52, S. 3; BGH v. 20.5.1954 – IV ZR 42/54.

195 BGH v. 20.5.1954 (vorige Fn.), S. 7; mit dieser Formulierung wird das Kriterium verkannt, da es nicht um die Missbilligung der weiteren Ehe, sondern umgekehrt um die sittliche Rechtfertigung der Scheidung geht.

196 BGH v. 12.2.1953 – IV ZR 23/52.

anderen Fall von „außerordentlich schweren inneren und äußeren Erschütterungen, denen die Menschen ausgesetzt waren, die ihre Heimat verlassen mussten“, wodurch sich die inneren Bindungen lockerten.[197] Gleichwohl bestehe die Pflicht zur Bewährung.[198] Das galt auch für ein Paar, das im Krieg vor allem wegen der Schwangerschaft geheiratet und nur wenige Monate anschließend zusammengelebt hatte; dann war er zum Heeresdienst eingezogen worden und in Kriegsgefangenschaft geraten. Nach seiner Befreiung lebte er in Westdeutschland, sie in der Heimat, die nunmehr zu Polen gehörte.[199] Trotz der schicksalhaften Umstände sei eine Scheidung nicht sittlich gerechtfertigt, weil nicht alles für eine Wiedervereinigung getan worden sei.[200]

Ein letztes drastisches Beispiel betrifft ein Paar, das 1931 geheiratet hatte und nach zwei Jahren des Zusammenlebens getrennt worden war, weil der Ehemann, ein überzeugter Kommunist, zunächst aus politischen Gründen zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt und anschließend ins Konzentrationslager verbracht wurde.[201] Erst 1945 wurde er in Westdeutschland befreit, seine Frau lebte zu dieser Zeit in Oberschlesien. Im Jahr darauf erklärte er, die Ehe nicht wieder aufnehmen zu wollen, auch, weil sie in der NS-Frauenschaft und ihr Bruder bei der SS gewesen waren.[202] 1951 reichte er die Scheidungsklage ein, die aber in letzter Instanz vom BGH im Jahr 1954, also über 20 Jahre nach der – erzwungenen – Trennung abgewiesen wurde: Die „Leidenszeit“ der Frau habe, so der Senat, „[...] die erst kurze Zeit bestehende eheliche Lebensgemeinschaft vertieft.“[203] Die Treue der Frau und die von ihr erbrachten Opfer sprächen gegen die sittliche Rechtfertigung der Scheidung. Seine Leidenszeit (im Konzentrationslager) wurde – weil nicht ehebedingt – nicht gewertet.

Angesichts der sozial und psychisch schwierigen Situation bei teilweise mehr als 20 Jahren Trennung[204] tröstete sich das Gericht mit dem Gedanken, dass auch für den Scheidungswilligen diese Lösung das Beste sei, denn es werde „dem Mann ermöglicht, sich nicht der Erfüllung der ihm gestellten sittlichen Aufgaben zu entziehen“, und es werde verhindert, „dass seine eigene sittliche Persönlichkeit einen nicht mehr zu beseitigenden Schaden erleidet.“[205]

Letztlich sei es nur zu seinem Besten, dass er zur Verantwortung gezwungen werde. Unklar bleibt, worin genau diese Verantwortung besteht, wenn die beiden ohnehin

197 BGH v. 22.2.1953 – IV ZR 212/53, S. 13.

198 In die gleiche Richtung: BGH v. 23.9.1954 – IV ZR 75/54 (*FamRZ* (1954), S. 243): Hier wurde eine Zerrüttung durch die Kriegs- und Nachkriegsverhältnisse sowie eine Entfremdung konstatiert.

199 BGH v. 12.2.1955 – IV ZR 228/54 (*NJW* (1955), S. 748).

200 Ganz ähnlich: BGH v. 25.11.1954 – IV ZR 151/54 (Er lebte nach der Kriegsgefangenschaft im Westen, sie in Ostpreußen.): Die Not- und Gefahrengemeinschaft müsse sich in schwierigen Zeiten bewähren.

201 Sachverhalt nach: BGH v. 4.2.1954 – IV ZR 122/53.

202 BGH v. 4.2.1954 – IV ZR 122/53, S. 6.

203 BGH v. 4.2.1954 – IV ZR 122/53, S. 7.

204 Fast 21 Jahre waren es in dem Verfahren BGH v. 4.2.1954 — IV ZR 122/53.

205 BGH v. 10.6.1960 – IV ZR 14/60, S. 10 (BA, B 283/50211, formuliert vom Berichterstatter Wüstenberg).

nicht mehr zusammenkommen. Im Ergebnis konnte dies nur – abgesehen vom Unterhalt – die Aufrechterhaltung einer abstrakten Sittlichkeit sein, die in der Tat für den BGH entscheidend war, was auch das langjährige Senatsmitglied August Raske deutlich zum Ausdruck brachte.[206]

> Unter allen Umständen muß aber um der Aufgabe und der Würde des Rechts und des Richteramtes willen vermieden werden, daß der Richter sich durch seinen Spruch zum Begünstiger ehebrecherischen oder ehewidrigen Verhaltens macht und dadurch über den jeweiligen Fall hinaus auch andere aktuelle oder potentielle Ehebrecher oder Ehedeserteure in ihrem Vorhaben bestärkt.[207]

Das Zitat lässt relativ ungefiltert erkennen, dass für die Richter ein wesentlicher Aspekt ihrer Rechtsprechung in diesem Bereich auch die Generalprävention war: Es geht um die Erziehung der Gesellschaft. Der zitierte August Raske dürfte als Senatsmitglied, das seit 1950 dem Senat angehörte und in vielen Verfahren als Berichterstatter fungierte, diese Rechtsprechung mitgeprägt haben. Für ihn war die Ehe ein Institut, das nicht nur von fundamentaler Bedeutung für die Gesellschaft war, sondern auch gottgegeben und damit naturrechtlich verankert, ein Denken, das dem Weinkauffs ähnlich war und auch die gesamte Rechtsprechung des IV. Senats durchzieht.

Umdenken in den 1960er Jahren?

Die sehr restriktive Haltung des Familiensenats gegenüber einer Scheidung wurde im Jahr 1961 durch den Gesetzgeber bestätigt, der seine Gesetzesänderung sogar damit begründete, er würde nur die BGH-Rechtsprechung nachvollziehen.[208] Die Scheidung wurde dem Wortlaut nach erschwert,[209] indem der neue § 48 Abs. 2 EheG nunmehr den Widerspruch des scheidungsunwilligen Ehegatten nur noch für unbeachtlich ansah, wenn er missbräuchlich erhoben wurde,[210] weshalb Kritiker beklagten, dass nunmehr eine Scheidung gegen den Widerspruch des an der Ehe festhaltenden Ehegatten praktisch unmöglich geworden sei[211] beziehungsweise dass das Zerrüttungsprinzip ausgehöhlt werde.[212] In der Praxis hat sich allerdings nicht viel geändert,[213] zum einen,

206 Raske, Ehescheidungen, in: *DRiZ* (1960), S. 321.

207 Raske, Ehescheidungen, in: *DRiZ* (1960), S. 322.

208 Das hat der Gesetzgeber selbst betont (Bericht des Rechtsausschusses BT–Drs 530 zu BT-Drs. Nr. 2812); siehe dazu auch Elisabeth Schwarzhaupt, die Berichterstatterin des Rechtsausschusses war, in: *FamRZ* (1961), S. 332; s. a. Kroeschell, Deutsche Rechtsgeschichte, S. 307; Rüthers, Unbegrenzte Auslegung, S. 429.

209 So sah es auch der BGH-Präsident Bruno Heusinger vier Jahre später, Die neuste Entwicklung, in: *FamRZ* (1965), S. 236).

210 Gesetz v. 11.8.1961 (BGBl I, 1961, 1221) wurde § 48 Abs. 2 EheG neu gefasst.

211 Johannsen, Das Familien- und Erbrecht, S. 49.

212 Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 160 ff.

213 So rückblickend ein früheres Mitglied des Familiensenats, s. Johannsen, Das Familien- und Erbrecht, S. 49.

weil, wie gezeigt, der Senat den Widerspruch des Scheidungsunwilligen zuvor ohnehin meist für relevant gehalten hatte, zum anderen, weil er die neue Vorschrift ganz im Sinne seiner bisherigen Auslegung gehandhabt hat.[214] In den folgenden Jahren ergingen eine Vielzahl von Entscheidungen, in denen – wie schon zuvor – bei (teilweise Jahrzehnte) langen Trennungen der Eheleute gleichwohl das Scheidungsbegehren abgewiesen wurde.[215] Selten wurde der Scheidungsklage stattgegeben.[216] Es blieb wie bisher bei dem Hinweis, dass trotz langjähriger Trennung die Pflicht bestehe, die Bindung aufrecht zu erhalten; die Ehe enthalte in einer solchen Situation die Pflicht, Opfer zu bringen.[217] Die schicksalhafte Trennung zwischen 1944 und 1953 reiche nicht, der Mann müsse beweisen, dass er alles in seinen Kräften stehende getan habe, um die Übersiedlung – sie lebte in Oberschlesien, er in Wolfsburg – zu ermöglichen.[218] Insoweit waren die Hürden für eine Scheidung nach wie vor hoch und die Ergebnisse überwiegend ähnlich wie in den 1950er Jahren. Vor allen Dingen kam es immer wieder zu Recherchen in sehr persönlichen, ja zum Teil intimen Vorgängen der ehelichen Lebensgemeinschaft, die dem heutigen Leser nur noch unappetitlich vorkommen.[219]

Und doch gab es auch Bewegung in der Rechtsprechung des Senats. Senatsmitglied Johannsen hatte schon 1959 in einem Verfahren seinen Senatskollegen vorgeschlagen, das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen, mit der Begründung: „Es hat keinen Zweck, die Ehe aufrechtzuerhalten, wenn die Parteien sich nicht annähern,“[220] eine pragmatische Sichtweise, die im Verhältnis zu der geschilderten Rechtsprechung der 1950er Jahre in eine neue Richtung weist. Konkret neu war dann in

214 Die Entstehungsgeschichte belege, dass die Unerheblichkeit des Widerspruchs nach den bisher entwickelten Kriterien ermittelt werden könne (BGH v. 15.1.1964 – IV ZR 55/63, S. 12 ff. des Urteils). Dem Wort „und“ hat der BGH die Bedeutung „oder“ beigelegt, um in solchen Fällen jetzt doch eine Scheidung zu ermöglichen, s. Johannsen, Das Familien- und Erbrecht, S. 49.

215 Einem Mann, der aus russischer Kriegsgefangenschaft heimkehrte, wurde der Vorwurf gemacht, nicht genug für die Wiedervereinigung getan zu haben (BGH v. 14.3.1962 – IV ZR 219/61 (*FamRZ* (1962), S. 362)). Ähnlich bei einem Mann, der ebenfalls nach der Entlassung aus russischer Gefangenschaft nicht nach Hause zurückkehrte (BGH v. 17.3.1965 – IV ZR 108/64), vergleichbar dem Sachverhalt bei der Rückkehr aus jugoslawischer Kriegsgefangenschaft von 1945 bis 1948: BGH v. 19.2.1964 – IV ZR 121/63 und IV ZR 133/63; s. a. BGH v. 30.10.1963 – IV ZR 10/63 (BGHZ 40, 239); BGH v. 11.11.1964 – IV ZR 318/63; BGH v. 20.1.1965 – IV ZR 66/64 (die beiden lebten nunmehr in Deutschland bzw. Polen).

216 So aber bei einem Paar, das in Deutschland und Polen lebte (BGH v. 3.11.1965 – IV ZR 206/64) und bei einem Rückkehrer aus britischer Kriegsgefangenschaft (BGH v. 7.7.1965 – IV ZR 140/64).

217 BGH v. 16.1.1963 – IV ZR 110/62 (BGHZ 39, 26). Mitunter war es nach dem Krieg auch zu einem – oft kurzen – Zusammenleben gekommen, in dem das Paar dann aber nicht mehr zusammengefunden hat (BGH v. 11.11.1964 – IV ZR 318/63; BGH v. 10.6.1964 – IV ZR 334/62; BGH v. 27.10.1965 – IV ZR 252/64).

218 BGH v. 29.1.1964 – IV ZR 163/63.

219 Beispiel: BGH v. 3.11.1965 – IV ZR 249/64, wo alle möglichen gegenseitig erhobenen Vorwürfe noch einmal überprüft werden mussten, etwa der Kindesmissbrauch an dem Enkel, Ehebrüche, falsche Anschuldigungen gegenüber Behörden, ein Selbstmordversuch sowie die Tatsache, dass bewusst verdorbenes Essen zubereitet worden sei.

220 Vermerk v. 17.1.1959 – in der Akte BGH IV 237/58 (BA, B 283/49489, Bl. 47). Letztlich wurde die Sache dann doch zurückverwiesen.

den 1960er Jahren die Forderung, es sei nunmehr zu prüfen, ob die Ehe auch ohne das Verschulden eines Teils, das heißt meist konkret ohne den Ehebruch des Mannes, gleichwohl zerbrochen wäre.[221] Es war also eine hypothetische Betrachtung vorzunehmen: Welchen Verlauf hätte die Ehe genommen, wenn der schuldige Ehegatte sich pflichtgemäß verhalten hätte? Damit erhielt der Zerrüttungsgedanke ein stärkeres Gewicht, etwa bei Ehegatten, die sich 1943 zuletzt gesehen hatten und dann kriegsbedingt getrennt worden waren. 1954 hatte der Mann sich einer anderen Frau zugewandt.[222] In diesen und ähnlichen Fällen sollte es nunmehr möglich sein, trotz schuldhafter Abwendung des einen Teils den Widerspruch des anderen für unzulässig anzusehen. Damit konnten die unteren Instanzen die Grenze zwischen einer schicksalhaften und einer verschuldeten Zerrüttung etwas flexibler ziehen, wie auch folgendes Beispiel verdeutlicht: Der Ehemann war aus der Kriegsgefangenschaft zurückgekommen und von seiner Frau kühl und abweisend empfangen worden, die beiden hatten nicht zusammengefunden, er hat dann eine andere Beziehung begonnen.[223]

> Auch wenn der Kläger nach seiner Rückkehr in der Weise versagte, dass er sich mehr und mehr Fräulein K. zuwandte, hätte geprüft werden müssen, ob nicht diese Schwäche des Klägers eine Folge seiner Enttäuschung über das Verhalten der Beklagten während seiner Kriegsgefangenschaft und während der ersten Zeit seiner Rückkehr war.[224]

Die Sache wurde zurückverwiesen. Der Berichterstatter Johannsen hatte handschriftlich eine entsprechende Passage in den Urteilsentwurf eingefügt, in der die jeweiligen Schwierigkeiten in psychischer Hinsicht gewürdigt werden.[225] Das Urteil zeigt exemplarisch eine größere Empathie und vor allem die Berücksichtigungsfähigkeit der Zerrüttungsgesichtspunkte. Deshalb klang in den Entscheidungsbegründungen nunmehr häufiger ein Verständnis für die schwierige Situation der Parteien und die Bedeutung schicksalsbedingter Umstände an. Bei einer langen, durch kriegsbedingte Umstände verursachten Trennung des Paares sah der Senat die Ursache des Scheiterns sowohl in dem Verhalten des Gatten, der sich einem neuen Partner zugewandt hatte, als auch in den äußeren Umständen.[226] Er verlangte von den Untergerichten eine Abwägung zwischen diesen beiden Faktoren (unter Berücksichtigung des Zeitpunktes der Abwendung).[227] Auch der Altersunterschied wurde nunmehr differenzierter bewertet: Der Se-

221 BGH v. 9.2.1962 – IV ZR 90/61 (BGHZ 36, 357); BGH v. 21.12.1962 – IV ZR 121/62 (BGHZ 39, 134, 141).
222 Deutlich auch in BGH v. 7.10.1964 – IV ZR 162/63 (BGHZ 43, 65, 71).
223 BGH v. 27.10.1965 – IV ZR 252/64, S. 12.
224 BGH v. 7.10.1964 – IV ZR 162/63, S. 11.
225 BGH v. 7.10.1964 – IV ZR 162/63 (BA, B 283/49489).
226 BGH v. 21.12.1962 – IV ZR 121/62 (BGHZ 39, 134).
227 BGH v. 21.12.1962 – IV ZR 121/62 (BGHZ 39, 139). Rückverweisungen: BGH v. 19.2.1964 – ZR IV 62/63; BGH v. 7.10.1964 – IV ZR 259/63; BGH v. 10.6.1964 – IV ZR 334/62; BGH v. 14.10.1964 – IV ZR 282/63; BGH v. 20.11.1964 – IV ZR 297/63; BGH v. 4.11.1964 – IV ZR 311/63; BGH v. 21.10.1964 – IV ZR 19/64: Der Mann war 1945 von Russen verschleppt worden, das Paar hatte sich danach nicht wiedergesehen, da er in Bochum lebte und sie in Polen; BGH v. 27.10.1965 – IV ZR 246/64 (Die ehefeindliche Einstellung des Man-

nat anerkannte „die schicksalhafte Belastung, die sich im Laufe der Jahre für eine Ehe durch ein erhebliches höheres Alter der Frau ergeben kann,“[228] die dem Mann unter Umständen einiges abverlange. Das „Versagen, dies auf sich zu nehmen“, könne aber

> dann die geringer zu bewertende Zerrüttungsursache sein, wenn der jüngere Ehemann die Schwere der von ihm übernommenen sittlichen Verpflichtung und das Maß seiner sittlichen Kräfte verkannt hat, und der ältere Ehegatte ihn durch fortgesetztes nicht ehegemäßes Verhalten die Erfüllung seiner Pflichten besonders schwer gemacht hat.[229]

Ob diese – einseitig durch die männliche Brille betrachtete – Sicht der richtige Ansatz ist, sei dahingestellt, jedenfalls waren aufgrund dieser grundsätzlichen Öffnung des Senats für Zerrüttungsüberlegungen die Ergebnisse ein wenig scheidungsfreundlicher[230] und haben den Vorinstanzen durch die Zulassung weiterer Abwägungsgesichtspunkte (und die Rückverweisung)[231] die Tür für eine Scheidung einen kleinen Spalt geöffnet.[232] Auch wurde nunmehr nicht die Verpflichtung betont, alles Mögliche für eine Wiedervereinigung tun zu müssen, so dass ein Paar (ohne Verschulden) geschieden wurde, bei dem er nach West-Berlin geflüchtet war und sie weiter in Babelsberg lebte.[233] Scheidungsfreundlich wirkte sich schließlich die Tatsache aus, dass maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zulässigkeit der Scheidung der Tag der letzten mündlichen Verhandlung war, denn dadurch konnten weitgehend Reserveursachen berücksichtigt werden,[234] so dass unter Umständen eine zu missbilligende ehefeindliche Haltung zu Anfang der Trennung durch ein späteres Verhalten des anderen verständlich erscheinen konnte.[235]

Und auch hinsichtlich des Widerspruchs des an der Ehe festhaltenden Ehegatten kam Bewegung in die Rechtsprechung: 1965 wurde der Antrag einer Frau auf Aufhebung der Gütergemeinschaft als ein Indiz für ihre fehlende Bindung an die Ehe gewer-

---

nes könne durch spätere Umstände, auch durch das Verhalten der Frau, gerechtfertigt werden); BGH v. 18.9.1964 – IV ZR 183/63 (Kriegsgefangenschaft bis 1955).

228 BGH v. 17.2.1965 – IV ZR 86/64, S. 9.

229 BGH v. 17.2.1965 – IV ZR 86/64, S. 11.

230 So schon damals: Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, § 27 IV 6, S. 261 f.

231 Beispiele: BGH v. 13.5.1964 – IV ZR 195/63; BGH v. 15.4.1964 – IV ZR 96/63; BGH v. 10.7.1964 – IV ZR 74/63; BGH v. 219/67 (Johannsen) und IV ZR 90/67.

232 So wurde das Scheidungsurteil des OLG Karlsruhe zwar aufgehoben (oben BGH v. 16.1.1963 – IV ZR 110/62 (BGHZ 39, 134)), doch konnte dieses nach der Rückverweisung die Scheidung mit Urteil v. 3.6.1964 erneut aussprechen und diese Scheidung ist dann auch rechtskräftig geworden (BA, B 283/ 50905, Bl. 68 ff.). Ähnlich in dem Verfahren BGH IV ZR 90/67 – vorgehend OLG Köln (BA, B 283/ 50591, Bl. 4 ff.), Berichterstatter in diesem Verfahren war Johannsen. BGH v. 28.10.1964 – IV ZR 283/ 63 (Trennung 1938, Scheidungsurteil 1954).

233 BGH v. 9.10.1963 – IV ZR 336/62.

234 BGH v. 9.2.1962 – IV ZR 90/61 (*FamRZ* (1962), S. 189); ähnlich v. 30.11.1961 – IV ZR 194/62 (*FamRZ* (1963), S. 131).

235 BGH v. 14.3.1962 – IV ZR 219/61 (*FamRZ* (1962), S. 362, 364).

tet.[236] Ferner hat der Senat den Widerspruch der Frau für unbeachtlich gehalten, wenn sie lediglich einen Ansehensverlust als „geschiedene Frau“ befürchtete,[237] und schließlich wurde eine Ablehnung der Scheidung durch das Kammergericht Berlin aufgehoben, weil möglicherweise die an der Ehe festhaltende Frau die „natürliche Grundlage der ehelichen Lebensgemeinschaft aufgegeben oder niemals gehabt“ habe.[238]

Die Scheidungserleichterung im Rahmen des § 48 EheG lässt sich auch quantitativ belegen: Bis zur Gesetzesänderung im Jahr 1961 wurden vom BGH 25 Prozent der Fälle zurückverwiesen, in nur sechs Prozent wurde dem Scheidungsantrag stattgegeben und in knapp 70 Prozent wurde er abgelehnt. Nach 1961 war die Zahl der erfolgreichen Scheidungsklagen zwar nur unmerklich höher, aber das Verhältnis der abgelehnten zu den zurückverwiesenen Klagen hatte sich umgedreht: Bereits 1963 wurde in zwei Drittel der Verfahren zurückverwiesen, eine endgültige Ablehnung erfolgte nur noch bei einem Drittel. Letztlich handelt es sich zwar nur um kleine Veränderungen, die aber immerhin eine Tendenz anzeigen.

Fazit zur Zerrüttungsscheidung

Der Familiensenat des BGH ist klar von der Linie des Reichsgerichts abgerückt: Das betrifft schon die Grundtendenz, mit der das Reichsgericht eine Ehe wegen ihrer Zerrüttung aus bevölkerungs- und rassepolitischen Motiven scheiden ließ.[239] Die Erschwerung der Scheidung durch den BGH-Senat beruht auf einer ganz anderen Sicht vom Wesen der Ehe, das eheliche Band wurde religiös und naturrechtlich gedeutet. Korrespondierend damit erhält das Verschulden beim IV. Senat einen viel höheren Stellenwert.

Methodisch beschrieb der Senat selbst seine Auslegung als wortlautorientiert,[240] was nicht korrekt ausgedrückt ist. Die Unrichtigkeit dieser Einschätzung ergibt sich schon aus dem Vergleich mit der ganz anderen Rechtsprechung des Reichsgerichts bei fast wortlautgleicher Vorschrift. Da die gesetzlichen Begriffe „sittliche Rechtfertigung“ und „bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe“ Generalklauseln darstellen, deren Auslegung immer stark normativ ist, kann eine Orientierung am Wortlaut keine Kon-

236 BGH v. 26.2.1965 – IV ZR 102/64, S. 9 f.; ähnlich BGH v. 17.12.1965 – IV ZR 293 /64, wo jedenfalls Zweifel an der Bindung geäußert werden. Die Erhebung der Scheidungsklage führte in einem anderen Fall aber nicht zur Unbeachtlichkeit des Widerspruchs (BGH v. 29.9.1965 – IV ZR 234/64).

237 BGH v. 16.12.1964 – IV ZR 33/64, was von der Presse als Abweichung von der bisherigen Linie gefeiert wurde; ähnlich BGH v. 10.11.1967 – IV ZR 131/66: „wenn durch die Scheidung das äußere Ansehen gemindert wird.“

238 BGH v. 2.11.1966 – IV ZR 239/65 (*NJW* (1967), S. 1078); die Sache wurde zurückverwiesen. Der Urteilsentwurf wurde von Raske handschriftlich abgeändert, um die Hinweise an die Vorinstanz zu konkretisieren (BA, B 283/52036).

239 Zur Reichsgerichtsrechtsprechung in diesem Bereich: Schumann, Die Reichsgerichtsrechtsprechung, S. 171, 184 ff.

240 BGH v. 18.6.1955 — IV ZR 71/55 (BGHZ 18, 13, 17).

turen gewinnen. Und wenn der Gesetzgeber des Jahres 1961 meinte, nunmehr das Gesetz der BGH-Rechtsprechung anzupassen,[241] brachte er zum Ausdruck, dass die Rechtsprechung vorher eben nicht nur am Wortlaut ausgerichtet war. Der Familiensenat des BGH hat somit Rechtsschöpfung betrieben, woraus ihm kein Vorwurf zu machen ist, da der Gesetzgeber des Ehegesetzes sich gescheut hatte, in diesem Bereich konkrete Vorgaben zu machen, sondern es bei den ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffen belassen hat. Rüthers hat bereits in seiner Habilitationsschrift ausführlich darauf hingewiesen, dass die institutionelle und naturrechtliche Auslegung des Senats der Begriffe „Wesen der Ehe“ und „sittliche Rechtfertigung“ Bezug nimmt auf eine überindividuelle sittliche Ordnung und damit auf einen außerrechtlichen Zusammenhang. Von einer Wortlautinterpretation kann also nicht die Rede sein.[242]

Der Senat hat seine Wertungsentscheidungen aufgrund eines konservativ-naturrechtlichen Ehebildes sowie auf der Basis des Grundsatzes der Unauflöslichkeit der Ehe getroffen und im Vergleich zum Reichsgericht eine deutliche Einengung der Scheidungsmöglichkeiten bewirkt, in dem der personale Charakter der Ehe fast völlig verdrängt und der institutionelle in den Vordergrund gestellt wird.[243] Der Leitgedanke des Zerrüttungsprinzips werde, so konstatiert der Frankfurter Familienrechtler Wolfram Müller-Freienfels im Jahre 1962, durch die Ausführungen des BGH angegriffen.[244] Ein Grund könnte in einer bewussten Abkehr von der ideologischen Scheidungserleichterung während der nationalsozialistischen Zeit liegen.

Zu erklären ist die geschilderte Rechtsprechung aber vor allem, wenn man sich die Persönlichkeiten, die den Senat am stärksten geprägt haben, etwas genauer anschaut: Walther Ascher, August Raske, Kurt Wüstenberg und Karl Johannsen gehörten dem Senat jeweils 16 Jahre und länger (!) an, Ascher war von 1958 bis zu seinem Ausscheiden aus dem Amt (im Jahre 1967) sein Vorsitzender. Er war Jude, der 1934 nach Palästina geflohen und nach dem Krieg nach Deutschland zurückgekehrt ist.[245] August Raske war ein überzeugter und kirchlich engagierter Katholik, der, wie auch oben schon dargestellt, eine christlich-naturrechtliche Eheauffassung vertrat und diese wohl auch konkret lebte.[246] Er hatte Anfang der 1930er Jahre katholische Theologie studiert, und in seinen dienstlichen Beurteilungen wird seine „tiefe Religiosität“ her-

241 Bericht des Rechtsausschusses – BT-Drucks. 2812, Anl. 512, S. 9 (Schwarzhaupt).

242 Vgl. Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, S. 422 ff.; Wolf/Lüke/Hax, Scheidung, sprechen sogar von einer gesetzwidrigen moralischen Überspannung (S. 330).

243 Ähnlich auch der BGH-Präsident Bruno Heusinger in einem Beitrag in der *FamRZ* (*FamRZ* (1965), S. 233, 237).

244 Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 156.

245 BA, Pers 101/39771, Personalblatt; BA, Pers 101/39772. Er hat die palästinensische Staatsangehörigkeit angenommen, ist aber aus Heimweh nach Deutschland zurückgekehrt.

246 BA, Pers 101/48904, Personalblatt; BA, Pers 101/48905, Personalblatt. Er ist unter anderem auch dadurch aufgefallen, dass er sich im Gottesdienst (zu) engagiert eingemischt hatte.

vorgehoben.[247] Kurt Johannsen und Kurt Wüstenberg waren beide evangelisch, Wüstenberg war Mitglied in der Familienrechtskommission der Evangelischen Kirche Deutschlands,[248] deren Stellungnahme zur Scheidungsrechtsreform sich deutlich für eine Erschwerung der Scheidung ausgesprochen hatte. Die religiöse Prägung dieser Richter dürfte – unabhängig von der Konfession – entscheidend für die stark wertegeleitete Rechtsprechung gewesen sein, die grundsätzlich von der Unauflöslichkeit der Ehe ausging. Raske wurde bereits oben mit Formulierungen aus seinen familienrechtlichen Veröffentlichungen zitiert, und Johannsen[249] hat diese Haltung in einem Rundfunkbeitrag im SDR[250] ebenfalls zum Ausdruck gebracht. Er kommentierte in einer solchen Sendung das Scheidungsverfahren eines Paares, beide über 50, kinderlos und unschuldig getrennt durch die Ereignisse der letzten Kriegsmonate: Der Mann, der 1947 eine neue Beziehung einging, sei zwar durch Schicksalsschläge entwurzelt, weshalb das Oberlandesgericht Karlsruhe eine Scheidung für zulässig gehalten hatte; aber er sei an der Zerrüttung schuldig, so Johannsen, weil er nicht die Stärke aufgebracht habe, mehr für den Erhalt der Ehe zu tun. Eine falsche Rücksichtnahme auf die Wirren der Kriegs- und Nachkriegszeit würde „[…] bei vielen das Gefühl für die Unverbrüchlichkeit der ehelichen Bindung herabsetzen und dadurch zur Auflösung der familienrechtlichen Ordnung beitragen.“[251] Letztlich würde eine Scheidung „in Wahrheit keiner der beteiligten Personen zu einem Sinn erfüllten Leben verhelfen.“

Die skizzierte Rechtsprechung war von einem Ideal geprägt, das den tatsächlich gelebten Ehen kaum gerecht wurde und an der Lebenswirklichkeit vieler Menschen vorbeiging, auch wenn der Senat mit seinen Ergebnissen vielleicht sogar teilweise dem Zeitgeist entsprochen hat, denn Umfragen in den ersten Jahren der Bundesrepublik haben eine scheidungsfeindliche Einstellung in der Bevölkerung nachgewiesen,[252] und auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur gab es einige Autoren, die sich strikt gegen jede Erleichterung der Scheidung aussprachen.[253] Dazu passt die Senats-

247 BA, Pers 101/48905, Beurteilung v. 1.10.1950. Beurteilung des Präsidenten des OLG Celle v. 10.1.1936.

248 BGH-KA und BGH-PA.

249 BA, Pers 101/75916; BA, Pers 101/75918. Für Johannsen ist allerdings hervorzuheben, dass bei ihm – im Gegensatz beispielsweise zu Raske – die Religiosität nicht zu einer Distanz zum NS-Regime geführt hat; er hat vielmehr einige Todesurteile als Wehrmachtsrichter zu verantworten.

250 SWR Hörfunkarchiv, W0127397. Johannsen in der SDR-Sendung *Aus der Residenz des Rechts* v. 17.4.1954.

251 SWR Hörfunkarchiv, W0127397.

252 Zum Beispiel: Ehescheidung in Deutschland. Institut für Sozial- und Wirtschafsforschung Bad Godesberg 1955; Familie und Ehe, Probleme in deutschen Familien der Gegenwart (EMNID Institut für Markt- und Meinungsforschung, Bielefeld, 1956, S. 42 ff. Die Ergebnisse sind allerdings ambivalent: Die Mehrheit der Befragten war zwar für eine Erschwerung der Scheidung, gleichzeitig gab es eine Mehrheit für die Auffassung, dass es Fälle gibt, in denen eine Ehe zerrüttet ist, ohne dass die Ehegatten persönlich daran schuld sind.

253 Zum Beispiel Habscheid, Die Rechtsprechung, in: *FamRZ* (1958), S. 202; Mikat, Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen, in: *FamRZ* (1962), S. 497.

rechtsprechung mit ihrem Versuch, eine befürchtete Verantwortungslosigkeit in der frühen Bundesrepublik zu bekämpfen, indem die Eheleute, genauer: der die Scheidung begehrende Ehegatte zu seiner – vermeintlichen – Pflicht gezwungen wird. Dass ein solches Unterfangen von vornherein zum Scheitern verurteilt war, dürfte aus heutiger Sicht auf der Hand liegen, wurde aber auch von einigen Zeitgenossen bereits so gesehen. Die Alternative, die Ehe als soziale Verhaltensform zu begreifen,[254] wie dies schon in der damaligen Zeit ein Teil des wissenschaftlichen Schrifttums getan hat,[255] lag den Richtern des IV. Senats fern. Stattdessen haben diese den Anspruch verfolgt, die Menschen zu bessern, sie an ihre Pflichten zu gemahnen und notfalls zu ihrem „Glück“ oder was der BGH dafürhielt, zu zwingen. Dies kommt in dem oben erwähnten Zitat von Raske zum Ausdruck, aber auch in vielen weiteren Formulierungen, unter anderem in folgender Passage eines Urteils aus dem Jahre 1959: Die sittliche Ordnung sei

> [...] der innere persönliche Aufruf und der schöpferische Anstoß, sich in dem sinnvollen Gefüge des höheren Ganzen und entsprechend dem Sinn dieses Ganzen zu bewähren und eben damit sein eigenes zu verwirklichen. Man erweist deshalb dem einzelnen Menschen einen schlechten Dienst, wenn man, um die Möglichkeit für ein leichteres und angenehmeres Leben zu schaffen, die Gültigkeit und Verbindlichkeit dieses Aufrufs in Frage stellt.[256]

3.3.4 Unterhaltsvereinbarungen als Druckmittel?

Die geschilderten Tendenzen spielten auch in das Unterhaltsrecht hinein. Da ist zum einen das Verschulden: Unterhaltsvergleiche, in denen sich jeweils der Mann zu einer bestimmten Summe verpflichtet hatte, wurden von diesem später öfter angegriffen, indem gegen die Frau alle möglichen Beschuldigungen erhoben wurden, um damit eine Verwirkung des Anspruchs zu begründen.[257] Hier müsse, so der Senat, eine umfassende Abwägung gerade auch mit dem Verschulden hinsichtlich des Scheiterns der Ehe stattfinden.[258] Der schon im Scheidungsabschnitt angesprochene Drang, die Sittlichkeit zu fördern, wirkte aber noch weitgehender: So wurde geprüft, ob eine Unter-

254 Dies schließt ja einen sittlichen Gehalt nicht aus.

255 Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 43 ff., 58 ff.; Fischer, Anmerkungen, in: *NJW* (1960), S. 1245; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, § 3 IV.

256 BGH v. 22.4.1959 – IV ZR 158/59. Diese Passage wurde im Entwurf handschriftlich ausformuliert, wohl durch den Berichterstatter Raske (BA, B 283/50033, Bl. 48).

257 BGH v. 5.11.1958 – IV ZR 98/58; BGH v. 28.10.1960 – IV ZR 49/60 und IV ZR 23/60 (vom selben Tag). BGH v. 15.3.1961 – IV ZR 254/60; BGH v. 27.3.1963 – IV ZR 224/62: Der Mann behauptete ein Konkubinat seiner Frau und, weil er dies nicht beweisen konnte, dass es zumindest in der Öffentlichkeit so wahrgenommen werde; das reichte dem Senat nicht, jedenfalls solange kein „anstößiges Verhalten“ vorliege.

258 Das öfter gebrauchte Argument der Männer, es habe sich um einen Knebelungsvertrag gehandelt, war meist nicht erfolgreich (BGH v. 9.3.1960 – IV ZR 167/59).

haltsvereinbarung nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) nichtig ist.[259] Angenommen wurde dies etwa für eine Vereinbarung, mit der ein Mann seine wiederverheiratete frühere Frau durch objektiv als zu hoch eingestufte Verpflichtungen dazu bewegte, wieder zu ihm zu ziehen.[260] Die angebliche Sittenwidrigkeit des „Konkubinats" schlug insoweit mittelbar auf den Unterhaltsvergleich durch. Ebenfalls um die Bewertung einer freiwilligen Zahlung ging es, als ein Mann seine neue Partnerin, die für die Zerrüttung der Ehe mitverantwortlich war, überredete, an die Ex-Ehefrau Unterhalt zu zahlen: Letztlich sei dies der Versuch, den Mann freizukaufen, was ebenfalls als sittenwidrig eingestuft wurde.[261] Für sittenwidrig angesehen wurde ferner eine Unterhaltsvereinbarung im Rahmen einer Scheidungssache, mit der die Ehefrau sich vom Ehemann einen Unterhaltsbetrag versprechen ließ, der dessen Leistungsfähigkeit klar überstieg, für den sich daher zusätzlich dessen Geliebte verbürgte. Das Gericht sah in diesem Vertrag den – erfolgreichen – Versuch, das Einverständnis der Ehefrau mit der Scheidung zu erkaufen („Versprechen, den Ehemann freizugeben").[262] Die Käuflichkeit war das entscheidende Kriterium, das insoweit der Privatautonomie enge Grenzen gesetzt hat. Auch hierfür dürfte die geschilderte Tendenz zur Moralisierung des Eherechts verantwortlich gewesen sein.

3.4 Vermögensrechtliche Wirkungen der Ehe

Das Güterrecht des BGB der unmittelbaren Nachkriegszeit war noch recht frauendiskriminierend. Im Güterstand der Nutznießung des Mannes[263] hatte dieser sowohl sein eigenes als auch das Vermögen der Frau zu verwalten, womit sich – meist im Rahmen eines Scheidungsverfahrens – das Problem stellte, inwieweit der das Gut der Frau verwaltende Mann in die eigene Tasche gewirtschaftet hatte.[264] So stritten die Parteien oft um Verfügungen des Mannes über das eingebrachte Gut,[265] und gerade wenn die Transaktionen lange her waren, war die Beweislage unsicher, so dass der Frau nur der Versuch blieb, mittels einer Rechenschaftslegung über die Verwaltung Klarheit zu

259 BGH v. 11.4.1962 – IV ZR 258/61.

260 BGH v. 11.5.1960 – IV ZR 241/59.

261 BGH v. 20.12.1961 – IV ZR 119/61.

262 BGH v. 15.5.1957 – IV ZR 299/56, S. 15.

263 Dieser Güterstand trat wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsartikel 3 Abs. 2 GG im Jahr 1953 außer Kraft, gleichwohl gab es noch eine Reihe von Altfällen, in denen seine Vorschriften angewandt wurden.

264 BGH v. 26.1.1955 – IV ZR 180/54: Streit im Rahmen eines Erbfalles, bei dem unklar war, ob bestimmte Vermögenswerte Eigentum des Erblassers oder Vorbehaltsgut der Frau waren; Kauf und Ausbau eines Hauses mit Mitteln der Frau (Kauf 1937 bzw. Ausbau 1949/50): BGH v. 14.10.1959 – IV ZR 140/59.

265 BGH v. 26.1.1955 – IV ZR 180/54; BGH v. 29.4.1954 – IV ZR 34/54; BGH v. 30.9.1954 – IV ZR 154/53 (Zuwendung einer Haushälfte); BGH v. 8.7.1954 – IV ZR 214/53; BGH v. 9.12.1954 – IV ZR 119/54.

erlangen.[266] Komplizierte Auseinandersetzungen finden sich mehrere in Revisionsentscheidungen, zum Beispiel bei einer westfälischen Gütergemeinschaft, die nach der gesetzlichen Regelung von dem überlebenden Ehegatten mit den Kindern fortgesetzt werden konnte. So hatte nach dem Tode des Inhabers eines bekannten Verlagshauses[267] in den 1930er Jahren seine Witwe mit den Kindern und Enkeln den Betrieb fortgeführt, und nach dem Krieg versuchte sie, die Verlagsanteile nach Stämmen möglichst gleich zu verteilen, was – auch wegen güterrechtlicher Fragen – sehr kompliziert und vor allem hinsichtlich der Stimmrechtsausübung sehr umstritten war; daher gelangte diese Angelegenheit schließlich auch an den BGH.[268]

Allein drei Verfahren beschäftigten den Senat bei der Vermögensauseinandersetzung eines Paares, das 1922 geheiratet hatte. Die jüdische Frau war 1939 aus Deutschland in die USA geflohen, ihr nichtjüdischer Mann hatte das in Deutschland verbliebene Vermögen, unter anderem mehrere Grundstücke, in Besitz genommen, wobei später streitig war, was davon ihr und was ihm gehörte. 1955 wurde die Ehe geschieden, aus Verschulden der Jüdin, weil sie nach ihrer Flucht vor dem NS-Regime in Florida mit einem neuen Lebenspartner zusammenlebte.[269] Das Verfahren zeigt die praktischen Probleme, wenn der Mann das Vermögen der Frau verwaltet, und wirft ein Licht auf das Verhältnis von Rückerstattung und Ehegüterrecht. 1934 hatte die Frau zwei Grundstücke von ihrer Mutter erworben, laut Vertrag ausdrücklich als Vorbehaltsgut. Unmittelbar nach der Pogromnacht schenkte sie die Grundstücke ihrem Mann, bevor sie aus Deutschland floh. Dass dafür der Druck und die unverhohlene Drohung der Nationalsozialisten, jüdischen Immobilienbesitz zu „arisieren“,[270] das maßgebliche Motiv war, dürfte einleuchten.[271] Nach dem Krieg verlangte sie die Grundstücke zurück, der Mann weigerte sich: Sie seien ihm geschenkt worden, überdies habe er wesentlich zum Kaufpreis beigetragen, habe in die Grundstücke investiert, außerdem sei zumindest eines der Grundstücke in das Gemeinschaftsgut gefallen.[272] Die Frau machte geltend, dass die Investitionen aus den Erträgen der Grundstücke bestritten worden sind. Es lässt sich vorstellen, dass die Tatsachen 20 Jahre später nur sehr schwer nachvollzogen werden konnten. Im Wiedergutmachungsverfahren wurde die Rückübereignung angeordnet, der Mann erwirkte anschließend aber die Eintragung eines Widerspruchs, um Verfügungen der Frau über die Immobilien zu verhindern.[273] In einem dritten Verfahren argumentierte der Mann, dass die Erbschaft, die seine frühere Frau in Florida von ihrem mittlerweile verstorbenen Lebenspartner gemacht hatte, in das Gemeinschaftsgut der Ehe falle,

266 BGH v. 28.5.1958 – IV ZR 334/57.
267 Es handelt sich um den Verlag de Gruyter.
268 BGH v. 16.4.1958 – IV ZR 224/57.
269 Sachverhalt in: BGH v. 5.6.1957 – IV ZR 308/56.
270 Dazu: Roth, Notare, S. 313 ff., 373 ff.; Martin, Das Rheinische Notariat, S. 356 ff.
271 Roth, Notare, S. 255 ff.; Martin, Das Rheinische Notariat, S. 365 f.
272 BGH v. 5.6.1957 – IV ZR 308/56.
273 BGH v. 1.10.1958 – IV ZR 88/58.

denn die Erbschaft sei eine versteckte Entlohnung für Dienste, die „seine“ Frau dem anderen Mann in Amerika geleistet hätte,[274] eine schon dreiste Forderung.[275] Das Beispiel zeigt, wie Verfolgung und Flucht nicht nur eine menschlich schwere Bürde waren, sondern auch vermögensrechtliche Probleme schufen, wobei es die Frauen aufgrund des Verwaltungsrechts des Mannes noch einmal härter traf, weil die Beweislage für sie schwieriger war, wenn der Mann, wie das Gesetz es vorsah, ihr Vermögen verwaltet hatte.[276] Im Ergebnis half im konkreten Fall der Frau das Rückerstattungsrecht, um sich gegenüber ihrem Mann durchzusetzen.

Nachdem der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung seitens des Ehemannes im Jahr 1957 durch den Güterstand der Zugewinngemeinschaft abgelöst worden war,[277] fiel dieses Problem weg, fortan war das eheliche Güterrecht auch weit weniger gesellschaftspolitisch umstritten. Eheverträge aus der Zeit vorher, die ein männliches Verwaltungsrecht kannten, blieben wirksam, da der Gleichberechtigungsartikel des Art. 3 Abs. 2 GG nicht rückwirkend in das Vertragsrecht eingreife.[278] Auf der anderen Seite hat sich in den folgenden Jahren der neue gesetzliche Güterstand durchgesetzt: So hat der BGH einen Vergleich der Ehegatten im Rahmen einer Scheidung, bei dem der Mann der Frau unentgeltlich Sachwerte überließ, nicht als Schenkung, sondern als eine Zuwendung „nach Art eines Zugewinnausgleichs“ ausgelegt.[279]

Die Gleichberechtigung blieb aber weiter ein Thema, zum Beispiel bei der Forderung einer Ehefrau auf Bezahlung für geleistete Mitarbeit im Betrieb des Ehegatten. Soweit die Mitarbeit nicht über das vom Gesetz als verpflichtend angesehene Maß[280] hinausging, war die Rechtslage nach dem Gesetz eindeutig: Ein Anspruch auf ein Entgelt war abzulehnen.[281] Hatte eine Ehefrau dagegen umfangreicher mitgearbeitet, war die Frage einer Entlohnung nicht gesetzlich vorgegeben. Es war der für das Gesellschaftsrecht zuständige II. Senat (und nicht der Familiensenat),[282] der bereits 1952 in einem Grundsatzurteil anerkannte, dass bei einer Mitarbeit der Ehefrau in einer von ihrem Mann betriebenen Gaststätte eine sogenannte Ehegatteninnengesellschaft vor-

274 BGH v. 21.9.1960 – IV ZR 12/60.

275 Letztlich war er damit nicht erfolgreich.

276 Die Länge des Urteils (47 Seiten) deutet die Schwierigkeiten an. Im konkreten Fall lagen die Schwierigkeiten nicht allein im Güterstand, sondern auch in der Auswanderung der Frau begründet.

277 Der alte Güterstand war am 1.4.1953 wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 2 GG außer Kraft getreten (Art. 117 GG), das Gleichberechtigungsgesetz vom 18.6.1957 (BGBl I, 609) führte den noch heute geltenden gesetzlichen Güterstand der Gütertrennung mit Zugewinnausgleich ein.

278 BGH v. 4.5.1957 – IV ZR 133/56 (*NJW* (1957), S. 1635); BGH v. 24.6.1959 – IV ZR 10/59.

279 BGH v. 10.3.1965 – IV ZR 146/64. Daher stellte sich die Frage, ob die entsprechende Verjährung (§ 1378 Abs. 4 BGB) eingreift, was der Senat abstrakt bejaht, im konkreten Fall aber aufgrund einer Stundung abgelehnt hat.

280 Dies war in § 1356 Abs. 2 BGB aF sehr allgemein formuliert und nicht weiter konkretisiert.

281 BGH v. 14.12.1966 – IV ZR 267/65 (BGHZ 46, 385, 389).

282 Das Verfahren war zunächst beim IV. Senat anhängig gewesen (Aktenzeichen IV ZR 93/51) und ist dann vom II. Senat übernommen worden (BA, B 283/ 39559).

liegen könne, aus der dann auch die Frau finanziell berechtigt sein müsse.[283] Die Sache war zunächst beim IV. Senat anhängig, wurde dann aber vom II. Senat übernommen.[284] Durch dessen Urteil, das wohl im Wesentlichen auf den Berichterstatter Robert Fischer zurückgehen dürfte, brach das Gericht mit der Rechtsprechung des Reichsgerichts, und es begründete dies unter anderem mit einem Wandel der allgemeinen Rechtsauffassung. „Die Frau steht neben ihrem Mann, nicht unter ihrem Mann", Worte, die man zu dieser Zeit vom Familiensenat wohl kaum hätte hören können. Dieser IV. Senat hat aber die Konstruktion der Ehegatteninnengesellschaft später übernommen,[285] womit gerade für Ehen, in denen Gütertrennung vereinbart worden war, ein gerechter Ausgleich für mitarbeitende Ehegatten, in der Regel die Frauen, in Einzelfällen möglich gemacht wurde.

Schwierig blieb es zu beurteilen, bei welchem Umfang der Mitarbeit diese über das normale Maß hinausging. Der Familiensenat war in diesem Punkt häufig strenger als die Vorinstanz, etwa gegenüber dem Oberlandesgericht Düsseldorf.[286] Abgelehnt wurde ein Anspruch, wenn die Mitarbeit als Unterhalt geschuldet wurde, was der Senat entgegen der Vorinstanz männerfreundlich auslegte:[287] „Es genügt, dass eine solche Mitarbeit nicht als außergewöhnlich anzusehen ist."[288] Die gegenteilige Ansicht führe „überdies zu dem als wenig erwünscht anzusehenden Ergebnis, daß [...] Ehefrauen noch Vergütungsansprüche stellen können, auch wenn sie nur zeitlich und sachlich unerhebliche Arbeit leisten."[289] Das schon angesprochene Rollenbild wird in diesem Zitat noch einmal deutlich.[290]

Zukunftsweisend für Rückzahlungsansprüche, vor allem von Frauen, war eine weitere Rechtsfortbildung, die der Einzelfallgerechtigkeit diente: Die Lehre von den ehebedingten Zuwendungen, die in der ersten Hälfte der 1950er Jahre vom BGH, diesmal vom IV. Senat, entwickelt wurde: Eine unentgeltliche Zuwendung eines größeren Vermögenswertes durch einen Ehegatten an den anderen haben die Richter nicht als Schenkung eingeordnet, sondern als ein eigenständiges Rechtsinstitut, was vor allem

283 BGH v. 20.12.1952 – II ZR 44/52 (BGHZ 8, 249). Berichterstatter war Robert Fischer.

284 Ursprüngliches Aktenzeichen IV ZR 93/51 (BA, B 283/ 39559; Berichterstatter im II. Senat war Robert Fischer – zu ihm mehr Band 1 und Band 2, unten im Kapitel zum Wirtschaftsrecht).

285 BGH v. 28.10.1959 – IV ZR 91/59 (BGHZ 31, 197 betreffend eine Metzgerei). Siehe auch BGH v. 9.2.1955 – IV ZR 191/54; BGH v. 14.11.1956 – IV ZR 139/65–56; BGH v. 19.12.1958 – IV ZR 131/58: Lebensmittel- und Textilgeschäft (Ähnlich 140/53); BGH IV ZR 331/65; BGH v. 22.2.1967 – IV ZR 331/65 (BGHZ 47, 157).

286 Bejaht worden war die überobligatorische Mitarbeit vom OLG Düsseldorf bei einer Arztpraxis in Remscheid, während der BGH dies ablehnte (OLG Düsseldorf v. 8.3.1960 – BA, B 283/50410, Bl. 6 ff.; BGH v. 8.2.1961 – IV ZR 215/60).

287 BGH v. 9.7.1951 – IV ZR 50/50.

288 BGH v. 22.5.1963 – IV ZR 229/62, S. 14.

289 BGH v. 22.5.1963 – IV ZR 229/62, S. 17.

290 Dieses Rollenverständnis wurde auch in den meisten BGH-Richterhaushalten gelebt, wie in Band 1, Kap. 4.7, Soziale Lage der BGH-Richterschaft dargestellt wurde.

für Paare mit vereinbarter Gütertrennung[291] von Bedeutung war.[292] Denn durch die Ablehnung des Schenkungsrechts war der Weg frei für einen Rückgewähranspruch im Fall der Scheidung insbesondere nach allgemeinen schuldrechtlichen Regeln (vor allem wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage). Im Übrigen sind die Neuerungen durch den BGH im Güterrecht eher dogmatisch, weniger gesellschaftspolitisch bedeutsam, so wenn in zwei Entscheidungen die Vorschrift, die den Ehegatten eine Verfügungsbeschränkung bei einer Verfügung über sein Vermögen als Ganzes anordnet (§ 1365 BGB), konkretisiert und ihr die noch heute geltende Kontur verliehen wurde.[293]

3.5 Das Kindschaftsrecht

3.5.1 Die Abstammung

Auch im Statusrecht galt es, bei unverändert gebliebenem Normenbestand nationalsozialistischen Ballast loszuwerden. Im Fokus stand die Vaterschaft, bei der es vor allem um zwei Themen ging: die Vaterschaftsanfechtungsklage bei ehelich geborenen Kindern und die Feststellungsklage der (Nicht-)Ehelichkeit bei Kindern, deren Mutter zum Zeitpunkt der Geburt nicht verheiratet war.

Eine Vorfrage bestand darin, ob das Anfechtungsrecht der Staatsanwaltschaft (§ 1595 a BGB aF) noch galt, wenn der Vater seine Vaterschaft anerkannt hatte. Das BGB von 1900 (§ 1598 BGB aF) hatte ursprünglich in dieser Konstellation eine Anfechtung ausgeschlossen, aber im Jahre 1938[294] war dieses Verbot aufgehoben worden, um – der nationalsozialistischen Ideologie entsprechend – rassisch unerwünschte Ergebnisse durch den Staatsanwalt beseitigen zu können. Sollte diese national-sozialisti-

291 Beim gesetzlichen Güterstand konnten mittels des Zugewinnausgleichs befriedigende Ergebnisse erzielt werden.

292 BGH v. 19.3.1953 – IV ZR 122/52 (in dem konkreten Fall verneint). BGH v. 25.3.1954 – IV ZR 157/53 (Aktien im Wert von 145.000 RM). Vgl. auch BGH v. 29.4.1954 – IV ZR 34/54; BGH v. 30.9.1954 – IV ZR 154/53 (Zuwendung einer Haushälfte); BGH v. 8.7.1954 – IV ZR 214/53; BGH v. 26.9.1956 – IV ZR 120/56: Die Mitarbeit des Mannes am Haus der Frau führte zu einem Bereicherungsanspruch. In BGH v. 9.12.1954 – IV ZR 119/54 stand im Mittelpunkt die Frage, ob Schenkungen des Ehemannes an seine Frau zum Sondervermögen der Frau gehörten oder ob nach seinem Tod nicht auch die Kinder davon profitieren sollten (als Teil der Erbmasse des Mannes).

293 Die Einzeltheorie wurde herausgebildet (BGH v. 28.4.1961 – V ZB 17/60 (BGHZ 35, 135), das heißt, dass auch die Veräußerung eines einzelnen Gegenstandes, etwa eines Hauses, das Vermögen im Ganzen darstellen konnte, wenn es im Wesentlichen das Vermögen des Verfügenden ausmachte; außerdem wurde festgehalten, dass die Gegenleistung unerheblich war (BGH v. 28.4.1961 – V ZB 17/60, BGHZ 35, 146). Ergänzend wurde später das subjektive Tatbestandsmerkmal der Kenntnis des Erwerbers verlangt (BGH v. 26.2.1965 – V ZR 227/62 (BGHZ 43, 174)) und ein gutgläubiger Erwerb eines Dritten ausgeschlossen, denn die Norm wurde als absolutes Verfügungsverbot ausgelegt (BGH v. 13.11.1963 – V ZR 56/62 (BGHZ 40, 218)).

294 Gesetz v. 12.4.1938.

sche Änderung weitergelten? Der IV. Senat meinte, das Gesetz sei damals zwar ideologisch ganz im Sinne der nationalsozialistischen Rassenlehre ausgelegt worden, aber ein Interesse an der Weitergeltung der Regelung, das heißt an einer Anfechtungsmöglichkeit durch die Staatsanwaltschaft bestehe gleichwohl, denn die Beschränkung der Anfechtungsklage auf den Mann entspreche dem konservativen, patriarchalischen Verständnis zur Zeit der Entstehung des BGB[295] und widerspreche dem „fortentwickelten Rechtsempfinden."[296] Der Satz, dass der Mann bestimmt, wer zur Familie gehört, sei nicht mehr zeitgemäß.[297] Heutzutage (das heißt 1951) seien auch andere Interessen zu berücksichtigen, etwa die des Kindes, der Kindesmutter, aber auch öffentliche, so dass die Änderung von 1938 mit einem neuen Zeitgeist Geltung behalte, was durchaus nachvollziehbar ist. Das Anfechtungsrecht der Staatsanwaltschaft blieb somit bestehen.

Hatte ein verheirateter Mann längere Zeit das Kind trotz Kenntnis von der Nichtehelichkeit akzeptiert und eine Anfechtung unterlassen, stellte sich die Frage, ob in diesem Verhalten ein Verzicht auf sein Anfechtungsrecht gesehen werden kann. Der Senat hat dies in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht abgelehnt:[298] Auf dieses Recht könne nicht wirksam verzichtet werden, weil ein solcher Verzicht ja einer Vaterschaftsanerkennung gleichkäme, deren Voraussetzungen aber gesetzlich in § 1598 BGB aF geregelt seien. Immerhin könne das Recht verwirkt werden;[299] an eine solche Verwirkung seien aber strenge Anforderungen zu stellen. Die Erhebung der Anfechtungsklage sei nur rechtsmissbräuchlich, wenn die verzögerte Anfechtung das Kind besonders hart trifft,[300] vor allem wenn es enge, innere Bindungen zu dem „Vater" aufgebaut hat, „die für das Seelenleben des Kindes bedeutungsvoll geworden sind"[301] und der Mann das Kind als seines habe gelten lassen. Der Senat hat die konkrete Sache an die Vorinstanz zurückverwiesen, aber immerhin angedeutet, dass die gelebte Beziehung höher gewichtet werden könnte als das Interesse des Mannes – eine für damalige Verhältnisse moderne Sicht, die aber, wie gesagt, nur angedeutet und nicht entschieden wurde.

Auch in anderen Fragen hat der Senat die Möglichkeiten zur Anfechtung eher begrenzt als erweitert. Bei der Frage, ob es unmöglich sei, dass das Kind vom Ehemann der Mutter abstammt, war der Senat sehr zurückhaltend, indem er meinte, die Bescheinigung einer Frauenklinik, die die Vaterschaft mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit wegen des Reifegrades des geborenen Kindes und dem letzten ge-

295 BGH v. 10.5.1951 – IV ZR 72/50 (BGHZ 2, 130); BGH v. 14.6.1951 – IV ZR 87/50. Der Senat verweist (auf S. 6) auf die Gesetzesmaterialien (Motive, Bd. IV, 940).

296 BGH v. 10.5.1951 – IV ZR 72/50 (BGHZ 2, 130); ähnlich BGH v. 3.4.1952 – IV ZR 141/51.

297 BGH v. 14.6.1951 – IV ZR 87/50, S. 7.

298 BGH v. 4.10.1951 – IV ZR 47/50.

299 Nur angedeutet in BGH v. 10.5.1951 – IV ZR 72/50 (BGHZ 2, 130); im konkreten Fall abgelehnt in BGH v. 19.5.1952 – IV ZR 204/51.

300 Ausführlicher BGH v. 31.1.1952 – IV ZR 5/50.

301 BGH v. 31.1.1952 – IV ZR 5/50, S. 5 f.

schlechtlichen Verkehr des Ehepaares ausgeschlossen hat, sei nicht unbedingt ein zwingender Beweis.[302] Auch sonst war seine Rechtsprechung in diesem Bereich eher kindesfreundlich: Die Frist zur Vaterschaftsanfechtung begann zu laufen in dem Zeitpunkt, in dem der Mann Kenntnis hatte von Tatsachen, die gegen seine Vaterschaft sprachen;[303] das wurde angenommen, wenn ein erstmaliger Geschlechtsverkehr sieben Monate vor der Geburt stattgefunden hatte und das Kind zum Zeitpunkt der Geburt keine Merkmale einer Frühgeburt aufwies, so dass das Klagerecht befristet war.[304] Hatte der Mann die Frist versäumt, konnte allerdings immer noch der Staatsanwalt „helfen“.[305]

Die Klage auf Feststellung der Abstammung im Statusverfahren hatte das Reichsgericht mit einer ideologischen und rassistisch gefärbten Begründung für zulässig gehalten: Die große Bedeutung der blutsmäßigen Abstammung für die Volksgemeinschaft rechtfertige eine solche Klage.[306] Zwar ließ der BGH im Ergebnis wie das Reichsgericht die Klage zu, stellte aber auf das Interesse der Betroffenen ab, das an die Stelle der Volksgemeinschaft trat. Dabei differenzierte er zwischen den beiden Konstellationen, einmal die Feststellung der Vaterschaft, die in der Regel im Interesse des Kindes und der Kindesmutter lag, und die Nichtfeststellung der Vaterschaft, die meist von einem Mann angestrengt wurde.

Schon im Jahr 1952 erkannte der Senat – recht modern – ein grundsätzliches Interesse des Kindes an der Feststellung seiner Abstammung an:[307]

> Jede ausserehelich geborene Person hat grundsätzlich ohne Rücksicht auf die jeweilige praktische Bedeutung der einzelnen sich aus dem Rechtsverhältnis der Abstammung ergebenden Folgen ein rechtliches Interesse daran, dass ihr Status durch richterliches Urteil geklärt wird.

Nicht ganz konsequent ließ das Gericht dieses Recht nach dem Tode des Mannes erlöschen.[308] Während das Oberlandesgericht Koblenz auch nach dem Tode des Mannes eine entsprechende Klage zugelassen hatte,[309] folgte der BGH der Argumentation der

---

302 BGH v. 10.6.1954 – IV ZR 216/53. Es sei denkbar, dass die Tatsache des Reifegrades des Kindes fehlerhaft festgestellt worden sei.

303 BGH v. 7.5.1953 – IV ZR 240/52 (BGHZ 9, 336) im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGZ 163, 70).

304 BGH v. 7.5.1953 – IV ZR 240/52 (BGHZ 9, 336). Zur Frühgeburt auch: BGH v. 28.6.1951 – IV ZR 89/50. Bei Fristversäumung konnte der Staatsanwalt gem. § 1595 a BGB helfen, indem er dem Mann als Streitgenosse beiseite sprang (BGH v. 22.1.1958 – IV ZR 252/57 und BGH v. 23.4.1958 – IV ZR 336/57).

305 BGH v. 16.12.1959 – IV ZR 103/59 (BGHZ 31, 342).

306 RGZ 169, 293.

307 BGH v. 28.4.1952 – IV ZR 99/51 (BGHZ 5, 385); BGH v. 5.6.1952 – IV ZR 185/51. Dieses Interesse ist auch heute der maßgebliche Gesichtspunkt und wurde vom BVerfG in den 1980er Jahren aus dem Grundgesetz abgeleitet.

308 BGH v. 16.10.1957 – IV ZR 196/57 (BGHZ 25, 351). Das Gericht begründete das mit §§ 640 ff. ZPO (S. 355 f.).

309 Das Urteil befindet sich in: BA, B 283/49428, Bl. 3 ff.

Oberbundesanwaltschaft[310] und meinte, man sei an das eindeutige Gesetz gebunden. Das klingt nachvollziehbar, denn das Problem der Klage bestand darin, dass mit dem Tode des Mannes der potenzielle Beklagte weggefallen war. Die Alternative, ohne gesetzliche Regelung eine Klage gegen den Staatsanwalt zuzulassen, war eine für den Senat zu weitgehende Rechtsfortbildung, zumal er das Bedürfnis des Kindes auf Feststellung letztlich dann doch nicht für so dringend ansah.[311]

Die Anfechtungsklage des Mannes, der die Vaterschaft anerkannt hatte, setzte laut Senat ein Interesse des Mannes voraus,[312] das im Einzelfall nachzuweisen war. Das praktisch häufigste Motiv der Männer für eine Anfechtung lag darin, eine Unterhaltsverpflichtung zu vermeiden.[313] Dieses Interesse sei nicht anzuerkennen, wenn die Unterhaltspflicht des Vaters bereits rechtskräftig festgestellt worden war,[314] denn das Statusurteil berühre den Unterhaltstitel nicht.[315] Auch eine strafrechtliche Verurteilung wegen Unterhaltspflichtverletzung begründete kein berücksichtigenswertes Interesse.[316] Diese restriktive Haltung ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass aufgrund der Zulassung der Statusklage das kuriose Ergebnis zustande kommen konnte, dass rechtliche Vaterschaft und Zahlvaterschaft auseinanderfielen, was es möglichst zu vermeiden galt. Das Interesse eines Mannes, ein schlechtes Bild in der Öffentlichkeit zu vermeiden, war ebenfalls unerheblich.[317] Verneint wurde das Interesse des Mannes ferner, wenn die Anerkennung der Vaterschaft wider besseres Wissen erfolgt war.[318] Das Gericht ist dann 1963 allerdings von dieser generellen Ablehnung wieder abgerückt,[319] denn immerhin könne sich das Feststellungsinteresse auch aus anderen Umständen ergeben, beispielsweise wenn der Mann nach seiner Anerkennungserklä-

310 Schreiben des Oberbundesanwalts v. 24.7.1957 (BA, B 283/49428, Bl. 18).

311 BGH v. 16.10.1957 – IV ZR 196/57 (BGHZ 25, 351, 356). Wenn man bedenkt, dass der Senat die Feststellungsklage auch zugelassen hat, obwohl dies nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht möglich war, wäre der Schritt einer Rechtsfortbildung zumindest denkbar gewesen.

312 BGH v. 28.4.1952 – IV ZR 99/51 (BGHZ 5, 385, 397 ff.).

313 BGH v. 30.1.1957 – IV ZR 233/56 (im konkreten Fall allerdings abgelehnt).

314 BGH v. 18.5.1953 – IV ZR 126/52 (*NJW* (1953), S. 1545). Dagegen wurde in dieser Entscheidung das Interesse des Kindes ausdrücklich anerkannt (S. 12).

315 BGH v. 22.10.1955 – IV ZR 115/55. Trotz Kritik der Literatur blieb der Senat dabei.

316 BGH v. 24.5.1954 – IV ZR 1/54, weil die Feststellung der fehlenden Abstammung das strafrechtliche Urteil nicht beseitige. Eventuell sei eine Ausnahme zu machen, wenn der Mann zeugungsunfähig sei und deshalb der gesetzliche Vertreter aus Billigkeitsgründen darauf verzichtet, den Unterhalt geltend zu machen (BGH v. 1.2.1956 – IV ZR 224/55 und BGH v. 18.6.1958 – IV ZR 34/58); ähnlich: BGH v. 18.5.1955 – IV ZR 310/54 (BGHZ 17, 252).

317 BGH v. 5.3.1958 – IV ZR 237/57.

318 BGH v. 27.2.1957 – IV ZR 285/56 (*NJW* (1957), S. 1067).

319 BGH v. 13.11.1963 – IV ZR 65/63 (BGHZ 40, 367, 369).

rung neue Tatsachen erfahren habe.[320] Die Beweislast lag bei dem klagenden Mann,[321] was nicht ganz unerheblich war, da es einen DNA-Test noch nicht gab.[322]

Ebenfalls kindesfreundlich waren mehrere Entscheidungen, in denen es inhaltlich um einen Unterhaltsanspruch gegen den „nichtehelichen" Vater ging. Einem Kind, das gegen zwei Männer im Unterhaltsrechtsstreit unterlegen war, gewährte der Senat eine Statusklage gegen den ersten Mann, obwohl das Gesetz (§ 644 ZPO aF) dies eigentlich ausschloss. Aber das verfassungsrechtliche Gebot, nichtehelichen Kindern die gleichen Bedingungen wie ehelichen zu gewähren (Art. 6 Abs. 5 GG), rechtfertige die Zulässigkeit der Klage, die damit einhergehenden Schwierigkeiten seien in Kauf zu nehmen.[323] Und die häufigen Versuche von Vätern, ihre vertraglich zugesicherte Unterhaltslast zu reduzieren, wurden meist abgelehnt, prominentes Beispiel war ein früherer Richter des Volksgerichtshofes, der mit genau einem solchen Begehren scheiterte.[324]

Obwohl das BGB immer noch den Satz enthielt, dass ein Kind und sein nicht mit der Mutter verheirateter Vater als nicht verwandt gelten (§ 1589 Abs. 2), betonte der BGH, dass der Unterhaltsanspruch eines solchen Kindes gegen seinen Vater auf der Verwandtschaft beruhe und sich daher vererbe.[325] Außerdem werde der Anspruch nicht auf die Waisenrente angerechnet.[326]

3.5.2 Das Sorgerecht

Ein gemeinsames elterliches Sorgerecht wurde zwar gesetzlich erst im Jahre 1979 eingeführt,[327] gleichwohl waren schon in den 1950er Jahren beide – verheirateten – Eltern sorgeberechtigt. Denn das Grundgesetz hatte in den Art. 3, 117 GG mit Wirkung zum 1. April 1953 festgelegt, dass die Normen, die dem Gleichberechtigungs-Artikel entgegenstehen, außerkraftgesetzt sind. Und der BGH hat anschließend in richterlicher Rechtsfortbildung unmittelbar aus dem Grundgesetz abgeleitet, dass beiden miteinander verheirateten Eltern die elterliche Gewalt, wie das Sorgerecht damals hieß, gemeinsam zusteht.[328] Die Vorrangstellung des Mannes beim Sorgerecht sei mit Art. 3 Abs. 2 GG nicht vereinbar, auch nicht mit gewissen Beschränkungen. Dies ist eine der

320 BGH v. 18.5.1955 – IV ZR 310/54 (BGHZ 17, 252, 258) oder wenn er bei seinem Anerkenntnis getäuscht worden war (BGH v. 18.5.1953 – IV ZR 126/52, S. 12).
321 BGH v. 18.5.1955 – IV ZR 310/54 (BGHZ 17, 252, 262 f.).
322 Zur Gutachterfrage siehe auch den Abschnitt zum Verfahrensrecht (Kap. 6.5).
323 BGH v. 4.7.1956 – IV ZR 65/56.
324 BGH v. 7.11.1956 – IV ZR 112/56.
325 BGH v. 26.11.1965 – IV ZR 272/64 (BGHZ 44, 312) gegen OLG Nürnberg, Urteil in: BA, B 283/51726.
326 BGH v. 26.11.1965 – IV ZR 272/64 (BGHZ 44, 312, 316). Berichterstatter war Johannsen.
327 SorgeRG v. 18.7.1979 (GBl I, 1061).
328 BGH v. 5.2.1958 – IV ZR 293/57; BGH v. 13.7.1959 – IV ZR 23/59 (BGHZ 30, 306).

wenigen Entscheidungen im Familienrecht, mit der der BGH das Grundgesetz unmittelbar im einfachen Gesetz zur Geltung brachte.[329]

Wer von den Eltern nach einer Scheidung das Sorgerecht erhielt, war unter anderem davon abhängig, welcher Ehegatte die Zerrüttung der Ehe verschuldet hatte (§ 74 Abs. 4 EheG). Die Gerichte hatten diesen Umstand zu berücksichtigen und abzuwägen mit möglichen Kindeswohlaspekten. Während das Oberlandesgericht Hamm[330] und das Oberlandesgericht Freiburg[331] dem Kindeswohl eine größere Bedeutung zusprechen wollten, hat der BGH die Ansicht vertreten, dass der Gesetzgeber dem Schuldspruch zentrales Gewicht beigemessen habe, weshalb dieser Aspekt schwerer wiege.[332] Das zeigte sich auch in weiteren Judikaten. Der Senat hob eine Entscheidung eines Landgerichts auf, das ein Kind bei der schuldig geschiedenen Mutter lassen wollte. Dass der Vater Selbstmordabsichten geäußert, die Familie verlassen und danach sich nicht um das Kind gekümmert habe, reichte genauso wenig wie die Tatsache, dass er das Kind in der Zukunft großenteils von seiner Schwester erziehen lassen wollte.[333] Und den Kontinuitätsgesichtspunkt, den das Landgericht angeführt hatte, spielte der Senat herunter. Der Berichterstatter fügte handschriftlich in den Urteilsentwurf ein, dass wegen des Schuldausspruchs die Frage „nicht zu überprüfen“ sei.[334] In einem anderen Fall lebte das Kind seit der Geburt bei der Mutter, der Vater kam aus der Kriegsgefangenschaft zurück und verlangte das Kind heraus, weil die Frau die Scheidung verschuldet hatte. Das Kind sollte wie im vorherigen Fall von der Schwester des Vaters erzogen werden. Das Landgericht hatte zugunsten der Mutter entschieden, auch diese Entscheidung wurde vom BGH aufgehoben und zurückverwiesen.[335]

Die Tendenz, über das Kindeswohl hinwegzusehen, weil den Elternrechten Vorrang eingeräumt wird, kommt in weiteren Entscheidungen zum Ausdruck, etwa wenn ein Vater sein Kind, das schon jahrelang bei einer Pflegefamilie lebte, nach der Schule „abfing“ und der Senat rein formal nach dem Sorgerecht urteilte, ohne das Kindeswohl zu berücksichtigen.[336] Erst wenn eine Kindeswohlgefährdung (§ 1666 BGB) vorliege, habe der Staat einzugreifen. In diese Linie reiht sich schließlich ein Urteil des Senats aus dem Jahr 1960 ein, mit dem ein elterlicher Vergleich im Streit stand:[337] Ein gemeinsamer Vorschlag der verheirateten Eltern war für die Zuteilung des Sorgerechts nach Scheidung bindend (§ 1671 Abs. 2 BGB aF). Nun hatten die Eltern einen

329 In der konkreten Entscheidung v. 13.7.1959 (IV ZR 23/59 (BGHZ 30, 306), führte dies allerdings dazu, dass ein Kindesannahmevertag unwirksam war, weil die Mutter des Kindes den Vertrag nicht mit abgeschlossen, sondern nur nachträglich genehmigt hatte.
330 OLG Hamm, in: *MDR* (1948), S. 217.
331 OLG Freiburg, in: *DRiZ* (1950), S. 207.
332 BGH v. 3.7.1951 – IV ZB 18/51 (BGHZ 3, 52).
333 BGH v. 3.7.1951 – IV ZB 18/51 (BGHZ 3, 52, 61 ff.).
334 BGH v. 3.7.1951 – IV ZB 18/51 (BGHZ 3, 52); Entwurf des Urteils in: BA, B 283/53015, Bl. 12).
335 BGH v. 7.7.1952 – IV ZB 5/52.
336 BGH v. 21.5.1954 – IV ZB 8/54.
337 BGH v. 29.6.1960 – IV ZB 71/60 (BGHZ 33, 54).

Vergleich geschlossen, in dem finanzielle Zugeständnisse des Mannes an die Frau (und Mutter) gemacht worden waren und die elterliche Gewalt (wie es damals hieß) beim Vater sein sollte (als Gegenleistung?). Später rückte die Mutter allerdings von diesem Vergleich ab, insoweit bestand bei der Vorlage an das Vormundschaftsgericht (zur Genehmigung der Sorgerechtsentscheidung) keine Einigkeit der Eltern mehr. Während das Oberlandesgericht Schleswig-Holstein in einem solchen Fall eine gerichtliche Prüfung unter Berücksichtigung des Kindeswohls verlangte, stellte sich der BGH auf den sehr formalen Standpunkt, dass der einmal geschlossene Vergleich nicht einseitig widerrufen werden könne.[338] Eine inhaltliche Prüfung, ob die Sorgerechtsvereinbarung dem Kindeswohl entspreche, sei nicht angezeigt. Wenn der Senat auch hier wieder damit argumentierte, er sei ja an das Gesetz gebunden, überzeugt dies nicht ganz, denn bei Uneinigkeit der Eltern rückte das Gesetz ja durchaus das Kindeswohl in den Vordergrund. Die Ausschaltung dieses Aspekts ist dem Gesetz für den konkreten Fall so eindeutig nicht zu entnehmen. Aber das Ergebnis entspricht der grundsätzlichen Linie des Senats, in den ehelichen Bereich möglichst wenig einzugreifen. Die gegenteiligen Ansätze der Vorinstanzen, die das Kindeswohl stärker gewichten wollten, zeigen, dass die Haltung des BGH nicht allein mit dem Zeitgeist zu erklären ist. Im innerfamiliären Streit wuchs erst allmählich das Verständnis für die Bedeutung des Kindeswohls in der Rechtsprechung des BGH-Familiensenats. Immerhin: Bei einer Meinungsverschiedenheit der Eltern (über den Aufenthalt) habe das Vormundschaftsrecht zu entscheiden[339] und dabei nicht auf das Verschulden der Eltern abzustellen, sondern auf das Kindeswohl.[340]

In anderen Fragen gab es durchaus Ansätze zur Berücksichtigung des Kindeswohls, aber eben nicht bei verheirateten Paaren. So wurde schon im Jahr 1956 klargestellt, dass ein Eingriff in das Sorgerecht (§ 1666 BGB) nicht dazu dienen dürfe, einen Elternteil (im konkreten Fall die „nichteheliche“ Mutter) für ihr Fehlverhalten zu strafen.[341] Es sei kein Fall einer Sorgerechtsverletzung,[342] wenn sich die Mutter formal über eine Entscheidung des Jugendamtes hinwegsetzte, sondern es müsse konkret in diesem Verhalten auch das Wohl des Kindes beeinträchtigt sein.[343] Nun ging es in dieser Frage nicht um einen Streit zwischen den Eltern, sondern um das Verhältnis zum Jugendamt, und hier setzte sich die Auffassung vom Vorrang der Familie durch. Und der Anspruch des Vaters gegenüber der sogenannten unehelichen Mutter auf Herausgabe des Kindes (gem. § 1632 Abs. 2 BGB) wurde im Jahr 1963 unter eine Missbrauchskontrolle gestellt, bei der das entscheidende Kriterium das Kindeswohl sein sollte.[344]

338 BGH v. 29.6.1960 – IV ZR 71/60 (BGHZ 33, 54) und v. 13.7.1960 – IV ZR 84/60.
339 In analoger Anwendung der §§ 1797, 1798 BGB aF.
340 BGH v. 2.5.1956 – IV ZB 40/56.
341 BGH v. 14.7.1956 – IV ZB 32/56 (*FamRZ* (1956), S. 350).
342 § 1666 BGB.
343 BGH v. 14.7.1956 – IV ZR 32/56, S. 7 f.
344 BGH v. 22.5.1963 – IV ZR 224/62 (BGHZ 40, 1, 11).

Die Gefahr einer möglichen Entwurzelung des Kindes durch die Trennung von seiner Mutter sei genau zu prüfen, was bei Ehepaaren so konsequent nicht umgesetzt wurde.

Fälle zur Emanzipation Jugendlicher sind in dieser Zeit noch selten. Erstmals wurde 1958 bei der Einwilligung in eine Operation eines Minderjährigen problematisiert, inwieweit der Betroffene selbst in eine solche Maßnahme einwilligen kann. In dem konkreten Fall wurde ein 20-Jähriger trotz fehlender Volljährigkeit[345] für einwilligungsberechtigt angesehen.[346] Allerdings ging es in diesem Fall (noch) nicht um einen Konflikt des Jugendlichen mit der Entscheidungskompetenz der Eltern. Deren Einwilligung konnte in diesem Fall aus tatsächlichen Gründen nicht eingeholt werden,[347] und nur deshalb wurde ihm selbst die Entscheidung überlassen. Immerhin hatte das Gericht nunmehr die Einsichtsfähigkeit Jugendlicher als Kategorie unterhalb der Volljährigkeit etabliert, womit die Emanzipation Heranwachsender im rechtlichen Bereich einen großen Schritt nach vorn getan hat. Ebenfalls Mitte der 1950er Jahre beantragte eine minderjährige junge Frau, die elterliche Einwilligung in ihre Eheschließung durch das Gericht zu ersetzen. Denn der Vater der schwangeren Verlobten verweigerte aus religiösen Gründen seine Einwilligung, weil er wollte, dass das erwartete Enkelkind katholisch erzogen werde. Auf den Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) gestützt, hat der BGH eine Zweckmäßigkeitskontrolle abgelehnt; stattdessen müsse, so die Formulierung des Berichterstatters Walther Ascher,[348] auf die objektiven Interessen der Minderjährigen und ihrer Familie abgestellt werden.[349] Dazu gehöre der Aspekt, dass ein Kind ehelich geboren wird.[350] Und hinsichtlich der Religionsfrage gehe die Haltung der minderjährigen Mutter der des Großvaters vor.[351] Daher wurde die Eheschließung entgegen dem väterlichen Veto gebilligt.

3.6 Adoption

Für die Adoption galt bis 1977 noch das Vertragsprinzip, sie kam also zustande durch einen Vertrag der oder des Annehmenden mit der anzunehmenden Person.[352] Auch die Funktion der Kindesannahme war in den ersten Jahrzehnten des 20. Jahrhunderts

345 Das Volljährigkeitsalter lag damals bei 21 Jahren.

346 BGH v. 5.12.1958 – VI ZR 266/57 (BGHZ 29, 33).

347 Die Frage, ob der einsichtsfähige Minderjährige sich gegen seine Eltern durchsetzen kann, wurde daher offengelassen.

348 BA, B 283/53046.

349 BGH v. 25.9.1956 – IV ZB 96/56 (BGHZ 21, 340).

350 BGH v. 25.9.1956 – IV ZB 96/56 (BGHZ 21, 349).

351 Das OLG Frankfurt hatte die elterliche Einwilligung nur bei Willkür ersetzen wollen (das Urteil befindet sich in: BA, B 283/53046, Bl. 2 ff.). Der BGH verwies auf § 5 RelKG.

352 Eine Inkognito-Adoption wurde vom Familiensenat anerkannt; es musste allerdings eine Einwilligung in ein konkretes Annahmeverhältnis erfolgen, eine reine Blankozustimmung war nicht zulässig (BGH v. 14.6.1951 – IV ZR 42/50 (BGHZ 2, 287)).

eine andere als heute; sie war vor allem dadurch motiviert, kinderlosen Paaren zu einem Versorger im Alter zu verhelfen. Dieser gesellschaftliche Aspekt schlug sich auch im Gesetz nieder: Der Annehmende durfte keine eigenen ehelichen Kinder haben (§ 1741 BGB aF)[353] und musste das 50. Lebensjahr (!) vollendet haben (§ 1744 BGB aF).[354] Der Sinn dieser Altersregelung bestand darin, dass die Adoptiveltern in einem Alter sein sollten, in dem „[...] die Wahrscheinlichkeit der Erzeugung eigener Kinder geringer“ ist.[355] Der Gesetzgeber wollte verhindern, dass leibliche und Adoptivkinder miteinander „konkurrieren“ und die Adoptivkinder hinter die leiblichen Abkömmlinge zurückgesetzt werden.[356] Er hatte in erster Linie die Interessen der Annehmenden im Blick, weniger die Fürsorge zugunsten der anzunehmenden Kinder.[357] Eine Befreiung von diesem Alterserfordernis war möglich,[358] ohne eine solche war die Adoption jedoch unwirksam.[359] Immerhin konnten Verfahrensmängel geheilt werden.[360] Das warf in einem konkreten Fall Mitte der 1950er Jahre das Problem auf, wie ein von einem Ehepaar gemeinsam abgeschlossener Adoptionsvertrag zu bewerten ist, wenn einer der beiden Annehmenden vor der gerichtlichen Befreiung vom Alterserfordernis verstirbt und damit die gemeinsame Kindesannahme unwirksam war. Der BGH hat den Vertrag als Einzeladoption aufrechterhalten (gem. § 139 BGB)[361] und in seiner Begründung auf den früheren Willen der erwachsenen Beteiligten abgestellt, allerdings dem aktuellen Willen der Adoptivmutter, die den Vertrag nunmehr ablehnte, nicht entsprochen.[362] Im Ergebnis löst sich die Entscheidung ein wenig vom Vertragsgedanken und geht schon in Richtung des später eingeführten Dekretsystems, wonach die Kindesannahme durch eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt wird.[363]

Der Annahmevertrag bedurfte der gerichtlichen Genehmigung, die versagt wurde, als eine gebrechliche Frau, die von ihrem verstorbenen Mann einen Erbhof geerbt hatte, eine Nichte adoptieren wollte, um diese für ihre Pflegedienste zu entlohnen.[364]

---

353 Zur Befreiung: BGH v. 15.12.1956 – IV ZR 159/56.

354 Diese 50-Jahresregelung war bereits im Entwurf Plancks enthalten gewesen (§ 414 – Vorentwürfe der Redaktoren, Familienrecht, Bd. 1, S. 89).

355 So die Motive zum BGB, Bd. 4, S. 960; s. a. Staudinger/Engelmann, BGB-Kommentar, § 1744 Anm. 1. Das gemeine Recht hatte sogar eine 60-Jahresgrenze gekannt.

356 Deshalb dufte nicht adoptieren, wer eigene eheliche Abkömmlinge hat (§ 1741 BGB aF).

357 So auch Neukirchen, Die rechtshistorische Entwicklung, S. 94.

358 § 1745 BGB (aF). Zuständig für die Befreiung waren nicht die Gerichte, sondern die Landesbehörden, in den meisten Ländern der Justizminister. Zu prüfen waren in einem solchen Fall die individuellen Verhältnisse, s. Neukirchen, Die rechtshistorische Entwicklung, S. 95. In den Vorkriegsjahren war eine solche Befreiung in der Praxis häufig gewährt worden.

359 BGH v. 7.5.1951 – IV ZR 3/51 (BGHZ 2, 62).

360 BGH v. 14.7.1953 - IV ZR 54/53. Die Heilung betraf einen Vertretungsfall, in dem ein Notariatsinspektor das Jugendamt vertreten hatte (Heilung des Verstoßes gegen § 1750 Abs. 2 aF BGB).

361 BGH v. 29.5.1957 – IV ZR 13/57 (BGHZ 24, 345).

362 BA, B 283/49250. Die Begründung geht auf Kurt Wüstenberg zurück.

363 Diese Änderung erfolgte mit dem ersten Eherechtsreform-Gesetz v. 14.6.1976 (BGBl I, 1421).

364 BGH v. 14.1.1957 – IV ZB 113/56.

Im Mittelpunkt der Entscheidung stand das Gesetz zur Bekämpfung des Missbrauchs im Adoptionswesen von 1933,[365] mit dem die Nationalsozialisten vor allem gegen reine Namensadoptionen hatten vorgehen wollen. Der Familiensenat erkannte zwar, dass das Gesetz auch der nationalsozialistischen Ideologie gedient hatte, sah aber die Tendenz, gewissen „Machenschaften" (gemeint war die Namensehe) entgegenzutreten, als älter an. Entscheidend sei, dass „die Norm zu vernünftigen und brauchbaren und sittlich zu rechtfertigenden Ergebnissen führt". Im konkreten Fall sei das Eltern-Kind-Verhältnis „nicht der eigentliche Anlass" der Kindesannahme gewesen, sondern der Versorgungsaspekt; die Genehmigung wurde daher vom Familiensenat verweigert. Nicht gewürdigt wurde, dass – anders als bei den vom Gesetzgeber intendierten Fallgruppen – eine enge Beziehung zwischen den beiden bestand und der vom Gericht gezogene Vergleich mit dem Missbrauch einer Namensehe doch sehr hinkt.

Die Fragilität des Vertragssystems zeigt sich daran, dass immer wieder versucht wurde, die Kindesannahme rückgängig zu machen, weil sich die mit ihr verbundenen Erwartungen nicht erfüllt hatten. Zwar wurde 1951 ein Widerruf der Einwilligung einer Mutter abgewiesen,[366] andererseits hat der Senat zwei Jahre später die Anfechtung einer Mutter für ihre Einwilligung in die Adoption ihres Kindes zugelassen; sie gab an, darüber getäuscht worden zu sein, dass das Kind im katholischen Glauben erzogen werde.[367] Und die fehlende Zustimmung der Ehefrau des annehmenden Mannes führte zur Nichtigkeit der Adoption,[368] was noch einmal verdeutlicht, wie unsicher die Situation für ein adoptiertes Kind sein konnte.

3.7 Vormundschaft/Pflegschaft

Das Vormundschaftsrecht war seit dem Inkrafttreten des BGB noch jahrzehntelang paternalistisch geprägt, was sich im Gesetz etwa bei der absolut wirkenden Entmündigung zeigte und in der Rechtsprechung bei der Beweislast verstärkt wurde: Der Antrag auf Aufhebung einer Entmündigung hatte nur Erfolg, wenn feststand, dass kein Entmündigungsgrund vorlag, wofür der Betroffene beweispflichtig war. „Der Schutz des Entmündigten und die Rechtssicherheit erfordern es," so der BGH.[369] Ein weiteres Beispiel für diese paternalistische Haltung ist das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der sogenannten Zwangspflegschaft. Eine solche Pflegschaft wurde gegen den Willen des Betroffenen für zulässig gehalten, wenn eine Verständigung mit ihm nicht

365 Gesetz v. 23.11.1933 (Begründung in DJ 1933, 765).
366 BGH v. 29.1.1951 – IV ZR 53/50.
367 BGH v. 14.7.1953 – IV ZR 54/53.
368 BGH v. 23.11.1962 – IV ZR 24/62. Eine konkludente Genehmigung wurde abgelehnt.
369 BGH v. 25.3.1959 – IV ZR 252/58.

möglich war.[370] Der Familiensenat hatte im Jahre 1954 im Anschluss an das Reichsgericht[371] dessen Linie fortgeführt und überdies ein Beschwerderecht einer geschäftsunfähigen Person gegen die Anordnung einer Zwangspflegschaft abgelehnt.[372] Die Gegenansicht des vorlegenden Oberlandesgericht Braunschweig, wonach das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 2 GG es gebiete,[373] ein solches Beschwerderecht anzuerkennen,[374] wurde vom BGH verworfen, da eine geschäftsunfähige Person aufgrund ihrer Geisteskrankheit angeblich an der freien Entfaltung der Persönlichkeit gehindert sei, womit das Gericht die bürgerlich-rechtliche „Entmündigung" sogar in den Grundrechtsbereich ausdehnte.[375]

Die Auffassung, dass die staatliche Aufsichtspflicht den Individualrechten vorgeht, weil die Maßnahmen ja „nur" dem Wohle der Betroffenen dienen, zeigte sich auch im Verfahrensrecht in Fürsorgeerziehungssachen. Während das Hanseatische Oberlandesgericht eine Anhörung eines Betroffenen oder zumindest seiner Eltern bei einer einstweiligen Maßnahme für notwendig hielt, lehnte der BGH auch dies ab, da der Schutz des Minderjährigen vor Verwahrlosung den Vorrang genieße vor dem Schutz gegenüber dem Eingriff in Persönlichkeitsrechte.[376]

Im Jahr 1961 erfolgte in diesem Punkt allerdings eine Kehrtwende; nunmehr erkannte der Senat ein Beschwerderecht des Betroffenen, der sich gegen eine Zwangspflegschaft zur Wehr setzt, trotz bestehender Geschäftsunfähigkeit an.[377] Zwar hat das Gericht weiterhin einen Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) verneint,[378] ein selbständiges Abwehrrecht aber aus dem Grundsatz der Menschenwürde abgeleitet.[379] Diese Entscheidung war wegweisend in verfahrensrechtlicher Hinsicht, aber auch, weil sie einem natürlichen Willen rechtliche Bedeutung zusprach, was später in einzelnen Fällen gesetzlich Anerkennung finden sollte.[380]

Ein ähnlicher Wandel der Rechtsprechung vollzog sich im Rahmen der Unterbringung Pflegebefohlener, für die in den 1950er Jahren noch allein Fürsorgegesichtspunkte maßgeblich waren. In einer strafrechtlichen Entscheidung wurde die Einschließung

370 Dieses Rechtsinstitut konnte sich in der Praxis als Ersatz zur Entmündigung etablieren, indem eine fehlende Verständigungsmöglichkeit sehr schnell angenommen wurde, obwohl § 1910 Abs. 3 BGB aF, auf den sich die Rechtsprechung stützte, dies nicht konkret regelte (BGH v. 22.3.1961 – IV ZB 308/60, BGHZ 35, 1, 7 f.). Zur Entwicklung: Roth, Historisch-kritischer Kommentar, S. 1523 ff.

371 RG v. 25.10.1934 – IV B 55/34 (RGZ 145, 284 f.).

372 BGH v. 26.11.1954 – IV ZB 47/54 (BGHZ 15, 262).

373 Das OLG hatte sich auf eine entsprechende Auffassung Jellineks berufen.

374 Zum Urteil des OLG, s. BA, B 283/53032.

375 Berichterstatter war August Raske (BA, B 283/53032).

376 BGH v. 13.7.1953 – IV ZB 57/53, S. 5.

377 BGH v. 22.3.1961 – IV ZB 308/60 (BGHZ 35, 1).

378 BGH v. 22.3.1961 – IV ZB 308/60 (BGHZ 35, 1, 7).

379 BGH v. 22.3.1961 – IV ZB 308/60 (BGHZ 35, 1, 8 f.). Zusätzlich wurde der Grundsatz der Gewährung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) angeführt.

380 Der Gesetzgeber des Betreuungsrechts hat dies für den Fall einer Sterilisation in § 1905 Abs. 1 Nr. 1 BGB aF (heute § 1827 BGB) ausdrücklich anerkannt.

Pflegebedürftiger (durch Familienangehörige) bewertet „weniger als Eingriff in die persönliche Freiheit denn als Akt familiärer Fürsorge.“[381]

In dieser Zeit war ein Pfleger für befugt angesehen worden, den Betroffenen gegen seinen Willen unterzubringen, und zwar unabhängig von dessen Geschäftsfähigkeit.[382] Erst im April 1967 wurde diese Auffassung vom Familiensenat modifiziert:[383] Eine an Schizophrenie leidende Frau könne nicht untergebracht werden, wenn sie noch geschäftsfähig sei und der Maßnahme widerspreche.[384] Berichterstatter August Raske hatte damit argumentiert, dass beim Pfleger – anders als beim Vormund – ein besonderes Gewaltverhältnis fehle.[385] Auch wenn dies nach heutigem Maßstab nicht die passende Begründung ist, wurde durch das Urteil die Patientenautonomie gestärkt und das autoritative Verständnis des Pflegschaftsverhältnisses ein wenig gemäßigt. Allerdings wurde in dieser Entscheidung dem natürlichen Willen Geschäftsunfähiger weiterhin eine Wirkung abgesprochen, so dass für den hier in den Blick genommenen Zeitraum nur punktuelle Durchbrechungen eines grundsätzlich immer noch paternalistischen Vormundschaftsrechts zu verzeichnen sind.

3.8 Das Erbrecht

3.8.1 Altfälle

Gerade erbrechtliche Gerichtsentscheidungen haben oft lange zurückliegende Sachverhalte zum Gegenstand, so dass es unvermeidlich ist, wenn in einschlägigen Urteilen der 1950er Jahre immer wieder die NS-Zeit aufscheint und an die schrecklichen Ereignisse dieser Zeit erinnert. Das war so bei der Erbnachfolge eines deutschen Juden, der 1942 Suizid begangen[386] und zuvor seinen Bruder und einen Freund zu Erben eingesetzt hatte.[387] Denn er war fest davon ausgegangen, dass Frau und Kinder, die in die USA ausgewandert waren, niemals seinen im nationalsozialistischen Deutschland gelegenen Besitz würden erlangen können. In der Sache ging es zum einen um die Frage, ob die Angehörigen das Testament des Erblassers anfechten können, zum anderen, ob das Anfechtungsrecht des BGB (§ 2078 BGB) durch das Rückerstattungsrecht ausgeschlossen wird. Der BGH hat die Zulässigkeit einer Anfechtung anerkannt und

381 BGH v. 16.6.1959 – 1 StR 191/59 (BGHSt 13, 197, 201). Das Gericht argumentierte mit der Notwendigkeit der Einsperrung, weil die Alternative ständiger Aufsicht für die Familie nicht praktizierbar sei. Dies sei daher auch ohne behördliche Billigung gerechtfertigt.

382 BayObLG Z 1961, 332.

383 BGH v. 28.4.1967 – IV ZB 448/66 (BGHZ 48, 147).

384 BGH v. 28.4.1967 – IV ZB 448/66 (BGHZ 48, 147, 157).

385 BA, B 283/53289.

386 BGH v. 14.7.1953 – IV ZB 38/53.

387 Beide sind wenig später ihrerseits (1942 und 1945) verstorben, so dass ihre Erben an ihre Stelle getreten wären.

eine mögliche Erfolgsaussicht für diese gesehen, weil die Nürnberger Gesetze von 1935 durchaus eine widerrechtliche Drohung darstellen könnten, die einen Erblasser hätte beeinflussen können.[388]

Fast ein wenig makaber wirken die Verfahren, in denen Todeserklärungen nach dem VerschG eine Rolle spielten: Zwei Brüder, die in der NS-Zeit in die USA geflohen waren, hatten in den 1950er Jahren einen Erbschein nach ihrer verstorbenen jüdischen Mutter beantragt.[389] Diese war ins Konzentrationslager deportiert und für tot erklärt worden. Insoweit wurde ein – fiktiver – Todeszeitpunkt festgelegt. Es hatte aber ein dritter, ehemals verheirateter Sohn existiert, der ebenfalls wahrscheinlich in diesem Konzentrationslager ermordet worden war. Damit stellte sich die Frage, ob für ihn derselbe Todeszeitpunkt wie für die Mutter galt oder ein anderer Zeitpunkt mit der Folge, dass er seine Mutter beerbt und nach seinem fiktiv späteren Tod seine Witwe diesen Anteil geerbt hatte oder ob die beiden anderen Brüder die Alleinerben waren; eine Entscheidung, für die man ein Gericht nicht beneidet. Das gilt genauso für folgenden Fall: Eine Frau war im Juni 1945 gestorben, zu diesem Zeitpunkt war ihr Mann, der im Krieg in Rumänien an der Front gewesen war, verschollen. Seine Brüder, die ihn beerbten, machten geltend, dass er seine verstorbene Ehefrau beerbt habe, weil sie vorher gestorben sei. Dafür kam es auf dessen Todeszeitpunkt an. Das Landesgericht hatte für den Verschollenen als Todeszeitpunkt den 31. August 1944 angenommen, weil zu diesem Zeitpunkt schwere Kämpfe in Rumänien stattgefunden hatten, die Kläger beantragten, den 31. Dezember 1945 festzusetzen. Der BGH hat die Entscheidung des Oberlandesgerichts, das auf den 31. Mai 1945 abgestellt hatte, gehalten.[390] Damit hatte die Frau ihren Mann beerbt und nicht umgekehrt.

Statistisch machten die erbrechtlichen Verfahren in den ersten Jahren knapp 15 Prozent der Entscheidungen des IV. Senats aus. Es ging oft um Beweisfragen im Rahmen eines Streits um die Testierfähigkeit des jeweiligen Erblassers,[391] um Erbauseinandersetzungen[392] oder um die Testamentsauslegung.[393] Gerade bei der Auslegung konnten dann auch wieder sittliche Wertungen einfließen, etwa im Rahmen der ergänzenden Auslegung angesichts der Frage, ob der in Frankreich gefallene Erblasser seine Frau auch eingesetzt haben würde, wenn er von einem Ehebruch ihrerseits

388 Der Senat hat das Verfahren an das Kammergericht zurückverwiesen.

389 BGH v. 9.3.1960 – IV ZR 166/59.

390 BGH v. 20.3.1953 – IV ZB 6/53 (BGHZ 9, 135).

391 Allein aus dem ersten Jahr: BGH v. 19.2.1951 – IV ZR 16/50; BGH v. 12.4.1951 – IV ZR 22/50; BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 121/50; BGH v. 4.10.1951 – IV ZR 28/51. Häufig hatte der BGH in diesen Verfahren auch die Rolle des Sachverständigen zu klären (dazu unten).

392 Allein aus den beiden ersten Jahren: BGH v. 29.1.1951 – IV ZR 170/50; BGH v. 28.6.1951 – IV ZR 128/50; BGH v. 19.9.1951 – IV ZR 49/51; zwei Entscheidungen BGH v. 21.9.1951 – ZB 45/51 und 55/51; BGH v. 7.4.1952 – IV ZR 35/51; BGH v. 21.4.1952 – IV ZR 142/51; BGH v. 24.4.1952 – IV ZR 190/51.

393 BGH v. 14.6.1951 – IV ZR 84/50; BGH v. 11.10.1951 – IV ZR 17/50; BGH v. 3.4.1952 – IV ZR 128/51; Klargestellt wurde, dass im Rahmen der Testamentsanfechtung eines notariellen Testaments nicht die Vorstellung des Notars, sondern die des Erblassers maßgeblich ist (BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 17/51).

Kenntnis gehabt hätte. Der BGH meinte – in gewisser Hinsicht symptomatisch für seine Einstellung, „ein normal empfindender Mann hätte die Ehefrau, wenn er das gewusst hätte, nicht eingesetzt.“[394]

Einige Verfahren hatten nicht auffindbare Testamente zum Gegenstand.[395] In einem derartigen Fall war geltend gemacht worden, der Erblasser habe zu Lebzeiten den ihm bekannten Verlust des Testaments gebilligt, woraus die Begründung der Revision (in Übereinstimmung mit einem Teil der Literatur) glaubte, einen Widerruf herleiten zu können. Der BGH hat dies zurückgewiesen mit der nachvollziehbaren Begründung, dass das Gesetz mit seinen Formvorschriften und den Voraussetzungen eines Widerrufs den Schutz vor Übereilung bezwecke, weshalb ein reiner Wille, der sich nirgendwo formell niedergeschlagen hat, für einen Widerruf nicht ausreichend sei.[396]

3.8.2 Unsittliche Testamente

Auch im Erbrecht hat der Senat – wie im Familienrecht – sittliche Überlegungen angestellt, um mit ihnen in Verfügungen von Todes wegen einzugreifen und die Testierfreiheit zurückzudrängen. Dies geschah vor allem in den Urteilen zum sogenannten „Mätressen“-Testament, bei dem ein Ehegatte seinen Ehepartner (oder seine Abkömmlinge) enterbt und seinen neuen Lebenspartner zum Erben einsetzt. Geradezu klischeehaft ist der Fall, in dem der Erblasser die Haushälterin zur Geliebten und dann zur Erbin erwählt.[397] In den 1950er und 1960er Jahren wurde eine solche Verfügung von Todes wegen oft für sittenwidrig gehalten.[398] Eine Ausnahme machten die Richter, wenn der Erblasser eine neue Beziehung einging, nachdem seine Ehe bereits zerrüttet war und das (neue) Testament (zugunsten der neuen Partnerin) erst nach längerer Trennung von der Ehefrau erfolgte.[399] Auch das Testament, mit dem ein Mann dem Kind, das er mit seiner Geliebten – seine Sekretärin – gezeugt hatte, ein Vermächtnis in Form einer Unterhaltszahlung zukommen ließ, könne rechtmäßig sein.[400] Letztlich wurde eine Ausnahme von der Sittenwidrigkeit angenommen, wenn der Erblasser beachtliche Gründe für sein Handeln hatte, etwa weil die begünstigte Person ihm „wertvolle Dienste“ geleistet hatte.[401] Bei einem 74-jährigen Erblasser, der seine Geschwister

394 BGH v. 29.5.1952 – IV ZR 158/51.
395 Beispiel: BGH v. 27.10.1956 – IV ZR 102/56: Testament aus 1933.
396 BGH v. 10.5.1951 – IV ZR 12/50, S. 11.
397 BGH v. 25.5.1955 – IV ZR 282/54.
398 BGH v. 15.2.1956 – IV ZR 294/55 (BGHZ 20, 71=*NJW* (1956), S. 865), auch für den Fall, dass der Zuwendende die Geliebte später heiratet; BGH LM 138 Cd Nr. 2, Nr. 11; BGH v. 15.6.1955 – IV ZR 80/55 (*FamRZ* (1963), S. 287).
399 BGH v. 29.5.1952 – IV ZR 191/51; ähnlich: BGH v. 30.11.1955 – IV ZR 110/55.
400 BGH v. 6.5.1954 – IV ZR 53/54.
401 So die Formulierung in BGH v. 6.5.1954 – IV ZR 53/54, S. 7.

enterbt und seine Haushälterin eingesetzt hatte, wurde zugunsten der Wirksamkeit des Testaments angeführt: „die geschlechtlichen Beziehungen stehen nicht im Vordergrund.“[402]

Die erforderliche Gesamtabwägung konnte kompliziert werden: Ein Mann hatte eine Frau kennengelernt, die ihn unterstützt hatte („Hilfeleistung in den Unbillen des Krieges“) und mit der er getrennt von seiner Ehefrau zusammenlebte.[403] Ob es zu geschlechtlichen Beziehungen gekommen war, blieb offen. Die Enterbung der Ehefrau sei jedenfalls, so der Senat, nicht zu beanstanden.[404] Etwas anderes gelte für die Zurücksetzung der Töchter.

> Es lässt sich mit den guten Sitten nicht vereinbaren, dass die familienfremde Beklagte die gesamte Einrichtung einschließlich der Kleidung und Wäsche des Erblassers erhält. Es wäre nichts dagegen einzuwenden gewesen, wenn der Erblasser der Beklagten Einrichtungsgegenstände für ihre Wohnung in begrenzten Umfang hätte zukommen lassen, dass sie jedoch den ganzen Hausrat erhalten soll, wie auch die Kleidung und Wäsche, lässt sich nicht rechtfertigen. Es muss die Familienangehörigen des Erblassers in hohem Maße kränken, wenn sie, die der Natur der Dinge nach die nächsten sind, die Sachen zu übernehmen, diese ohne Einschränkung der Beklagten überlassen müssen.[405]

Die Ausführungen dieses 30 Seiten langen Urteils kreisen um die Frage, was konkret der gerechtfertigte Inhalt des Testaments gewesen wäre, womit wieder dem Drang der Richter, eine objektiv für gerecht empfundene Lösung durchzusetzen, nachgegeben wird. In einem ähnlichen Fall, in dem das Berufungsgericht eine tiefe Verbundenheit des Erblassers mit seiner neuen Lebensgefährtin feststellte und die Erbeinsetzung nach dem Tod der Ehefrau erfolgt war, meinte der Senat, dass gleichwohl ein Makel bleibe, der die völlige Zurücksetzung der Töchter nicht rechtfertige, denn das Testament würde durch seine

> wirtschaftlichen Auswirkungen, die geeignet waren, die Erinnerung im Kreise der Verwandten, insbesondere bei den beiden Töchtern des Erblassers in bedenklicher Weise immer wieder wachzurufen.[406]

Es wird dann eine Inhaltskontrolle vorgenommen, die Erbschaft mit den geleisteten Diensten und dem Pflichtteil verglichen und als Ergebnis einer komplizierten Rechnung eine Erbschaft von 1/3 für gerechtfertigt gehalten. Letztlich errichtet der Senat selbst ein neues Testament! Und in einer Entscheidung aus dem Jahre 1955, die erstaunlicherweise erst 1963 abgedruckt wurde,[407] hat der Senat ebenfalls eine Teilnichtigkeit des Geliebtentestamentes angenommen, obwohl den Erblasser eine „innere

402 BGH v. 29.1.1958 – IV ZR 251/57.
403 BGH v. 6.5.1954 – IV ZR 53/54, S. 18 ff.
404 BGH v. 6.5.1954 – IV ZR 53/54, S. 22.
405 BGH v. 6.5.1954 – IV ZR 53/54, S. 26.
406 BGH v. 15.6.1955 – IV ZR 80/55, S. 8.
407 BGH v. 15.6.1955 – IV ZR 80/55 (*FamRZ* (1963), S. 287).

Verbundenheit“ mit der eingesetzten Frau verband. Der Herausgeber *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, der Bonner Hochschullehrer Wilhelm Bosch, meinte, das Urteil abdrucken zu müssen, weil hier ein materielles Not-Erbrecht konstruiert worden sei.[408]

Auch nach dem Tode der Ehefrau konnte die Einsetzung der Verlobten als sittenwidrig eingestuft werden, denn die Wertung könne „nicht losgelöst von seinem Gesamtverhalten gegenüber seinen Kindern“ vorgenommen werden.[409] Der Erblasser hatte sich nicht um seine minderjährigen Kinder gekümmert und diese in einem Waisenhaus untergebracht. Wenn dieses Verhalten vom BGH „verantwortungslos“ genannt wird und, so die Richter, gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt, so mag man dem folgen, doch erschließt sich nicht unmittelbar, inwieweit diese Wertung die Wirksamkeit des Testaments beeinflusst. Denn die Familie wird ja bekanntlich durch das Pflichtteilsrecht geschützt. Es war die unredliche Gesinnung, die der ausschlaggebende Faktor war.[410] Noch im Jahr 1968 wurde die letztwillige Zuwendung eines Junggesellen an seine – verheiratete – Freundin für unwirksam erklärt, obwohl dieser seine Schwester als Alleinerbin eingesetzt hatte und der Geliebten nur ein Vermächtnis zugewandt hatte.[411] Erst im Jahr 1970 wurde eine leichte Änderung der Rechtsprechung durch den BGH vollzogen, indem er nunmehr vor allem auf den Beweggrund einer Entlohnung für die sexuelle Beziehung abstellte.[412]

Eine zweite Kategorie, in der heute noch sittliche Überlegungen angestellt werden, bilden die Fälle des Versuchs einer Einflussnahme auf die Lebenden durch eine Verfügung von Todes wegen, mitunter bezeichnet als die „Herrschaft der kalten Hand aus dem Grab.“ Während in der aktuellen Diskussion bei dieser Kategorie der Druck, den der Erblasser ausübt, als maßgeblich diskutiert wird, weil damit unzulässig auf die Lebensführung anderer Personen Einfluss ausgeübt werde, verfolgte der Senat damals einen anderen Ansatz: Eine Verfügung sei sittenwidrig, wenn in ihr „eine unredliche Gesinnung zum Ausdruck kommt.“[413] Als ein Erblasser seine Söhne unter der Bedingung einsetzte, dass sie sich von ihren Frauen scheiden ließen, hielt der Senat die Verfügung nicht für sittenwidrig,[414] weil die Schwiegertöchter untreu gewesen waren. Die „Familienschande“ gerade im ländlichen Raum rechtfertige die Verfügung. Auch die Enterbung eines Abkömmlings wegen dessen politischer Einstellung (dieser war

408 Bosch, Anmerkungen, in: *FamRZ* (1963), S. 289. Ramm sah hierin eine Fortsetzung des NS-Rechts gem. § 48 Abs. 2 Testaments-Gesetz von 1938, s. Ramm, Abschied, in: *JZ* (1970), S. 129.

409 BGH v. 25.4.1956 – IV ZR 297/55, S. 8.

410 Starke Kritik an dieser Moralisierung übten Müller-Freienfels, Zur Rechtsprechung, in: *JZ* (1968), S. 441 und Ramm, Abschied, in: *JZ* (1970), S. 129; s. a. Husmann, Die Testierfreiheit, in: *NJW* (1971), S. 404.

411 BGH v. 26.2.1968 – III ZR 38/65 (*JZ* (1968), S. 466 = *NJW* (1968), S. 932). Ebenfalls Teilnichtigkeit annehmend: BGH v. 17.3.1969 – III ZR 188/65 (*NJW* (1969), S. 1343).

412 BGH v. 31.3.1970 – III ZB 23/68 (BGHZ 53, 369, 376).

413 BGH v. 27.11.1957 – IV ZR 198/57.

414 BGH v. 28.1.1956 – IV ZR 216/55 (*FamRZ* (1956), S. 130).

ein Gegner des NS-Regimes gewesen, was der Erblasser nicht billigte) war wirksam;[415] in diesen Fällen hielt sich der BGH mit einer Wertung zurück. Unproblematisch war die Enterbung der Familie durch eine jüdische Frau, deren ebenfalls jüdischer Ehemann bereits vorher auf der Flucht gestorben war. Sie errichtete in einem Lager in Frankreich ein Testament, in dem sie eine Bekannte aus dem Lager zur Erbin einsetzte. Verständlicherweise wurde hier eine Sittenwidrigkeit abgelehnt.[416]

Ab dem Jahr 1958 gehörte das Erbrecht in die Zuständigkeit des V. Zivilsenats, nur die „erbrechtlichen Wirkungen der Zugewinngemeinschaft" verblieben beim IV. Senat,[417] so dass dieser das Verhältnis von Güterrecht und Pflichtteilsrecht zu klären hatte: War der überlebende Ehegatte als Alleinerbe eingesetzt worden, berechnete sich der Pflichtteil der Abkömmlinge nach dem erhöhten Erbrecht des Ehegatten,[418] das heißt die Quote der Kinder war entsprechend geringer. Anders sieht dies im Fall der Erbausschlagung durch den überlebenden Ehegatten aus. In diesem Fall erhält der Ehegatte, der die Erbschaft ausschlägt, nach § 1371 Abs. 2 BGB nur den kleinen Pflichtteil,[419] mit der Konsequenz einer entsprechenden höheren Quote für die Abkömmlinge. Ein überlebender Ehegatte, der als nicht befreiter Vorerbe eingesetzt worden war, unterlag den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben (gem. § 2113 BGB),[420] aber wenn das Paar im Güterstand einer westfälischen Gütergemeinschaft gelebt hatte, galt dies nicht.[421] Wie schon das Reichsgericht hat auch der BGH klargestellt, dass der Vorerbe mit Zustimmung des Nacherben wirksam verfügen kann.[422]

Der Unterschied der Herangehensweise zwischen dem V. Senat und den Kollegen vom Familienrecht soll durch das folgende kleine Beispiel veranschaulicht werden: Ein gemeinschaftliches Testament von Ehegatten, mit dem diese sich selbst gegenseitig zu Erben eingesetzt haben und zum Erben des Längstlebenden eine dritte Person, wird nicht selten dadurch umgangen, dass der überlebende Ehegatte zu Lebzeiten beispielsweise unentgeltlich Verfügungen zu Gunsten eines neuen Partners vornimmt, wodurch die Position der vom Testament begünstigten dritten Person zumindest wirtschaftlich ausgehöhlt werden kann. Dies wurde vom Familiensenat für nichtig angesehen.[423] Der V. Senat hat zwar auch – nur vier Jahre später – den Schutz der testamen-

415 BGH v. 18.1.1956 – IV ZR 199/55. Allerdings kam eine Anfechtung in Betracht, wenn der Erblasser später seine Ansicht geändert hatte.

416 BGH v. 18.1.1956 – IV ZR 199/55 (*FamRZ* (1956), S. 130).

417 Geschäftsverteilungsplan 1958 (BA, B 283/1000316).

418 Es wurde also für den Ehegatten ¼ aus § 1931 und ein weiteres ¼ aus § 1371 BGB angesetzt, so dass für die Abkömmlinge nur ½ verblieb (BGH v. 21.3.1962 – IV ZR 251/61 (BGHZ 37, 58)).

419 BGH v. 25.6.1964 – III ZR 90/63 (BGHZ 42, 182). Dies entsprach damals auch der herrschenden Literaturmeinung (Nw. im BGH-Urteil, S. 185).

420 Die Beschränkungen betreffen Schenkungen sowie Grundstücksgeschäfte (§ 2113 Abs. 1 und 2 BGB).

421 BGH v. 26.2.1958 – IV ZR 245/57 (BGHZ 26, 378).

422 BGH v. 25.9.1963 – V ZR 130/61 (BGHZ 40, 115, wie RG 145, 316).

423 BGH v. 8.7.1954 – IV ZR 229/53.

tarisch eingesetzten Person verfolgt, aber ein flexibleres Instrumentarium entwickelt, um die Aushöhlung eines gemeinschaftlichen Ehegattentestaments durch den Überlebenden zu verhindern: Er hat eine Vorschrift aus dem Recht des Erbvertrages (§ 2286 BGB) analog angewandt, um dem Dritten einen Bereicherungsanspruch gegen den Beschenkten zu gewähren, eine Regelung, die noch heute gängige Praxis ist und das (zu) pauschale Diktum der Nichtigkeit vermeidet.[424]

3.8.3 Der Hoferbe

Eng mit dem Erbrecht verwoben waren die Landwirtschaftssachen, deren Beschwerden ebenfalls in die Zuständigkeit des V. Senates fielen.[425] In zwei erbrechtlichen Altfällen war der Senat mit den Nachwirkungen des nationalsozialistischen Erbhofrechts konfrontiert. Zwar hatten die Alliierten in der neuen Höfe-Ordnung Abschied genommen von dem ideologisch aufgeladenen Recht der NS-Zeit, das ein deutsches Bauerntum, gegründet auf der Blutlinie, hatte etablieren wollen.[426] Doch stellte sich bei Erbfällen, die vor 1945 stattgefunden hatten, die Frage, nach welchem Recht die Sache nach dem Krieg zu entscheiden sei. So hatte ein im Jahr 1943 verstorbener Bauer seinen Erbhof seiner Ehefrau vermacht und nicht einem seiner Brüder oder Neffen. Nach dem Erbhofrecht wäre die „Blutlinie“ des Erbhofbauern zu bevorzugen gewesen. Der Landwirtschaftssenat entschied, dass sich die Wirksamkeit der damaligen Erbeinsetzung nach der neuen Höfe-Ordnung richte.[427] Insoweit wurde der alliierten Gesetzgebung also Rückwirkung beigemessen.[428] Ferner wurde klargestellt, dass zwar auch der Höfe-Ordnung die Tendenz zu entnehmen sei, dass die Höfe in der Familie bleiben, aus der sie stammen, gleichwohl sei ein Erbvertag (geschlossen 1933), mit dem zwei Ehegatten sich gegenseitig zum Erben des Hofes eingesetzt hatten, wirksam mit der Folge, dass nach dem Tode des Bauern im Jahre 1948 die Witwe Vollerbin und nicht nur Vorerbin geworden war.[429]

Auch die Verfügung von Todes wegen, die ein Bauer in den 1930er Jahren errichtet hatte, blieb wirksam: Die überlebende Ehefrau hatte im Jahr 1937 den Erbhof aufgrund dieses Testaments von ihrem Mann geerbt, allerdings war der Neffe des verstorbenen Bauern als ihr Nacherbe eingesetzt. 10 Jahre später schloss die Witwe mit

424 BGH v. 30.9.1959 – V ZR 66/58 (BGHZ 31, 13, 15).

425 Über die Beschwerden in den Landwirtschaftssachen (geregelt im LwVG v. 21.7.1953 – BGBl I, 667) entschieden drei Berufsrichter und zwei landwirtschaftliche Beisitzer.

426 Dazu Roth, Notare, S. 276 ff.

427 BGH v. 30.1.1951 – V Blw 53/49 (BGHZ 1, 116).

428 Diese Rückwirkung der HöfeO hatte allerdings Grenzen: War ein Rechtsgeschäft abgeschlossen, galt das frühere Erbhofrecht, so etwa bei der rechtskräftigen Versagung einer anerbenrechtlichen Genehmigung (BGH v. 20.2.1951 – V BLw 74/49 (BGHZ 1, 188, 200)).

429 BGH v. 30.1.1951 – V BLw 2/50 (BGHZ 1, 124).

eben diesem Neffen einen Übergabe- oder Kaufvertrag,[430] in dem auch die Versorgung der Frau durch den Hofnachfolger geregelt war. Dieser Vertrag wurde von der Vorinstanz nicht gebilligt, da die Frau an das Testament aus dem Jahr 1937 gebunden gewesen sei. Der BGH-Senat stellte klar, dass Versagungsgründe im Genehmigungsverfahren nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 45[431] nur bei einem Übergabevertrag eingreifen, bei einem Kaufvertrag aber nicht, so dass die Sache zurückverwiesen wurde, um die Vertragsart durch die Vorinstanz klären zu lassen.[432] Das war eine dogmatische Frage, das Testament wurde jedenfalls für wirksam erachtet.

Bei einer Hofübergabe, mit der – wie meistens – die Vereinbarung eines Altenteilrechts für die Übergebenden verbunden war, wurden die weichenden Erben insoweit geschützt, als der Vertrag des Erblassers mit dem Übernehmer nicht zu ihren Lasten gehen konnte.[433]

Um die Abwägung zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Gesetzesgehorsam gegenüber einer Formvorschrift ging es Mitte der 1950er Jahre in zwei Entscheidungen zu Hofnachfolgen. In beiden Fällen hat der Senat potenzielle Hofnachfolger geschützt, die den Hof jahrelang bewirtschaftet hatten in dem Vertrauen auf eine Absprache, dass sie den Hof später erhalten würden; diese Vereinbarungen waren allerdings jeweils nur mündlich (und insoweit formunwirksam) getroffen worden. In beiden Fällen hat der BGH dem formlosen Übergabevertrag[434] beziehungsweise dem formlosen Erbvertrag die Wirkung nicht versagt,[435] was mit dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) begründet wurde.[436] Hier zeigte der Senat, dass er sich nicht generell an den Gesetzeswortlaut gebunden, sondern auch der Einzelfallgerechtigkeit verpflichtet fühlte.

3.9 Fazit

Nicht nur im Scheidungsrecht, auch im Erbrecht fällt die starke Orientierung der Rechtsprechung des IV. Senats an der Kategorie der „Sittlichkeit“ auf, ein Begriff, der in den angewandten Erbrechtsnormen selbst nicht vorkommt, sondern dem Allgemeinen Teil (§ 138 BGB) entnommen wurde. Insgesamt ist die Rechtsprechung des Familiensenats, wie an vielen Stellen oben bereits gesagt worden ist, durch eine starke Mo-

430 Die juristische Einordnung des konkreten Vertrages war umstritten.

431 Art. IV Ziffer 4.

432 BGH v. 30.1.1951 – V BLw 57/49 (BGHZ 1, 121).

433 BGH v. 17.12.1952 – V BLw 91/52 (BGHZ 8, 213, 221).

434 BGH v. 16.2.1954 – V BLw 60/53 (BGHZ 12, 286).

435 BGH v. 5.2.1957 – V BLw 37/56 (BGHZ 23, 249).

436 BGH v. 5.2.1957 – V BLw 37/56 (BGHZ 23, 255). Dies entsprach der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts, das bereits in mehreren Entscheidungen eine Berufung auf einen Formmangel wegen Verstoßes gegen den Grundsatz von Treu und Glauben abgelehnt hatte (RGZ 153, 59; RGZ 169, 73; RGZ 170, 203).

ralisierung gekennzeichnet, die in ihrem Bezug auf die christlich-abendländische Ehe sich deutlich von der Ideologie der Nationalsozialisten unterscheidet. Insbesondere im Scheidungsrecht steht die Scheidungserschwerung durch den BGH in einem diametralen Gegensatz zur Reichsgerichtsrechtsprechung Ende der 30er Jahre, die entsprechend der nationalsozialistischen Ideologie eine Scheidung deutlich erleichtert hatte. Auch bei der Vaterschaftsfeststellung wird anstelle der Rassenideologie auf das Recht des Kindes auf Kenntnis seiner Abstammung abgestellt und damit ein individualrechtlicher Ansatz gewählt. Die starke Betonung der Sittlichkeit ist allerdings keine Erfindung des Senats, sondern knüpft durchaus an ältere Traditionen an, wie sie insbesondere im Kaiserreich und auch in der Weimarer Gesellschaft gelebt worden waren.

Der Grund für die im Ergebnis sehr konservative Rechtsprechung dürfte einerseits darin liegen, dass sie der entsprechenden Einstellung großer Teile der bundesrepublikanischen Gesellschaft entsprochen hat, dürfte aber eben auch, wie bereits oben geschildert, auf die Persönlichkeiten der langjährigen Senatsmitglieder zurückzuführen sein, die jeweils über 16 Jahre dem Senat angehörten: Walther Ascher, August Raschke, Kurt Wüstenberg und Kurt Johannsen waren, jeder auf seine Weise, religiös geprägt, kirchlich aktiv und von dem Drang beseelt, einer gefühlt nachlassenden Sittlichkeit in Teilen der Gesellschaft entgegenzuwirken. Entscheidend war ihr naturrechtlich, konkret sicher auch religiös geprägtes Weltbild, das aus einer christlich-jüdischen Tradition entsprang.

4 Die Auswirkungen des „Wirtschaftswunders“

Die Jahre zwischen 1950 und 1970 waren wirtschaftlich eine Phase der Hochkonjunktur in einem für die Bundesrepublik einmaligen Ausmaß, die deshalb auch als „Wirtschaftswunder“ bezeichnet wird.[1] Bereits zwischen 1950 und 1952 wuchs der Export um 200 Prozent, die Realeinkommen und das Bruttoinlandsprodukt stiegen ebenfalls gewaltig.[2] Die Bundesrepublik hatte das größte Wachstum in Europa, das auch deutlich schneller war als in den USA, angetrieben vor allem durch eine sehr hohe Investitionsquote. Der Anteil von Industrie und Handwerk lag damals zwischen 33 Prozent und 50 Prozent, in den Jahren von 1950 bis 1960 ist dann eine große Zunahme des tertiären Sektors zu verzeichnen. Im Wirtschaftsrecht erfolgten damals allerdings nur wenige gesetzgeberische Impulse, so dass sich die Frage aufdrängt, ob und inwieweit die Rechtsprechung auf die wirtschaftliche Entwicklung hat reagieren müssen.

4.1 Die Währungsreform

Bevor es zu dem Phänomen kommen konnte, das als „Wirtschaftswunder“ bezeichnet wird,[3] gab es auf wirtschaftlichem Gebiet ein Ereignis, das bereits vor der Gründung des BGH von immenser Bedeutung war: Die Währungsreform, die durch die westlichen Militärregierungen Ende der 1949er Jahre durchgeführt wurde,[4] brachte für die meisten deutschen Bürger große wirtschaftliche Auswirkungen mit sich. Das erste Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens (Währungsgesetz) erging im amerikanischen Kontrollgebiet,[5] die entscheidende Bestimmung besagte nur, dass vorbehaltlich besonderer Vorschriften für bestimmte Fälle, an die Stelle der bisherigen Rechnungseinheiten die Rechnungseinheit Deutsche Mark trete (§ 2). Insoweit war am 21. Juni 1948, dem ersten Tag mit dem Zahlungsverkehr in Deutscher Mark noch vieles unklar, das sogenannte Umstellungsgesetz[6] regelte dann eine Woche später, dass im Allgemeinen das Altgeld im Verhältnis von zehn zu eins gegen neue Deutsche Mark eingetauscht wird, das heißt je zehn Mark Altgeld wurden auf eine Deutsche Mark zusammengelegt, die Umstellung der Guthaben bei Kreditinstituten und der Forderungen und

1 Dieser wirtschaftliche Erfolg beruhte in erster Linie auf einem Exportboom, der ausgelöst wurde durch die Korea-Krise, die in verschiedenen Ländern zu wirtschaftlichen Beeinträchtigungen geführt hat und Lücken entstehen ließ, in die dann die deutsche Wirtschaft stoßen konnte.

2 Zur Entwicklung: Abelshauser, Deutsche Wirtschaftsgeschichte.

3 So der Titel des Werks von: Grube/Richter.

4 Rittmann, Deutsche Geldgeschichte, S. 343 ff.

5 Drittes Gesetz zur Neuordnung des Geldwesens, Gesetz Nr. 61, abgedruckt in Harmening/Duden, Die Währungsgesetze, S. 1 ff. Ähnliche Regelungen ergingen im britischen und im französischen Kontrollgebiet.

6 Gesetz Nr. 63 vom 27.6.1948 im amerikanischen und britischen Kontrollgebiet, s. Harmening/Duden, Die Währungsgesetze, S. 28.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-014

Schulden wurden also im Wert 10:1 umgerechnet. Ein Lastenausgleich war in dieser Währungsreform noch nicht erfolgt, sondern war einer späteren Regelung vorbehalten.[7]

Alle Zivilsenate des BGH waren in den ersten Jahren stark mit Währungsumstellungs- Fragen befasst, allein in der amtlichen Sammlung sind 25 Entscheidungen für das Jahr 1951 enthalten, und auch ein Jahr später finden auch noch über 22 Judikate, in denen die Währungsumstellung eine Rolle spielte. Zunächst war der Anwendungsbereich zu klären, insbesondere bei einer Umstellung auf Ost- oder Westwährung, wobei der V. Senat entschied, für die Zuständigkeit sei auf den Wohnsitz abzustellen[8] und nicht auf den Ort, zu dem die meisten Beziehungen bestanden.[9] Die Aufspaltung Deutschlands in Ost und West führte jedenfalls zu einer Währungsspaltung, das interzonale Währungsrecht war daher häufiger Gegenstand von Entscheidungen.[10]

Meist handelte es sich um gestreckte Vorgänge, bei denen Teilakte vor dem Stichtag stattgefunden hatten, andere erst danach erfolgten. Die Frage der Umstellung war zu klären beispielsweise bei einem Versendungskauf,[11] bei einem Gemüseanbau- und Lieferungsvertrag, bei dem das Saatgut vor dem 21. Juni 1948 geliefert wurde, der Anbau aber erst danach erfolgte, bei einer Teilerfüllung eines Werkvertrages vor dem Stichtag[12] und auch bei der Teilleistung eines Frachtführers in der Binnenschifffahrt.[13] Immer wieder ging es auch um steckengebliebene Banküberweisungen,[14] oft bei Ost/West-Geldüberweisungen. Grundstückskaufverträge warfen die Frage auf, ob bereits die Leistung zum Stichtag bewirkt worden war, wenn Übergabe und Auflassung stattgefunden hatten und die Eintragung später vorgenommen worden war,[15] was der BGH bejahte. Anders sei es zu beurteilen, wenn noch eine behördliche Genehmigung fehlte.[16] Mehrere Entscheidungen hatten sich mit Pensionsansprüchen oder Ansprüchen aus einer Invaliditätszusatzversicherung zu befassen.[17]

Bestimmte Forderungen vor allem familien- und erbrechtlicher Art waren gemäß § 18 Abs. 1 Nr. 3 UmstG privilegiert, wurden also im Verhältnis 1:1 umgestellt, etwa

7 Dies hat zu Unmut bei der Bevölkerung geführt.

8 BGH v. 26.1.1951 – V ZR 43/50 (BGHZ 1, 109).

9 BGH v. 26.3.1953 IV ZR 128/52 (BGHZ 9, 151).

10 BGH v. 30.9.1952 – I ZR 31/52 (BGHZ 7, 231); BGH v. 26.3.1953 – IV ZR 128/52 (BGHZ 9, 151): der Wohnsitz sei maßgeblich, nicht die „Beziehung" zu einem Zonengebiet.

11 BGH v. 5.12.1950 – I ZR 41/50 (BGHZ 1, 4).

12 BGH v. 1.3.1951 – III ZR 202/50 (BGHZ 1, 229); BGH v. 15.12.1950 – I ZR 60/50 (BGHZ 1, 23).

13 BGH v. 13.4.1951 – I ZR 64/50, BGHZ 1, 396).

14 BGH v. 27.9.1951 – I ZR 47/51 (BGHZ 3, 156); BGH v. 6.2.1953 – I ZR 80/52 (BGHZ 9, 13).

15 BGH v. 26.6.1951 – V ZR 35/50 (BGHZ 2, 369).

16 BGH v. 15.2.1952 – V ZR 54/51 (BGHZ 5, 173). Ähnlich BGH v. 29.2.1952 – V ZR 4/51 (BGHZ 5, 214).

17 BGH v. 15.12.1951 – II ZR 39/51 (BGHZ 4, 197); BGH v. 15.12.1951– II ZR 108/51 (BGHZ 4, 219); BGH v. 15.12.1951 – II ZR 24/51 (BGHZ 4, 208); BGH v. 30.4.1952 – II ZR 124/51 (BGHZ 6, 47): Umstellung von Berliner Versicherungsansprüchen.

eine Ausstattungsforderung eines Kindes gegenüber den Eltern[18] oder Pflichtteilsansprüche,[19] die, so der Senat, ihre Privilegierung auch nicht durch eine Abtretung verloren.[20] Für Ansprüche, die sich gegen die Schwiegereltern richteten, war maßgeblich, ob durch den Anspruch auch ein Verwandtschaftsverhältnis berührt war.[21]

Genau so schnell wie die Rechtsprobleme mit der Währungsreform aufkamen, so schnell waren sie nach wenigen Jahren verschwunden.

4.2 Das Handels- und Gesellschaftsrecht

4.2.1 Nachwirkungen der NS-Zeit[22]

Die Entscheidungen des für dieses Rechtsgebiet zuständigen II. Senats[23] wurden anfangs auch durch die Auswirkungen der Kriegsjahre beziehungsweise deren politische Folgen geprägt, die spezielle gesellschaftsrechtliche Probleme aufgeworfen haben. Drei Fallgruppen sollen hier kurz angesprochen werden. Zum einen begehrten ehemalige Nationalsozialisten, die in den Urteilen als „Alte Kämpfer“ bezeichnet wurden,[24] Ruhegehälter von Gesellschaften, für die sie als „Direktoren“, meist als eine Art Geschäftsführer, tätig gewesen waren. Einer der Kläger war ein solcher Direktor einer Zweigniederlassung einer Bank, die unter seiner Mitwirkung im Jahr 1933 die Bank der Deutschen Arbeit AG, eine Gesellschaft der Gewerkschaften, gewaltsam übernommen hatte, deren Geschäftsbetrieb im Anschluss an die Übernahme eingestellt worden war.[25] Nachdem die Bank nach dem Krieg ihr Vermögen teilweise rückerstattet erhalten hatte, verlangte dieser Mann ein Ruhegehalt aus einem Versprechen, das er sich 1943 von der Bank hatte geben lassen. Der Kläger hatte in den unteren Instanzen Erfolg, der BGH wies jedoch seine Klage unter Hinweis auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) ab, da der Mann nicht von dem Unrechtsakt der NSDAP profitieren dürfe. Einer solchen Sicherung einer nationalsozialistischen Nutznießung könne der Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung erfolgreich entgegengehalten werden, denn der Klä-

18 BGH v. 30.5.1951 – II ZR 36/50 (BGHZ 2, 229).

19 BGH v. 22.11.1951 – IV ZR 37/51 (BGHZ 3, 394); BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 74/52 (BGHZ 7, 134): es handele sich um Geldsummenansprüche, bei denen auch eine nachträgliche Änderung der Berechnungsgrundlage ohne Einfluss auf die Höhe bleibe (S. 138). Ähnlich: BGH v. 6.4.1951 – I ZR 39/50 (BGHZ 1, 363).

20 BGH v. 12.7.1951 – IV ZB 33/51 (BGHZ 3, 135).

21 BGH v. 22.12.1952 – IVZB 96/56 (BGHZ 8, 265). Es gab noch weitere Privilegierungen: Wurde eine stille Gesellschaft vor dem Stichtag aufgelöst, waren die Auseinandersetzungsansprüche im Verhältnis 1:1 umzustellen (BGH v. 11.7.1951 – II ZR 45/50 (BGHZ 3, 75)).

22 Zum Wirtschaftsrecht in der nationalsozialistischen Zeit: Thiessen, Wirtschaftsrecht, S. 236 ff.

23 Zur frühen Rechtsprechung des Senats auch: Bayer, Unternehmensrecht, S. 83 ff.

24 So BGH v. 25.2.1953 – II ZR 108/52, im Tatbestand auf Seite 2 des Urteils (BA, B 283/39623, Bl. 45).

25 Zu diesem Fall auch: Band 1, Kap. 4.8.

ger habe seinerseits an der gewaltsamen Übernahme mitgewirkt.[26] Es könne nicht hingenommen werden, dass aus einer solch evident rechtswidrigen Maßnahme auch noch Vorteile resultieren sollen. In einem ähnlich gelagerten Fall hielt der Senat eine durch die Gesellschafterversammlung unmittelbar nach Kriegsende ausgesprochene Kündigung eines Mitarbeiters, der eine ähnliche Erwerbsbiographie in der NS-Zeit aufwies wie der Kläger im zuerst genannten Fall, für wirksam, so dass auch er aus dem Vertrag, den er in der NS-Zeit geschlossen hatte, keine Ansprüche herleiten könne.[27]

Eine andere Fallgruppe betraf enteignete Unternehmen. Eine Witwe, frühere Kommanditistin, klagte auf Schadensersatz gegen eine Nachfolgeorganisation, denn „ihre“ Kommanditgesellschaft war 1941 auf nationalsozialistischen Druck hin auf eine GmbH übertragen und dann 1946 mit einer Ost-Gesellschaft verschmolzen worden, die allerdings noch drei Betriebsstellen in Westdeutschland besaß.[28] Zwei Jahre darauf hatte ein ehemaliges Vorstandsmitglied eine Ein-Mann-GmbH gegründet, der die drei westlichen Betriebsstellen zugeschlagen wurden. Während die Nachfolge-Gesellschaft im sowjetisch besetzten Teil Deutschlands durch Enteignung erloschen war, blieben somit die Teile im Westen bestehen. Eine unmittelbare Haftung für den Anspruch der Frau ließ sich nicht feststellen, weil es sich bei den noch im Westen tätigen Unternehmensteilen nicht um eine Nachfolgegesellschaft im juristischen Sinne handelte. Doch meinte der Senat:

> Dieses Vermögen gehörte zwar der Beklagten und nicht ihrem einzigen Gesellschafter, denn die Rechtsordnung hat die GmbH als eine juristische Person und damit als ein von ihren Mitgliedern scharf getrennt zu scheidendes Rechtssubjekt ausgebildet. Die ausnahmslose Anwendung dieses Prinzips führt aber zu Ergebnissen, die mit dem Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar sind und nicht als Recht anerkannt werden können.[29]

Die Gründung der GmbH sei eine rein organisatorische Maßnahme gewesen, um das Westvermögen zu verselbstständigen und vom Osten aus die drei westlichen Betriebsstellen selbstständig verwalten zu können. Der Senat erlaubte hier ausnahmsweise den „Durchgriff auf die von der juristischen Person verdeckten Kräfte und Verhältnisse,“[30] zog also überzeugende pragmatische Erwägungen den dogmatischen vor und gab der Klage statt. Und auch im Falle einer ursprünglich schweizerischen Aktienge-

26 BGH v. 25.2.1952 – II ZR 108/52 (BGHZ 9, 94). Der Senat folgte insoweit der Revisionsbegründung vom 10.6.1952 (BA, B 283/39623, Bl. 14) und hob das anderslautende Urteil der Vorinstanz auf.

27 BGH v. 24.2.1954 – II ZR 88/53 (BGHZ 12, 337). Bei einem 1939 zum Vorstandsmitglied berufenen Nationalsozialisten bestand der Anspruch durch ein Auslaufen des Vertrages. Der BGH verwies zurück, um das Berufungsgericht prüfen zu lassen, ob nicht trotz formalen Anspruchs das Ruhegehalt nicht doch ein Vorteil aus der NS-Zeit sei, der nicht gerechtfertigt sei (BGH v. 29.5.1954 – II 223/53 (BGHZ 13, 346)).

28 BGH v. 30.1.1956 – II ZR 168/54 (BGHZ 20, 4).

29 BGH, v. 30.1.1956 – II ZR 168/54 (BGHZ 20, 4, 12).

30 BGH v. 30.1.1956 – II ZR 168/54 (BGHZ 20, 4, 13).

sellschaft, deren Aktien zu einem großen Teil von einer deutschen Gesellschaft gehalten worden waren und die 1944 in den Niederlanden konfisziert und 1945 aufgelöst worden war, meinte der Senat, dass hinsichtlich des nicht enteigneten ausländischen Vermögens die juristische Person fortbestehe, auch wenn sie im Heimatland vernichtet wurde.[31] Er entschied sich ausdrücklich für diese Spaltungstheorie, weil sie gerechte Ergebnisse erlaube, unberechtigte Eingriffe eines Staates gegenüber anderen Staaten verhindere und die Gesellschafter vor entschädigungsloser Enteignung schütze.[32] Diese Lösungen des II. Senats in beiden Fallgruppen kann man durchaus als innovativ bezeichnen, das Gesetz wurde an außergewöhnliche Ereignisse angepasst und gleichzeitig befriedigende Ergebnisse gefunden.

Schließlich bereiteten die Fälle Probleme, in denen Gesellschaften (meist eine GmbH, einmal auch eine AG) Forderungen gegenüber ihren Schuldnern geltend machten, die während der Kriegszeit entstanden waren.[33] Die Schuldner rechneten nunmehr mit Forderungen auf, die ihnen gegenüber dem Deutschen Reich zugestanden hatten und machten geltend, dass die klagende Gesellschaft damals als „Kriegsgesellschaft“[34] praktisch mit dem Deutschen Reich identisch gewesen sei. In mehreren Entscheidungen entwickelte der BGH allmählich feste Grundsätze für diese „Fallgruppe“: Grundsätzlich solle für eine Aufrechnung an dem gesetzlichen Erfordernis der Identität zwischen dem Gläubiger der Hauptforderung und dem Schuldner der Aufrechnungsforderung festgehalten werden. Diese Identität sei aber selbst dann nicht gegeben, wenn Gläubiger der Klageforderung eine Einmanngesellschaft sei, deren alleiniger Gesellschafter das Deutsche Reich war. Gleichwohl haben die Senate es der klagenden Gesellschaft in engen Ausnahmesituationen verwehrt, sich auf die fehlende Identität zu berufen, nämlich wenn die Gesellschaft „trotz ihrer rechtlichen Selbständigkeit lediglich eine juristisch verselbstständigte besondere Erscheinungsform des Reiches“[35] war. Kriterien dafür seien die Tatsachen, dass die Gesellschaft mittelbar Reichsbesitz geworden sei, dass die Gesellschaft hoheitliche Aufgaben des Reiches mit zweckgebundenen Mitteln treuhänderisch durchgeführt habe und dabei an Weisungen einer Reichsbehörde gebunden war, oder dass ihre freie Entschließung sich auf die technische Durchführung von Reichsaufgaben beschränkt habe.[36] Bejaht wurde die Zulassung der Aufrechnung für die Lieferung von Baracken zwecks Unterbringung von Rüstungsarbeiten[37] und für die Lieferung eines Frostschutzmittels für Kühlwasser

31 BGH v. 5.5.1960 – VII 92/58 (BGHZ 32, 256, 259).

32 Ähnlich BGH v. 11.7.1957 – II ZR 318/55 (BGHZ 25, 134) zu einer ehemals sudetendeutschen juristischen Person, die in der CSSR enteignet worden war; diese bestehe mit ihrem im Westen belegenen Vermögen weiter (zum Meinungsstand ausführlich auf S. 144 ff.). Die Spaltung wurde somit anerkannt.

33 Die Fälle dieser dritten Fallgruppe wurden nicht nur vom zweiten Zivilsenat entschieden, da es um Aufrechnungen ging, so dass in einigen Fällen der erste Zivilsenat zur Entscheidung berufen war.

34 Zu diesem Begriff: BGH v. 30.10.1951 – I ZR 58/51 (BGHZ 3, 316, 318).

35 BGH v. 17.3.1955 – II ZR 332/53.

36 BGH v. 3.7.1953 – I ZR 216/52 (BGHZ 10, 205, 208); BGH v. 17.3.1955 – II ZR 332/53.

37 BGH v. 3.7.1953 – I ZR 216/52 (BGHZ 10, 205).

von Flugzeugmotoren.[38] Verneint wurde dies für die Gewährung eines Betriebsmittelkredits, weil die Bank der deutschen Luftfahrt zwar zu Zwecken der Rüstungsfinanzierung gegründet worden war und die Aktien in der Hand des Reichs lagen, aber es sich im konkreten Fall um einen reinen Betriebsmittelkredit gehandelt habe, bei dem die Bank nicht wie eine Dienststelle des Deutschen Reiches aufgetreten sei.[39] Diese Grundsätze hat der II. Senat in einem konkreten Fall ein wenig weitergehender angewandt, nämlich bei einer Firma aus Westfalen, die nicht als Kriegsgesellschaft gegründet worden war und kapitalmäßig nicht ganz oder teilweise dem Reich verbunden war. Doch habe sie als besondere Erscheinungsform des Reichs hoheitliche Aufgaben mit zweckgebundenen Mitteln treuhänderisch durchgeführt und sie sei, auch wenn sie schon seit dem 19. Jahrhundert einen Pulver herstellenden Betrieb unterhielt, im Krieg praktisch nur noch Dienststelle des Reiches gewesen. Als Folge konnte die Gegenforderung aus einer Lieferung an die Waffen-SS ihr gegenüber aufgerechnet werden.[40]

Ohne behaupten zu wollen, dass jede einzelne Entscheidung richtig gewesen ist, kann doch festgehalten werden, dass es den Zivilsenaten weitgehend gelungen ist, den Besonderheiten der kriegsbedingten Sachverhalte Rechnung zu tragen, ohne die gesetzliche Dogmatik völlig aufzugeben und gleichwohl im Wesentlichen angemessene Ergebnisse zu erzielen.

4.2.2 Traditionelles beim Kaufmann/ Rechtsfortbildung bei den Personengesellschaften

Von diesen kriegsbedingten Einzelfällen abgesehen, bewegte sich die Senatsrechtsprechung zum allgemeinen Handelsrecht[41] auf den bereits zuvor vom Reichsgericht beschrittenen Pfaden. Die Liste der Grundhandelsgewerbe (in § 1 HGB aF) führte zu einem engen Kaufmannsbegriff, und auch der Senat begrenzte die Kaufmannseigenschaft, indem er sie an den Betrieb eines Gewerbes koppelte[42] und eine Gewinnerzielungsabsicht verlangte.[43] Der Kaufmann müsse selbst als Inhaber des Betriebes anzusehen sein, so dass die Gesellschafter einer GmbH oder der Kommanditist einer KG keine Kaufleute waren.[44] Für die Tätigkeit der Deutschen Post wurde daran festgehalten, dass sie öffentliche Gewalt darstelle und damit nicht Kaufmann sein konnte,[45] das Gleiche galt für die Bundesbahn.[46] Allerdings hat sich der IV. Zivilsenat des BGH bei

38 BGH v. 19.11.1954 – I ZR 170/52.
39 BGH v. 8.10.1954 – I ZR 102/52 (BGHZ 15, 27, 32).
40 BGH v. 17.3.1955 – II ZR 332/53 (BGHZ 17, 19 = *NJW* (1955), S. 745).
41 Vgl. dazu den Überblicksaufsatz von Horn, Allgemeines Handelsrecht, S. 3 ff.
42 BGH v. 19.5.1960 – II ZR 72/59 (BGHZ 32, 307).
43 BGH v. 11.1.1962 – VII ZR 188/60 (BGHZ 36, 273).
44 BGH v. 13.2.1952 – II ZR 91/51 (BGHZ 5, 133) und BGH v. 2.6.1966 – VII ZR 292/64 (BGHZ 45, 282).
45 BGH v. 14.1.1954 – III ZR 217/52 (BGHZ 12, 89) und BGH v. 14.1.1954 – III ZR 334/52 (BGHZ 12, 96).
46 BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 158/50 (BGHZ 2, 38).

der Frage, ob für die Veräußerung von Dampfbaggern durch die Reichsbahn[47] hinsichtlich eines Gutglaubenserwerbs das HGB (konkret § 366 HGB) anzuwenden ist, auf den Standpunkt gestellt, dass diese Vorschrift zwar nicht unmittelbar herangezogen werden könne, da der Reichsbahn ja die Kaufmannseigenschaft fehlte; jedoch sei eine analoge Anwendung geboten,[48] denn die Reichsbahn (später Bundesbahn) sei zwar nicht im Rechtssinne, aber doch der Sache nach Kaufmann.[49]

Auch in Haftungsfragen bewegte sich der Senat in gewohntem Fahrwasser: Wie schon zu Zeiten des Reichsgerichts wurde der Rechtsverkehr durch eine konsequente Vertrauenshaftung geschützt,[50] erwähnt sei die Haftung des Firmenübernehmers aus § 25 HGB aF,[51] oder die Erbenhaftung aller Miterben, auch wenn nur ein Miterbe das Geschäft fortführt, soweit die anderen mit der Fortführung einverstanden waren.[52] Die Haftung der Erben für Altschulden eines ererbten Handelsgeschäftes wurde auch auf Vor- und Nacherben angewandt.[53] Als Beispiel für die Kontinuitäten zur Rechtsprechung des Reichsgerichts seien ferner die Grundsätze zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben erwähnt[54] oder die Sorgfaltspflichten eines Kaufmannes.[55]

Im Gesellschaftsrecht ist im Gegensatz zum allgemeinen Handelsrecht schon in den 1950er Jahren deutlich mehr Bewegung zu konstatieren, die Urteile zur Spaltungsgesellschaft wurden bereits erwähnt. Da das Recht der Personengesellschaft im Wesentlichen aus dem 19. Jahrhundert stammte und konkret das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861 eine recht weitgehende Vertragsfreiheit gewährt hatte, konnten dessen Grenzen erst später durch die Rechtsprechung festgelegt werden.[56] In den Anfängen knüpfte der BGH oft an die Rechtsprechung des Reichsgerichts an,[57] entwickelte aber schon bald dessen Ansätze weiter.[58]

---

47 Der Fall handelte noch in Kriegszeiten.

48 BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 158/50 (BGHZ 2, 37,49).

49 BGH v. 23.4.1951 – IV ZR 158/50 (BGHZ 2, 37).

50 BGH v. 11.3.1955 – IZR 83/53 (BGHZ 17, 13).

51 BGH v. 29.11.1956 – II ZR 32/56 (BGHZ 22, 234, 239).

52 BGH v. 24.9.1959 – II ZR 46/59 (BGHZ 30, 391).

53 BGH v. 10.2.1960 – V 39/58 (BGHZ 32, 60).

54 BGH v. 24.9.1952 – II ZR 305/51 (BGHZ 7, 187); BGH v. 27.10.1953 – I ZR 111/53 (BGHZ 11, 1); BGH v. 3.3.1956 – IV ZR 314/55 (BGHZ 20, 149): bei einer Genossenschaft reicht Zustellung an einen Genossen.

55 BGH v. 6.3.1956 – I ZR 154/54 (BGHZ 20, 164): Die Sorgfaltspflichten seien individualisiert je nach Branche zu beurteilen.

56 Das hängt auch damit zusammen, dass unmittelbar nach dem Krieg die Kapitalgesellschaften wirtschaftlich gesehen noch nicht die Dominanz besaßen, die sie in den dann folgenden Jahrzehnten entwickeln sollten.

57 Der Senatsvorsitzende Simpel sah den Senat „in der Nachfolge des I., später II. Zivilsenates des Reichsgerichts“, s. Stimpel, Aus der Rechtsprechung, S. 13.

58 Eine Zusammenfassung dieser frühen Rechtsprechung findet sich bei Fischer, Die faktische Gesellschaft, in: *NJW* (1955), S. 849.

Die faktische Gesellschaft

Ein Klassiker der Rechtsfortbildung in diesem Bereich stellt die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft dar. Das Reichsgericht hatte bereits anerkannt, dass eine unwirksame Gesellschaftsgründung nicht als ein „Nullum" anzusehen sei, sondern gewisse Rechtsfolgen nach sich ziehen könne.[59] Und der II. BGH-Senat setzte diese Linie fort: Insbesondere wenn die Mitglieder einer solchen, nach dem Gesetz nichtigen Gesellschaft über Jahre hinweg diese „Gesellschaft" gelebt hatten und diese auch im Rechtsverkehr als solche behandelt worden war, könnten die dadurch geschaffenen Folgen nicht einfach als inexistent angesehen werden.[60] Einer solchen – dogmatisch nichtigen – juristischen Person wurde somit ganz pragmatisch für die Vergangenheit eine gewisse Rechtsexistenz zuerkannt. Dies bejahte der Senat – trotz Kritik der Literatur – auch für eine stille Gesellschaft, bei der kein Gesamthandsvermögen, aber gleichwohl gemeinsam geschaffene Werte existierten,[61] ebenso für Gründungsgesellschaften zum Zweck der Errichtung einer GmbH.[62] Eine solche Gründergesellschaft hatte der 1. Strafsenat wie eine offene Handelsgesellschaft behandelt,[63] das Mitglied des II. Zivilsenats, Kuhn, gab zu bedenken, dass dies in dieser Pauschalität problematisch sei, weil die Gesellschafter gerade keine offene Handelsgesellschaft bilden wollten.[64] Daher sei das Ergebnis der strafrechtlichen Entscheidung zu beschränken auf die Fälle, in denen die Gesellschafter zumindest schlüssig von der Eintragung der GmbH abgesehen haben, oder wenn es nicht länger hingenommen werden kann, dass die Gesellschaft wie eine offene Handelsgesellschaft tätig ist. Voraussetzung war allerdings jeweils, dass ein Wille zum Abschluss eines Gesellschaftsvertrages vorhanden war, bei einem nur zum Schein geschlossenen Vertrag sollten die geschilderten Grundsätze nicht gelten.[65]

War ein Gesellschaftsvertrag wegen einer arglistigen Täuschung wirksam angefochten worden und insoweit nichtig, wurde die Anwendung der Regeln der fehlerhaften Gesellschaft grundsätzlich bejaht, etwa zum Schutz des oder der Getäuschten.[66] Dies war auch der entscheidende Gesichtspunkt, als ein Gesellschafter im Anschluss an eine erfolgreiche Anfechtung des Gesellschaftsvertrages es ablehnte, seine Einlage

59 RGZ 165, 193.

60 Stattdessen seien die Vorschriften der §§ 131 ff. HGB anzuwenden (so schon BGH v. 24.10.1951 – II ZR 18/51, (BGHZ 3, 285)).

61 BGH v. 29.11.1952 – II ZR 15/52 (BGHZ 8, 157, 167). Der BGH hat überdies auch der atypischen stillen Gesellschaft, bei der der stille Gesellschafter nicht nur am Gewinn, sondern auch am Vermögen der Gesellschaft (schuldrechtlich) beteiligt ist, die Anerkennung nicht versagt (BGH v. 24.9.1952 – II ZR 136/51 (BGHZ 7, 174)) und insoweit die Privatautonomie in den Vordergrund gerückt.

62 BGH v. 28.11.1954 – II ZR 188/52 (BGHZ 11, 190 = *NJW* (1954), S. 231). BGH v. 12.5.1954 – II ZR 167/53 (BGHZ 13, 320). S. Kuhn, Die Rechtsprechung, in: *WM* (1955), S. 122, 123.

63 BGH v. 17.6.1952 – 1 StR 668/51 (BGHSt 3, 23, 26).

64 Kuhn, Die Rechtsprechung, in: *WM* (1955), S. 122, 123.

65 BGH v. 28.11.1954 – II ZR 188/52 (BGHZ 11, 190).

66 BGH v. 12.5.1954 – II ZR 167/53 (BGHZ 13, 320, 323). Nur wenn der Täuschende zu stark profitiert, sind Einschränkungen zu machen. Die persönliche Haftung (§ 130 HGB) sei im Außenverhältnis anzuwenden (BGH v. 8.11.1965 – II ZR 267/64 (BGHZ 44, 235)).

zu zahlen. Eine solche Verweigerung sei nur zulässig, wenn die zu leistende Einlage dem Täuschenden zugutekommen würde; anderenfalls müsse der Gesellschafter sie erbringen und der Schaden dadurch auf alle Gesellschafter verteilt werden.[67] Obwohl der II. Zivilsenat an die Reichsgerichts-Rechtsprechung anknüpfte, hat er doch mit den dargestellten Grundsätzen einen Richtungswechsel vollzogen: Er hat nicht nur eine Vertrauenshaftung zum Schutz des Rechtsverkehrs begründet, sondern der fehlerhaften Gesellschaft eine gewisse Zeit Wirksamkeit zugesprochen, so dass konsequenterweise auch nicht mehr von der fehlerhaften, sondern der faktischen Gesellschaft gesprochen wurde.[68]

Eine weitere Ausnahme von der Wirksamkeit der faktischen Gesellschaft betraf einen Fall, in dem zwei Männer ab 1946 geplant hatten, gemeinsam auf einem Grundstück die Produktion von Speiseeis zu betreiben, was daran scheiterte, dass das Vermögen des einen Beteiligten der Beschlagnahme nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 52 unterlag. Denn die Grundsätze über die faktische Gesellschaft sollten in einem solchen Fall verständlicherweise nicht angewendet werden,

> wenn die Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages auf dem Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot beruht und der Zweck der Verbotsnorm in der Verhinderung des gesellschaftlichen Zusammenschlusses besteht. Es würde sonst durch die Anerkennung der faktischen Gesellschaft der Zweck der Verbotsnorm zuwidergehandelt werden und gesetzwidrig handelnden Gesellschaftern die Möglichkeit einer gesellschaftlichen Betätigung gewährt werden, die das Gesetz gerade verhindern will.[69]

Allgemein anerkannt war überdies, dass der Schutz des Rechtsverkehrs an noch schutzwürdigeren Interessen enden müsse. Daher hat der Senat entschieden, dass die Annahme einer faktischen Gesellschaft nicht zu Nachteilen eines an ihr beteiligten Minderjährigen führen dürfe.[70] In dem konkreten Fall hatte eine 15-jährige Tochter das Zeitungsgeschäft ihres Vaters geerbt und dieses zusammen mit ihrem aus der Kriegsgefangenschaft zurückgekehrten Onkel als „Gesellschaft“ weitergeführt, allerdings ohne eine vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einzuholen, so dass der Gesellschaftsvertrag unwirksam war. Die geltend gemachten gesellschaftsrechtlichen Ansprüche des Onkels wurden zu Recht abgewiesen, die Regeln über die faktische Gesellschaft nicht angewandt. Offen ließ der Senat noch, wie der Fall zu beurteilen sein würde, wenn die Gesellschaft unter Mitwirkung der Minderjährigen einen Gewinn erzielt hätte.[71] Da der Minderjährigenschutz eine Ausnahme von der grundsätzlichen Wirksamkeit der faktischen Gesellschaft bedeutete, musste konsequenterweise in der umgekehrten Konstellation ein Anspruch des Minderjährigen zu bejahen sein,

67 BGH v. 6.2.1958 – II ZR 210/56 (BGHZ 26, 330, 335).
68 Vgl. Fischer, Die faktische Gesellschaft, in: *NJW* (1955), S. 849.
69 BGH v. 11.4.1951 – II ZR 9/50, S 12.
70 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/ 53 (BGHZ 17, 160).
71 BGH v. 30.4.1955 – II ZR 202/ 53 (BGHZ 17, 160, 167).

ein Gedanke, den der spätere Präsident des Senats, Robert Fischer, in einem Aufsatz andeutete.[72]

Im Ergebnis hat der II. Zivilsenat mit dem Rechtsinstitut der faktischen Gesellschaft ein für die Praxis taugliches Instrumentarium geschaffen, das sich im Großen und Ganzen bewährt hat. Fischer hat Ende der 1950er Jahre diese Rechtsprechung in der *NJW* weitergedacht, vor allem, was die Grenzen der Wirksamkeit angeht, und auch für die Fälle der Täuschung und des Wuchers Lösungen entwickelt. Er brachte den bereits in der Rechtsprechung seines Senats angedeuteten Grundsatz zum Ausdruck, dass er nicht gewillt war, der Rechtssicherheit zuliebe unbillige Ergebnisse hinzunehmen.[73]

Ausschluss von Gesellschaftern

Eine zweite Fallgruppe, für die das Gesetz keine Regelung enthielt, war der Ausschluss eines Gesellschafters. Fehlte es auch im Gesellschafsvertrag an einer Regelung, gab es eigentlich keine Rechtsgrundlage für eine Ausschließung. Der BGH hat gleichwohl die Möglichkeit einer Ausschließung aus wichtigem Grund bei einer Personengesellschaft zugelassen, weil bei diesen Vereinigungen das persönliche Zusammenwirken so zentral sei, dass in bestimmten Konstellationen, in denen dieses faktisch nicht mehr möglich sei, auch ein Ausschluss zulässig sein müsse. Allerdings hat er deutlich die Einschränkung formuliert, dass ein solcher Ausschluss nur das letzte Mittel sein dürfe.[74] Anlass war wieder ein Sachverhalt, der nachkriegsbedingte Einflüsse erkennen lässt. Zwei Brüder hatten in den 1930er Jahren eine Gesellschaft gegründet, der eine Bruder war ab 1939 an der Front und anschließend bis 1947 in Kriegsgefangenschaft. Bei seiner Rückkehr stellte sich heraus, dass die beiden Brüder völlig zerstritten waren, der eine wurde von seinem Bruder aufs Wüsteste beschimpft, das Verhältnis war mehr als zerrüttet. Hier sah das Gericht keinen anderen Weg als die Übernahme der Gesellschaft durch den einen Bruder (gem. § 142 HGB aF).[75] – Bei einer Kommanditgesellschaft waren, wenn es sich bei der auszuschließenden Person um einen Kommanditisten handelte, aufgrund seiner stärkeren Beteiligungsstellung strengere Anforderungen an einen Ausschluss zu stellen. Gebilligt hat dies der Senat hinsichtlich eines Gesellschafter-Geschäftsführers, des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters, der mit zwei hochbetagten Witwen eine Gesellschaft gebildet und Veruntreuungen begangen hatte.[76] In der Literatur wurde die Entscheidung als systemfremd kritisiert,[77] der Senat hatte diesem Argument entgegengehalten, dass die Stellung des

72 Fischer, Grenzen, in: *NJW* (1958), S. 969.
73 Fischer, Grenzen, in: *NJW* (1958), S. 969, 972.
74 BGH v. 30.11.1951 – II ZR 109/51 (BGHZ 4, 108). Dies ergebe sich aus gravierenden Verstößen gegen den Grundsatz der gesellschaftlichen Treuepflicht.
75 BGH v. 30.11.1951 – II ZR 109/51 (BGHZ 4, 108, 120 f.).
76 BGH v. 14.5.1952 – II ZR 40/51 (BGHZ 6, 113).
77 Geßler, Anmerkung, in: *JZ* (1952), S. 530.

Betroffenen wegen seines geringen Kapitalanteils fast der eines leitenden Angestellten vergleichbar sei, so dass eine Ausschließung möglich sein müsse, zumal hier kein milderes Mittel zur Verfügung stünde.[78] Allerdings müsste bei langer Tätigkeit des Ausgeschlossenen im Gegenzug eine maßvolle Altersversorgung gewährt werden.[79] Auch vier Jahre später wurden diese Grundsätze bejaht, konkret bei einer Familiengesellschaft, die zunächst eine OHG gewesen war, danach eine Aktiengesellschaft und die schließlich in eine KG umgewandelt worden war. Die auszuschließende Person war 1939 und 1941 jeweils wegen Devisenvergehen zu Haftstrafen verurteilt worden, außerdem wurde ihr von den anderen Gesellschaftern vorgeworfen, dass sie 1945 versucht habe, mit unlauteren Mitteln die Geschäftsführung zu übernehmen.[80] Der Senat betonte noch einmal den Ausnahmecharakter einer Ausschließung eines Gesellschafters, die nur nach einer Würdigung des besonderen Charakters der konkreten Gesellschaft und der Rechtstellung sowie der Befugnisse des Betroffenen zugelassen werden könne.

Während dieses Ergebnis bei der OHG (und begrenzt bei der KG) wegen des im Vordergrund stehenden persönlichen Verhältnisses nachvollziehbar ist, kann dies für Gesellschaftsformen, bei denen das Kapital die Gesellschaftsform prägt, nicht ohne weiteres angenommen werden. Gleichwohl hat der Senat diese Rechtsfortbildung im Jahr 1953 auch für die GmbH bestätigt[81] und dogmatisch mit mehreren Normen aus verschiedenen Gesetzen, in denen ein wichtiger Grund einen Ausschluss aus der Gesellschaft rechtfertigte, begründet.[82] Inhaltlich hat er auf die Treuepflicht der Gesellschafter abgestellt, bei deren Verletzung eine entsprechende Sanktion denkbar sei. Für die Anwendung spreche auch, dass die Ausschließung das mildere Mittel gegenüber einer Auflösung darstelle.[83] Wenig sensibel war es, dass sich diese Entscheidung auf ein Reichsgerichts-Urteil von 1942 berief, in dem das Reichsgericht den Ausschluss eines jüdischen Mitgesellschafters aus Rassegründen gebilligt und diesen auch noch zur Zahlung eines sechsstelligen Betrages verurteilt hatte.[84] Es ist aus heutiger Sicht erstaunlich, dass dies den BGH-Richtern nicht aufgefallen ist. Unabhängig davon hat sich die Auffassung des Senats trotz anfänglicher Kritik durchsetzen können.[85] Die

78 BGH v. 14.5.1952 – II ZR 40/51 (BGHZ 6, 113).

79 Wenn sein Verhalten erhebliche Gefahren für die Gesellschaft herbeigeführt hatte, war der Ausschluss zulässig, das bestätigte der Senat zehn Jahre später (BGH v. 3.7.1961 – II ZR 74/60 (*WM* (1961), S. 886)).

80 BGH v. 27.10.1955 – II 310/53 (BGHZ 18, 350, 356 = *NJW* (1955), S. 1919).

81 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52 (BGHZ 9, 157). Näheres bei Kuhn, Die Rechtsprechung, in: *WM* (1955), S. 122, 128.

82 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52 (BGHZ 9, 157, 161). Das Gericht nannte § 737 BGB, §§ 140, 161 HGB, § 68 Genossenschaftsgesetz, § 133 b Gewerbeordnung.

83 Der Ausschluss müsse mittels einer Klage seitens der Gesellschaft geltend gemacht werden (BGH v. 1.4.1953 - II ZR (BGHZ 9, 166, 177)).

84 RGZ 169, 339, 335.

85 Vgl. Bayer, Unternehmensrecht, S. 96 f. Zwei Jahre später wurden die geschilderten Grundsätze noch einmal wiederholt, der Ausschluss aus wichtigem Grund sei, auch wenn nicht in der Satzung

Ausschließung musste im Klagewege erfolgen, allerdings wurde es für zulässig gehalten, im Gesellschaftsvertrag eine Ausschließung durch die übrigen Gesellschafter vorzusehen und dies nicht von einer Klage abhängig zu machen.[86]

Eine im Vergleich zum Gesellschafterausschluss weniger eingreifende Maßnahme war der Stimmrechtsausschluss: Auch wenn das Stimmrecht eines Kommanditisten zwar nicht abtretbar sei, könne es ausgeschlossen werden, jedenfalls hinsichtlich solcher Beschlüsse, die nicht in die Rechtstellung des Kommanditisten eingreifen.[87] Da letzterer einem GmbH-Gesellschafter vergleichbar sei, könne – wie bei der GmbH – ein Stimmrechtsauschluss vertraglich vorgesehen werden, aber nur, soweit die sachliche Schranke berücksichtigt bleibe, dass er im Vergleich zu anderen Gesellschaftern nicht ungleich behandelt werde oder erhöhte Pflichten auferlegt bekomme.

Das Verhältnis zwischen Erbrecht und Gesellschaftsrecht war im Jahre 1956 Gegenstand einer Entscheidung des Senats,[88] in der dieser im Wesentlichen dem Reichsgericht folgte:[89] Erben mehrere Personen einen Gesellschaftsanteil einer Offenen Handelsgesellschaft (im konkreten Fall drei), so bestimmt der Gesellschaftsvertrag, wer automatisch Gesellschafter wird. Das können alle drei sein[90] oder nur ein Miterbe, für den dies im Gesellschaftsvertag vorgesehen ist; die anderen Erben erhalten dann eine Abfindung. Allerdings ließ der Senat es auch zu, dass im Gesellschaftsvertag ein Ausschluss der Abfindung vorgesehen war, mit der Folge, dass es dann Sache des Gesellschafter-Erben war, seine Miterben abzufinden.

4.2.3 Besonderheiten der Kapitalgesellschaften

Der BGH hat wie das Reichsgericht das Gesellschaftsrecht als weitgehend dispositiv angesehen. Da es keine zwingende wirtschaftsverfassungsrechtliche Regelung gebe, sei die GmbH & Co KG als eine atypische Gesellschaftsform anzuerkennen.[91] Das Gericht entschied sich trotz des Identitätsproblems für die Flexibilität des Rechtsverkehrs und gegen die formale Regelung und meinte, den im Einzelfall auftretenden Problemen durch Missbrauchs- und Rechtsscheintatbestände gegensteuern zu können.

---

geregelt, zulässig, stelle aber das letzte Mittel dar und müsse im Klagewege geltend gemacht werden (BGH v. 17.2.1955 – II ZR 316/53 (BGHZ 16, 317)). Für eine Aktiengesellschaft wurden die dargestellten Grundsätze allerdings wegen ihres noch stärker kapitalbedingten Charakters abgelehnt.

86 BGH v. 17.12.1959 II 32/59 (BGHZ 31, 295). § 133 HGB sei nicht zwingend.

87 BGH v. 14.5.1956 – II ZR 229/54 (BGHZ 20, 363).

88 BGH v. 22.11.1956 – II ZR 222/55 (BGHZ 22, 186 = *NJW* (1957), S. 180).

89 RGZ 170, 104.

90 Mit der Folge, dass die drei Miterben zu je einem Drittel Anteil des Gesellschaftsanteils des Erblassers Gesellschafter werden.

91 BGH v. 9.10.1956 – II ZB 11/56 (BGHZ 21, 378): Die GmbH könne zwar nicht als Ein-Mann-Gesellschaft gegründet werden, bleibe aber bestehen, wenn sich alle Anteile in einer Hand vereinigen (S. 383); BGH v. 17.3.1966 – II ZR 282/63 (BGHZ 45, 204).

Die Durchgriffshaftung bei einer Ein-Mann-GmbH wurde im Jahr 1956 zugelassen, aber nur, wenn es Treu und Glauben oder der redliche Rechtsverkehr erfordern.[92] Weitere Entscheidungen betrafen die gesellschaftliche Treuepflicht, die der Senat weiter ausgebaut hat, zum Beispiel anhand der Frage, inwieweit eine Verpflichtung der Gesellschafter besteht, einer Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen,[93] oder ob der Geschäftsführer-Gesellschafter von den anderen Gesellschaftern die Zustimmung zu einer Gehaltserhöhung fordern kann.[94]

Wichtig gerade auch zum Schutz des Rechtsverkehrs ist der Grundsatz der Aufbringung und der Erhaltung des Stammkapitals,[95] insbesondere bei einer GmbH, da diese ja keinen persönlich haftenden Gesellschafter hat. Eine Auszahlung von Vermögenswerten an die Gesellschafter, die das Gesellschaftsvermögen unter die Ziffer des Stammkapitals sinken lässt, ist, so schon das Gesetz, unzulässig. Geschieht dies gleichwohl, so der BGH, führe dies allerdings nicht zu einer Nichtigkeit des Versprechens einer solchen Zahlung, sondern zu einem Erstattungsanspruch der Gesellschaft.[96] Die Sicherung der Aufbringung des Stammkapitals hat zur Folge, dass die Gesellschaft den Gesellschaftern die Stammeinlage nicht erlassen darf (§ 19 Absatz 2 GmbHG aF), und diesen Gedanken hat der Senat weitergedacht: Die GmbH könne ihrerseits mit der Einlageforderung nur aufrechnen, wenn die Aufrechnung zur vollen Erfüllung der Einlageschuld führt; die Aufrechnung sei nur zulässig, wenn die Gesellschafterforderung fällig, liquide und vollwertig ist, ein deutliches Signal in Richtung Sicherung des Stammkapitals.[97] Zu diesem Thema gehören auch die nicht ganz seltenen Fälle, in denen im Gesellschaftsvertrag eine Sacheinlage vereinbart wird, die mit einem bestimmten Wertbetrag bewertet wird. Konkret sollte ein Gesellschafter seine Einlage in Höhe von 10.000 DM dadurch leisten, dass er eine von ihm komponierte Operette in die Gesellschaft einbrachte.[98] Hier stellte sich die Frage, ob diese Komposition tatsächlich 10.000 DM wert war. Die Überbewertung einer Sacheinlage, so der II. Senat, führe nur in Extremfällen, in denen die Überbewertung willkürlich und absichtlich erfolgt, zur Nichtigkeit der Absprache.[99] Allerdings komme in solchen Fällen zumindest ein Schadensersatzanspruch in Betracht.

92 BGH v. 29.11.1956 – III ZR 156/55 (BGHZ 22, 226). Im konkreten Fall hat der Senat das Vorliegen der Voraussetzungen verneint.

93 BGH v. 17.12.1959 – II ZR 81/59 (*NJW* (1960), S. 434); BGH v. 12.1.1956 – II ZR 120/54 (*WM* (1956), S. 351, 352) betreffend die Mitarbeitspflicht.

94 BGH v. 10.6.1965 – II ZR 6/63 (BGHZ 40, 40). Sie hinderte umgekehrt nicht die Gesellschaft daran, Schadensersatz gegenüber einem Geschäftsführer geltend zu machen (BGH v. 27.6.1957 – II ZR 15/65 (BGHZ 25, 47).

95 BGH v. 24.3.1954 – II ZR 23/53 (BGHZ 13, 49, 54).

96 BGH v. 20.12.1952 – II ZR 45/52.

97 BGH v. 13.10.1954 – II ZR 182/53 (BGHZ 15, 52 = *NJW* (1954), S. 1842).

98 BGH v. 16.2.1959 – II 170/57 (BGHZ 29, 300).

99 BGH v. 16.2.1959 – II 170/57 (BGHZ 29, 300, 305).

Ein weiteres Beispiel für eine weniger an der strengen Gesetzesdogmatik, sondern an dem Schutz des Rechtsverkehrs ausgerichteten Rechtsprechung stammt aus dem Jahr 1959: Ein Mann hatte zwei andere Personen als Strohmänner einer unterkapitalisierten GmbH vorgeschoben und die Gesellschaft durch ein Darlehen, das er ihr gewährt hatte, noch „über Wasser gehalten". Der Senat behandelte ihn selbst wie einen Gesellschafter, so dass er sein „Darlehen" wie haftendes Kapital behandeln lassen musste,[100] damit die Sicherung des Stammkapitals sichergestellt werden konnte.

Auch wenn sich im Aktiengesetz von 1937 angeblich das Führerprinzip durchgesetzt hat,[101] blieb dieses Gesetz nach dem Zweiten Weltkrieg unverändert in Kraft, eine Kontinuität nationalsozialistischer Ideologie war hier nicht festzustellen. Die Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft hat in den ersten zwei Jahrzehnten nach dem Krieg noch keine große Relevanz gehabt, aber auch in diesem Bereich kommen Altfälle vor: Eine im Jahr 1938 „arisierte" Aktiengesellschaft aus Oberschlesien war von einem Mann übernommen worden, der kurz vor der Kapitulation Teile des Betriebs nach Süddeutschland verlegt und eine neue Gesellschaft gegründet hatte, wobei der Vorwurf der Veruntreuung im Raum stand. Im Rückerstattungsverfahren kam es zu einem Vergleich mit ehemaligen jüdischen Aktionären, die eine Rückerstattung eingeklagt hatten. Die Frage war, ob dieser Vergleich auch Wirkung für die Gesellschaft entfaltete. Der II. Senat betonte, dass zwar keine Personenidentität zwischen den Klägern und der Aktiengesellschaft bestehe, trotzdem seien sie aber an den Vergleich gebunden, zumindest wenn alle Mitglieder an dem Beschluss mitgewirkt hatten.[102]

Weitere Themen Mitte der 1950er Jahre waren die Bestellung und Auflösung des Anstellungsverhältnisses der Vorstandsmitglieder,[103] die Gültigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen[104] und die Frage, ab wann der Aktionär einen ihm nicht mehr entziehbaren Gewinnanspruch erlangt.[105]

Einerseits ist die Rechtsprechung des II. Senats als konservativ zu bezeichnen, nämlich auf den Erhalt der bisherigen Rechtsgrundsätze ausgerichtet, andererseits hat er in einigen Punkten eine Rechtsfortbildung betrieben, mit der er angemessen auf neue Herausforderungen reagiert hat. Schaut man auf die Personen dieses Senats, der in dieser Materie zuständig war, ergibt sich ein heterogenes Bild: Die ersten beiden Vorsitzenden des Senats haben sich in fachlicher Hinsicht im Gesellschaftsrecht nicht besonders hervorgetan, beide waren vor 1945 bereits in der Justiz tätig gewesen: Karl Canter (Vorsitzender bis 1958), dessen Vater Niederländer und dessen Großeltern

100 BGH v. 14.12.1959 – II 187/57 (BGHZ 31, 258).

101 Diese These beruht vor allem darauf, dass § 76 AktG die Leitung der Gesellschaft dem Vorstand allein übertragen hatte, dazu: Thiessen, Wirtschaftsrecht, S. 236 ff.

102 BGH v. 12.2.1959 – II ZR 180/57 (BGHZ 29, 385).

103 BGH v. 28.4.1954 – II ZR 211/53 (BGHZ 13, 188): Widerruf der Bestellung eines Vorstandsmitglieds; BGH v. 26.3.1956 – II ZR 57/55 (BGHZ 20, 239, 249): Verhältnis Aufsichtsrat/Vorstand.

104 BGH v. 24.2.1954 – II ZR 63/53 (BGHZ 12, 327).

105 BGH v. 24.1.1957 – II ZR 208/55 (BGHZ 23, 150). Das Aktienkonzernrecht wurde erst in den 1970er Jahren relevant.

väterlicherseits Juden gewesen waren, hatte unmittelbar nach dem Krieg im hessischen Justizministerium die dortige Justiz mitaufgebaut[106] und war ein eher unauffälliger Vorsitzender, der weniger für Innovationen, sondern eher für Kontinuität stand. Auf ihn folgte Karl Nastelski (von 1958 bis 1962), der 1937 in die NSDAP eingetreten war und als Mitläufer eingestuft wurde,[107] ebenfalls kein besonderes gesellschaftsrechtliches Profil besaß und aus dem I. Senat kam; er galt eher als ein Fachmann im Patentrecht[108] und wechselte dann auch 1962 in den neugebildeten Ia-Senat für Patentsachen. Spätestens in der Zeit des Vorsitzes von Nastelski, aber wohl auch schon etwas zuvor dürfte der II. Senat im Gesellschaftsrecht durch den – späteren – BGH- Präsidenten Robert Fischer maßgeblich geprägt worden sein, der sich schon in den frühen 1950er Jahren als ein Kenner des Gesellschaftsrechts ausgewiesen hat und den Ruf einer Führungspersönlichkeit genoss, oder, wie es einer seiner Nachfolger formulierte: „Was Gesellschaftsrecht in Deutschland sei, bestimmte Robert Fischer.“[109] Ab 1963 war Fischer Vorsitzender dieses Senats und wurde, nachdem er Präsident des BGH geworden war, 1968 abgelöst durch Georg Kuhn. Dieser war als „Mischling zweiten Grades“ in der NS-Zeit diskriminiert worden und war nach dem Krieg Richter beim Obersten Gerichtshof für die Britische Zone geworden.[110] Er hat dem II. Senat von Anfang an angehört, im Gesellschaftsrecht publiziert und so das Ansehen eines Experten in diesem Bereich gewonnen. Schließlich sei noch Dietrich Reinicke erwähnt, der später als Professor an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster wirkte, ein scharfsinniger Kopf und ein in vielen Teilen des Zivilrechts ausgewiesener Wissenschaftler. Die Biografien sowie die Entscheidungen belegen, dass sich der Senat in erster Linie durch Expertise auszeichnete, die das Handels- und Gesellschaftsrecht nach dem Krieg weiterentwickelt und für eine funktionierende Wirtschaft tauglich gemacht hat.

4.3 Der faire Wettbewerb als Motor des Aufschwungs

Die Sicherung eines freien und fairen Wettbewerbs erfolgte auf zwei Ebenen, zum einen im Kartellrecht, das im Jahr 1958 einem besonderen Kartellsenat zugewiesen wurde, zum anderen bei Klagen wegen des Vorwurfs unlauteren Wettbewerbs durch Mitwettbewerber. Für letzteres war der I. Zivilsenat zuständig, der in seiner Rechtsprechung versucht hat, verschiedene Gruppen von Wettbewerbsverstößen zu bilden

106 BA, Pers 101/39944; BA, Pers 101/39783, Personalblatt.
107 BA, Pers 101/40018, Personalblatt.
108 BA, Pers 101/40021.
109 Stimpel, Gedanken, in: *ZHR*, S. 277, 280; das Zitat wird übernommen vom Präsidenten Tolksdorf, Robert Fischer, in: *ZIP* (2011), S. 1553, 1554.
110 BA, Pers 101/39827.

und für diese konkrete Kriterien herauszuarbeiten.[111] Beispielhaft war eines der frühen Verfahren, in dem im Jahr 1951 ein Solinger Hersteller von Rasierklingen verklagt war, weil er eine prekäre Situation am Markt geschickt ausgenutzt hatte. Er hatte Vorräte an alten Warenbeständen, die nicht mehr verkäuflich waren, im Rahmen einer Umtauschaktion aufgekauft und damit gleichzeitig seinen Vertragspartnern die Verpflichtung zur Abnahme neuer Rasierklingen (zum vierfachen Wert) auferlegt. Diese Ausnutzung einer „Marktverstopfung" sei wettbewerbswidrig, soweit dadurch die Absatzlage für die Wettbewerber erneut in erheblichem Umfang verschlechtert werde.[112] An diesem Beispiel zeigt sich bereits, dass die Wertungen oft fallabhängig getroffen wurden und keinem abstrakten Schema folgten, sondern neuen wirtschaftlichen Entwicklungen Rechnung tragen mussten.

4.3.1 Die Firma/ das Warenzeichen

Mehrfach beschäftigt haben den Senat die Hersteller von Kölnisch Wasser mit Streitigkeiten um den Firmennamen (Farina). Werde eine Firma von vorneherein in der Absicht gewählt, durch die Namensgleichheit mit älteren Firmen Verwechslungen auszunutzen, und lasse die besondere missbräuchliche Art der Nutzung auf eine innere Einstellung des Firmeninhabers schließen, so könne die Verwendung der Firma schlechthin untersagt werden.[113] In mehreren Entscheidungen aus dem Jahr 1954 hatte der Senat erneut über Klagen verschiedener Kölnisch-Wasser-Hersteller zu entscheiden, die alle mit dem (Familien-)Namen „Farina" warben;[114] er verlangte unterscheidungskräftige Zusätze, um die Unterschiedlichkeit der Bezeichnungen deutlich hervorzuheben. In einem dieser drei Verfahren ging es auch um die Verwendung eines bekannten historischen Bauwerks (mittelalterliche Giebelhäuser), das, so der Senat, nicht als Werbemarke monopolisiert werden könne.[115] Das Thema Verwechselungsgefahr war immer wieder einmal Gegenstand von Entscheidungen, etwa bei einer Klage der Zeitschrift *Der Spiegel* gegenüber einem Blatt, das sich *T. Wochenspiegel* nannte.[116]

Der räumliche Schutzbereich der Firma eines Unternehmens war gesetzlich nicht klar bestimmt. Dass eine Gaststättenbezeichnung in der Regel ortsgebunden ist, also räumlich begrenzten Schutz genießt, leuchtet ein. Das änderte sich aber, als immer mehr Filialbetriebe aufkamen, deren Unternehmensbezeichnung im ganzen Bundesgebiet verwandt wurde und die dann auch einen entsprechenden Schutz beanspruch-

111 Im Jahr 1962 wurde der Senat aufgeteilt, das Wettbewerbsrecht wurde dem I b-Senat zugeteilt.
112 BGH v. 9.11.1951 – I ZR 32/51 (BGHZ 3, 338).
113 BGH v. 30.11.1951 – I ZR 9/50 (BGHZ 4, 96).
114 BGH v. 6.7.1954 – I ZR 167/52 (BGHZ 14, 155); BGH v. 13.7.1954 – I ZR 14/53 (BGHZ 14, 286) unterstrich, dass die Grundsätze auch für einen Vertrieb im Ausland gelten.
115 BGH v. 11.6.1954 – I ZR 174/52 (BGHZ 14, 15).
116 BGH v. 15.6.1956 – I ZR 105/54 (BGHZ 21, 85).

te und genoss.[117] Auch die zeitliche Reichweite des Firmenschutzes war zu klären, konkret bei dem Rechtsstreit zweier Strumpffabriken, deren eine in der DDR ihren Sitz hatte und die später in der Bundesrepublik tätig geworden war. Der Namensschutz setze zeitlich erst ein ab dem Zeitpunkt ihrer wirtschaftlichen Aktivität mit dem Firmennamen in der Bundesrepublik.[118] Um solche Priorisierungsfragen ging es auch bei einem weiteren deutsch-deutschen Rechtsstreit: Eine Chemiefabrik, die 1934 gegründet und 1948 in der DDR enteignet worden war, stritt mit dem aktuellen Inhaber in der Bundesrepublik um die Verwendung eines Warenzeichens.[119]

Die Abgrenzung zwischen Firmenbezeichnung und Warenzeichen war Gegenstand eines Rechtsstreits zwischen Schaumweinherstellern, die beide den Namen „Napoleon“ benutzten. Der I. Senat differenzierte nach Produkten: Bei Wermut werde der Begriff als betrieblicher Herkunftsnachweis gebraucht, bei französischem Branntwein sei es eine Beschaffenheitsangabe, bei Schaumwein habe das Wort Kennzeichnungskraft.[120] Maßgeblich war der jeweilige Gebrauch in einem konkreten Wirtschaftssegment, was häufig den Rückgriff auf bestimmte kaufmännische Praktiken für die rechtliche Bewertung notwendig machte. Der Begriff „Nährbier“ sei dagegen eine schutzunfähige Beschaffenheitsangabe, was die Richter anhand der „für die Abnahme von Bier in Frage kommenden Verkehrskreise“ ermittelten,[121] eine Methode, die häufiger verwandt wurde, auch wenn sie nicht gerade sehr präzise war.

Grundsätzlich bestand der geschilderte Namensschutz nur bei einer Konkurrenzsituation, die aber auch angenommen wurde, wenn ein Name, eine Firma oder eine besondere Bezeichnung eines gewerblichen Unternehmens mit überragender Kennzeichnungskraft ausgestattet ist und sich kraft langen Gebrauchs und umfassender Werbung in stärkstem Maße als Kennzeichen des Unternehmens durchgesetzt hat.[122] Dann könne ausnahmsweise bei Verwechslungsfähigkeit der Bezeichnungen auch ein Anspruch bestehen, obwohl infolge Ungleichartigkeit der Waren geschäftliche Beziehungen zwischen den beiden Benutzern nicht angenommen werden können. Auch der Anspruch eines Unternehmens, einem anderen den Gebrauch eines ähnlichen Warenzeichens zu untersagen, setzte bei den Konkurrenten grundsätzlich Gleichartigkeit der Waren voraus (§ 5 WZG aF), aber auch hier wurde der Anwendungsbereich in einer Grundsatzentscheidung erweitert: Obwohl weder eine Gleichartigkeit noch eine Verwechselungsgefahr bestehe – so bei einem Hersteller von Lastkraftwagen und Bussen, der Firma Magirus Deutz, und einem Hersteller von Kühlgeräten – könne ausnahmsweise der Warenzeichenschutz gegeben sein, wenn es sich um ein weithin be-

117 BGH v. 14.5.1957 – I ZR 94/55 (BGHZ 24, 238).

118 BGH v. 19.12.1960 – I ZR 57/59 (BGHZ 34, 91). Zur Priorisierung auch: BGH v. 4.11.1966 – I b 161/64, S. 12 des Urteils (*GRUR* (1967), S. 199, 202).

119 BGH v. 7.3.1961 – I ZR 2/60 (BGHZ 34, 345).

120 BGH v. 4.11.1966 – I b 161/64 (*GRUR* (1967), S. 199, 202).

121 BGH v. 30.6.1959 – I ZR 31/58 (BGHZ 30, 357 = *GRUR* (1959), S. 31).

122 BGH v. 22.10.1954 – I ZR 46/53 (BGHZ 15, 107). Kom(m)a als Bezeichnung einer Großhandelskette und eines Füllfederhalters.

kanntes Kennzeichen mit einer überragenden Kennzeichnungskraft handele.[123] Hier richte sich der Schutz gegen eine Entwertung der Werbekraft durch eine Art Verwässerung.[124] Die Wettbewerbssituation war auch der zentrale Aspekt bei zwei Unternehmen, die beide Seide herstellten. Zu berücksichtigen sei bei der Abwägung der Interessen auch die Möglichkeit einer späteren Ausbreitung des Geschäfts eines Unternehmens, weshalb es dann in der Zukunft zu einem Wettbewerb kommen könne.[125] Insoweit war dann eine Prognose gefragt.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen hat der Senat eine Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts vollzogen: In der Messmer-Tee-Entscheidung wurde die Verletzung des Warenzeichenrechts mit einem Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag geahndet mit der Folge, dass der Anspruch auch den vom Schädiger erzielten Gewinn umfasste.[126] Damit übertrug der I. Senat seine Lösung bei Verletzungen von Patent- oder Urheberrechten auch auf den Fall der Nutzung eines Warenzeichens.[127] Die Nutzung sei zumindest ein auch fremdes Geschäft.[128] Für die Berechnung des Schadensersatzes wurde auf die für Lizenzschäden entwickelte Methode zurückgegriffen, so dass maßgeblich der Betrag war, den der Geschädigte normalerweise am Markt hätte erzielen können.[129]

4.3.2 Die Werbung

Mit dem wirtschaftlichen Wachstum stieg nicht nur die Produktion, sondern mehr und mehr trat auch der Absatz in den Vordergrund, und damit wurde die Werbung immer wichtiger. Einen Schwerpunkt der Senatsrechtsprechung bildete daher die Reklame. Die Verwechslungsgefahr wurde auch in diesem Bereich relevant: Die Zeitschrift *Quick* klagte gegen die Gründung einer Zeitschrift mit dem Namen *Glück* mit der Begründung, dass die Klägerin schon lange mit dem Slogan warb „Glück muss man haben“. Die BGH-Richter sahen hier keinen Wettbewerbsverstoß, weil die Verwendung des Begriffs „Glück“ in einem Werbesatz nicht gesperrt werden könne.

> Hat ein zur Kennzeichnung von Waren verwendetes Wort einen jedermann verständlichen, ausgeprägten Sinngehalt, so kann dies für die Frage der Verwechslungsgefahr mit ähnlichen Kenn-

123 BGH v. 11.11.1955 – I ZR 157/53 (BGHZ 19, 23). Diese Grundsatzentscheidung des I. Senats stellt die Voraussetzungen für einen solchen Verwässerungsschutz konkret dar.

124 BGH v. 11.11.1955 – I ZR 157/53 (BGHZ 19, 23, 27). Den Schutz gegen Verwässerungsgefahr hat der Senat nicht aus § 1 UWG abgeleitet, sondern aus §§ 1004, 823 Abs. 1 BGB (BGH v. 11.11.1958 – I ZR 152/57 (BGHZ 28, 320, 326)).

125 BGH v. 11.5.1954 – I ZR 178/52 (BGHZ 13, 244).

126 BGH v. 24.2.1961 – I ZR 83/59 (BGHZ 34, 320).

127 BGH v. 24.2.1961 – I ZR 83/59 (BGHZ 34, 320).

128 Das Reichsgereicht hatte die Nutzung eines (fremden) Warenzeichens als eigenes Geschäft eingeordnet.

129 BGH v. 12.1.1966 – I ZR 5/64 (BGHZ 44, 372).

> zeichnungen die Wirkung haben, daß die Verwechslungsgefahr von vorneherein ausgeschaltet ist, weil in solchen Fällen der Leser oder Hörer die optischen oder klanglichen Unterschiede wesentlich schneller erfassen wird als bei Kennzeichnungen ohne solchen der alltäglichen Vorstellungswelt entnommenen Sinn.[130]

In anderen Entscheidungen ging es um die Unrichtigkeit der Werbeaussage. Bei einem Likör mit einem Alkoholgehalt von 32 Prozent sei die Werbung mit der Formulierung „gesunder Genuss“ nicht zulässig.[131] Rufe eine Werbeangabe die unrichtige Vorstellung hervor, es handele sich um eine im Ausland hergestellte Ware (das Haarpflegemittel „L’Oreal de Paris“), so liege eine unzulässige Irreführung im Sinne von § 3 UWG vor, wenn der Verbraucher aus der angeblich ausländischen Herkunft der Ware auf ihre besondere Güte schließt.[132] Die Entscheidung verdeutlicht, wie schwierig die Frage zu beantworten ist, was der Verbraucher denkt. Kritiker dieser Rechtsprechung monieren, dass solche Urteile zur irreführenden Werbung „auf den dümmsten Teil der Bevölkerung abgestellt“ und damit einen zu unrealistischen Maßstab angelegt hätten.[133]

Werbekampagnen

Mit der wachsenden Konkurrenzsituation auf den verschiedenen Märkten wurden auch größer angelegte Werbekampagnen zum Gegenstand wettbewerblicher Auseinandersetzungen. Die sogenannte progressive Kundenwerbung eines Kaffeeherstellers, der seinen Abnehmern für jeden neu gewonnenen Kunden 20 Prozent Abschlag auf den Preis gewährte, wurde als wettbewerbswidrig eingestuft,[134] eine Sicht, die die unternehmerische Freiheit nach heutigen Maßstäben unnötig einengt. Kundenwerbung war aber nicht nur als Reklame problematisch, sondern auch durch die Einführung von Preisbindungssystemen oder das Anlocken von Kunden durch Werbegeschenke. Eine Werbung eines Süßwarenherstellers, der seinen Produkten sogenannte Mitgehartikel unter Wert hinzufügte, wurde als unzulässig eingestuft[135]. Diese vom BGH entwickelte Kategorie, die als „übertriebenes Anlocken“ bezeichnet wurde, beruhte auf der Vorstellung, dass Verhaltensweisen, die wirtschaftlich „unvernünftig“ sind, unzulässig seien. Diese sehr enge Sicht, die das Kriterium des wirtschaftlich Vernünftigen letztlich nach subjektiven Maßstäben und damit unter Umständen unökonomisch auslegt, ist in ihrer Auswirkung, nämlich der Verhinderung neuer innovativer Absatzmethoden, nicht unproblematisch. Das galt auch für die restriktive Haltung bei einer kostenlosen Verteilung eines Anzeigenblattes, das infolge der Hinzufügung eines redaktionellen Teils in den Augen eines nicht unerheblichen Teiles des Publikums als „Zeitung“

130 BGH v. 11.11.1958 – I ZR 152/57 (BGHZ 28, 320).
131 BGH v. 22.2.1967 – I b ZR 32/65 (BGHZ 47, 259).
132 BGH v. 19.5.1965 – I b ZR 36/63 (BGHZ 44, 16).
133 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 627, 643.
134 BGH v. 3.12.1954 – I ZR 262/52 (BGHZ 15, 356, 370).
135 BGH v. 13.2.1961 – I ZR 134/59 (BGHZ 34, 264).

angesehen wird; dies sei wettbewerbswidrig (im Sinne des § 1 UWG), wenn dadurch ein Inseratenverlust bei den übrigen Tageszeitungen eintritt, der deren Bestand ernsthaft zu gefährden geeignet ist.[136] Demgegenüber sei die Abgabe von Proben eines Produktes (im vorliegenden Fall von Waschmittel) grundsätzlich zulässig, um neue Kunden zu gewinnen, wenn dem Verbraucher durch die kostenlose Verteilung Gelegenheit geschaffen werden soll, sich über die Güte des ihm angebotenen Erzeugnisses zu unterrichten; ein Wettbewerbsverstoß sei aber anzunehmen, wenn Gutscheine in konzentrierten Massenverteilungen an sämtliche Haushalte eines Bezirks unentgeltlich abgegeben werden.[137] Hier liege eine Übersteigerung der Werbung vor, weil der Waschmittelhersteller versucht habe, unzulässig Kunden an sich zu binden, eine aus heutiger Sicht recht strenge Auffassung. Mitte der 1960er Jahre wurde die Haltung des BGH liberaler, denn auch die Abgabe von Proben an eine größere Kundenmenge könne noch zulässig sein, um diese über neuartige Produkte (die unentgeltliche Abgabe von Papiertaschentüchern) zu informieren.[138] Die bisherigen Kriterien, wonach kein Verstoß gegen anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze vorliegen dürfe, so die Haltung des Reichsgerichts, wurde fallen gelassen, ebenso die Überlegung, dass mittlere und kleinere Unternehmen sich diese Werbemethode wirtschaftlich nicht leisten können, so anfangs die Auffassung des I. Zivilsenats. Auch eine solche Betrachtungsweise sei nicht mehr „zeitgemäß".[139] Soweit es darum gehe, die Kunden mit einem neuen Produkt bekannt zu machen, sei eine Behinderung der Mitbewerber nicht gegeben.[140]

Vergleichende Werbung

Im Rahmen der Zurückdrängung vergleichender Werbung erwies sich der Senat ebenfalls anfangs als konservativ[141] und bewegte sich bei der sogenannten Wertreklame in den Bahnen, die bereits zuvor das Reichsgericht beschritten hatte. Es mussten schon besondere Gründe vorliegen, die eine solche Werbung rechtfertigten, sonst wurde sie für sittenwidrig angesehen.[142] Eine vergleichende Werbung sei nur zulässig, wenn es um einen Systemvergleich geht, bei dem Nachteile bisheriger Verfahren benannt und

136 BGH v. 27.1.1956 – IZR 146/54 (BGHZ 19, 392).
137 BGH v. 22.2.1957 – I ZR 68/56 (BGHZ 23, 365).
138 BGH v. 26.2.1965 – I b 51/63 (BGHZ 43, 278).
139 BGH v. 26.2.1965 – Ib 51/63 (BGHZ 43, 278, 283).
140 BGH v. 26.2.1965 – I b 51/63 (BGHZ 43, 278).
141 BGH v. 10.6.1964 – Ib ZR 128/62 (BGHZ 42, 134); BGH v. 23.2.1968 – Ib ZR 148/65 (BGHZ 49, 325, 330); kritisch Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, S. 638.
142 Kritik wurde daran auch im Bundestag geübt, weil durch diese Rechtsprechung die Arbeit von Warentest-Instituten erschwert werde (Beyer, SPD, in der Bundestagssitzung vom 4.12.1963 (Verhandlungen des BT, S. 4515), während Staatssekretär Walter Strauß genau diese Rechtsprechung im Bundestag gelobt hat.

dann die Vorzüge des neuen Verfahrens geschildert werden,[143] oder wenn bei einem Fortschrittsvergleich zweier Dichtungsmittel allgemein auf Vorgängerprodukte Bezug genommen werde und nicht unmittelbar auf das Konkurrenzprodukt.[144] Allein die Tatsache, dass der Werbung ein subjektives Element innewohnt, mache diese noch nicht unlauter. Die Unzulässigkeit könne aber gegeben sein, wenn die Mängel des eigenen Produkts verschwiegen würden. Wer ein Zusatzgerät für verschiedene Geräte unterschiedlicher Firmen herstelle (konkret ein Bohnerzusatz für Staubsauger), dürfe damit werben, dass dieses Gerät auch beim Konkurrenten funktioniere und dürfe dann dessen Namen nennen.[145] Als Grundsatz galt, dass der Warenvergleich zulässig ist, „wenn die Angaben sich nach Art und Maß in den Grenzen des erforderlichen halten und der wahrheitsgemäßen sachlichen Erörterung dienen“,[146] eine Definition, die den Werbefachleuten damals Probleme bereitet haben dürfte.

Speziell bei einem Preisvergleich setzte sich in den 1960er Jahren eine liberalere Haltung durch. Eine Werbemaßnahme, mit der die angebotene Ware unter dem empfohlenen Richtpreis verkauft wird, sei zulässig, wenn in der Branche die Richtpreise von den meisten Händlern (in diesem Fall von Elektrogeräten) unterschritten werden.[147] Auch bei einem Uhren- und Schmuckhändler wurde eine entsprechende, aber etwas anders formulierte Werbung („40 Prozent können Sie sparen“) für zulässig gehalten, weil sie zu einer Verbesserung der Marktübersicht für den Verbraucher führe.[148]

Ein weiterer häufiger Streitfall war die Ausschließlichkeitsklausel, mit der ein Hersteller die von ihm belieferten Großhändler verpflichtete, seine Produkte nur an bestimmte Händler weiterzugeben. Sie wurde zwar nicht generell als wettbewerbswidrig angesehen, dieses Ergebnis ergab sich aber häufig aus den Umständen des Einzelfalles.[149] Unzulässig sei eine Direktabgabe eines Produktes durch einen Großhändler, wenn dieser sein Verhalten gegenüber den mit ihm vertraglich verbundenen Einzelhändlern verheimliche.[150] Eine Umgehung der Ausschließlichkeitsklausel in der Weise, dass ein Großhändler die Ware über andere Kanäle bezieht, sei rechtswidrig, weil andere dadurch zum Vertragsbruch verleitet würden.[151] Das gleiche Ergebnis ergab sich bei einem Schokoladenhersteller, der einen *cash & carry*- Großhändler nicht belieferte, worauf dieser sich anders eindeckte. Wer sich unter sittenwidriger Ausnutzung fremden Vertragsbruchs preisgebundene Markenware zum Zwecke des Weiter-

143 BGH v. 13.11.1951 – I ZR 44/51 (*GRUR* (1952), S. 416).
144 BGH v. 29.3.1960 – I ZR 145/58 (*GRUR* (1961), S. 237).
145 BGH v. 12.11.1957 – I ZR 44/56 (*GRUR* (1958), S. 343).
146 BGH v. 14.7.1961 – I ZR 40/60 (*GRUR* (1962), S. 45, 48).
147 BGH v. 10.6.1964 – Ib ZR 128/62 (BGHZ 42, 134).
148 BGH v. 23.2.1968 – Ib ZR 148/65 (BGHZ 49, 325).
149 BGH v. 16.3.1954 – I ZR 179/52 (BGHZ 13, 33): Verstoß einer Genossenschaft gegen Dekartellisierungsregeln.
150 BGH v. 27.6.1958 – I ZR 109/56 (BGHZ 28, 54).
151 BGH v. 14.6.1963 – I ZR 5/62 (BGHZ 40, 35).

verkaufs verschafft, könne sich gegenüber dem Unterlassungsanspruch des Herstellers (§ 1 UWG) nicht mit Erfolg darauf berufen, er handle in wettbewerblicher Abwehr, da der Hersteller ihn unter Verstoß gegen § 26 Abs. 2 GWB aF durch Nichtbelieferung diskriminiere.[152] Auch hier ergab sich die Sittenwidrigkeit daraus, dass der Händler andere vertragsbrüchig werden lasse. Relativ einfach machte es sich der I. Senat bei Apothekern: Hier seien ganz formell Verstöße gegen die Arzneimittelverordnung als Verstöße gegen das Standesrecht wettbewerbsrechtlich als unzulässig anzusehen.[153]

4.3.3 Unzulässige Absprachen

Bereits vor der Gründung des Kartellsenats gab es vereinzelte Entscheidungen in diesem Bereich durch andere Senate. So hielt der II. Senat im Jahr 1952 eine Regelung für zulässig, die drei Brüder bei der Auseinandersetzung einer von ihnen betriebenen offenen Handelsgesellschaft vorgenommen hatten: Die Kundschaft könne unter ihnen gebietsweise aufgeteilt und wirksam vereinbart werden, dass jeder der Beteiligten im Gebiet, das dem anderen vorbehalten wurde, jeden Wettbewerb, auch unter anderer Firma zu unterlassen habe.[154]

Mit dem Inkrafttreten des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahr 1958 wurde der Kartellsenat gegründet,[155] der grundsätzlich in der Tradition der Entscheidungen der anderen Senate aus den Jahren zuvor agierte, im Übrigen bei der Auslegung des neuen Gesetzes häufig auch auf die Entstehungsgeschichte zurückgriff.[156] Der Anwendungsbereich des GWB sei auch auf die Träger der Sozialversicherung anzuwenden, die zwar teilweise öffentlich-rechtlich tätig würden, in vielfacher Weise aber auch privatrechtlich. Insoweit sei bei einem Vertrag der Allgemeinen Ortskrankenkasse mit einem Apothekerverein auch der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten eröffnet und keine Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit gegeben, so der Senat.[157] Zur Anwendung des Kartellrechts genüge jedwede Tätigkeit im geschäftlichen Bereich, so dass auch Absprachen der Sozialversicherungsträger mit einem Unternehmen für Sanitätsbedarf einer Überprüfung unterlägen.[158]

In Fragen der horizontalen Beschränkung stand der damals umstrittene Vertragsbegriff im Mittelpunkt.[159] Wann sollte eine kartellrechtlich relevante Kartellvereinba-

152 BGH v. 8.3.1962 – KZR 8/61 (BGHZ 37, 30).
153 BGH v. 16.11.1956 – I ZR 150/54 (BGHZ 22, 167); BGH v. 29.1.1957 – I ZR 53/55 (BGHZ 23, 184).
154 BGH v. 13.2.1952 – II ZR 88/51 (BGHZ 5, 126).
155 Er bestand aus Mitgliedern verschiedener, fachnaher Senate, den Vorsitz führten jeweils die Präsidenten des BGH.
156 BGH v. 15.12.1960 – KZR 2/60 (BGHZ 34, 53, 58); BGH v. 24.10.1963 – KVR 3/62 (BGHZ 41, 42).
157 BGH v. 15.12.1960 – KZR 2/60 (BGHZ 34, 53 = *NJW* (1961), S. 405).
158 BGH v. 26.10.1961 – KZR 1/61 (BGHZ 36, 91, 102 = *NJW* (1962), S. 196).
159 BGH v. 17.2.1970 – KRB 1/70 (BGHSt 24, 54).

rung gegeben sein? Es sei nicht erforderlich, dass die Absprache dem gemeinsamen Zweck der Marktbeeinflussung diene; es reiche, wenn sie objektiv geeignet sei, eine solche Beeinflussung zu bewirken.[160] Dies wurde in der Spar-Supermarkt Entscheidung[161] noch einmal wiederholt, entscheidend sei die „nach allgemeiner wirtschaftlicher Erfahrung spürbare Einwirkung“ auf die Marktverhältnisse. Eine Gebietsabgrenzung stelle einen wichtigen Faktor dar und sei ein Indiz für eine solche spürbare Wirkung, weil sie die Entschließungsfreiheit der Unternehmer beschränke.[162]

Schwierig erwies es sich im Einzelfall, die noch zulässigen Absprachen von wettbewerbswidrigen Kartellen zu unterscheiden. Eine Preisbindung mit Mengenrabatt (sog. Rabattkartell) sei sowohl im Verhältnis des Herstellers zum Großhändler als auch im Verhältnis zum Einzelhändler nicht grundsätzlich (nach § 26 Absatz 2 UWG) verboten.[163] Denn ein Rabattkartell könne in engen Grenzen mit marktwirtschaftlichen Grundsätzen vereinbar sein, da es die Transparenz fördere; allerdings müssten die Auswirkungen der Absprachen der Unternehmen auf den sonstigen Wettbewerb konkret gewürdigt werden,[164] was bei einer vertikalen Preisempfehlung für das Kölnisch Wasser „4711“ Gegenstand eines kartellrechtlichen Verfahrens gewesen war.[165] Ein weiteres Problem stellte der Anwendungsbereich des Kartellrechts dar, wenn es um das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern ging. Eine OHG, die mehrere Filmtheater betrieb, verklagte einen ihrer Gesellschafter, der mit einem eigenen Kino der Gesellschaft Konkurrenz machte. Der Senat hat den hierin liegenden Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot damit sanktioniert, dass er der Gesellschaft ein Eintrittsrecht hinsichtlich des neu gegründeten Kinos (gemäß § 113 HGB aF) zusprach.[166]

In einer Reihe von Entscheidungen stand der Missbrauchsbegriff im Zentrum der Überlegungen. Die Aufgabe der Rechtsprechung, so der Senat unter dem Vorsitz des BGH-Präsidenten Bruno Heusinger, bestehe darin, einzugreifen,

> um im Hinblick auf die herrschenden besonderen Verhältnisse ein optimales Wirtschaftsergebnis und damit eine bessere Versorgung des Verbrauchers zu erzielen, als unter diesen besonderen Verhältnissen der freie Wettbewerb gewährleistet, [167]

was schwierige Abwägungsprozesse nach sich zog und eine Reihe von Einzelfallentscheidungen, die hier nicht im Detail referiert werden sollen.

Alles in allem ist die Rechtsprechung des BGH zum Wettbewerbsrecht in dieser Zeit, jedenfalls was den I. Senat angeht, als eher konservativ zu beschreiben. Insbeson-

160 BGH v. 26.10.1959 – KZR 2/59 (BGHZ 31, 105).
161 BGH v. 7.6.1962 – KZR 6/60 (BGHZ 37, 194).
162 BGH v. 7.6.1962 – KZR 6/60 (BGHZ 37, 194, 202).
163 BGH v. 27.9.1962 – KZR 6/61 (BGHZ 38, 90).
164 BGH v. 24.10.1963 – KVR3/62 (BGHZ 41, 42, 49 f.).
165 BGH v. 8.10.1958 – KZR 1/58 (BGHZ 28, 208).
166 BGH v. 6.12.1962 – KZR 4/62 (BGHZ 38, 306).
167 BGH v. 27.11.1964 – KVR 3/63 (*MDR* (1956), S. 367).

dere bei der Beschränkung von Werbemaßnahmen sind Entscheidungen dieses Senates mit der Anwendung der Sittenwidrigkeit im Nachhinein zu wettbewerbsfeindlich gewesen. Im Kartellrecht hat der BGH eine vorsichtige und zurückhaltende Wettbewerbsjustiz betrieben, die Rechtsprechung war kasuistisch und bildete einige wenige Fallgruppen heraus, die aber in dieser Zeit erste wichtige Bausteine für eine neue Materie schaffen, auch wenn eine ganze Reihe von Aspekten erst in späteren Jahren durch die Rechtsprechung entschieden wurden.

4.4 Kreditsicherheiten

Das starke Wirtschaftswachstum dieser Zeit, das sowohl die Exportwirtschaft boomen als auch die Investitionsquote in die Höhe schnellen ließ, führte zu einem extrem hohen Warenumsatz, der die Konkurrenz von Geld- und Warenkredit brisant werden ließ. Die in diesem Bereich zuständigen BGH-Senate, so der im Jahr 1956 neu gebildete VIII. Senat[168] haben versucht, die verschiedenen Interessen der Marktteilnehmer in Einklang zu bringen, mitunter ohne auf konkrete gesetzliche Regelungen zurückgreifen zu können.

Bei der Lieferung einer Ware ohne unmittelbare Kaufpreiszahlung ist es der Warenlieferant, der abgesichert werden will, weil er vorleistet. Deshalb behält er sich das Eigentum bis zur endgültigen Kaufpreiszahlung vor, erst dann geht das Eigentum auf den Käufer über. Allerdings erwirbt der Erwerber die Ware meist zu dem Zweck, um sie weiter zu veräußern oder zu verarbeiten. Dafür bietet sich der verlängerte Eigentumsvorbehalt an, mit dem der erste Verkäufer sein Eigentum gegenüber dem Dritten, also dem Abnehmer des Verkäufers, fortsetzt. Der BGH hatte die Vorausabtretung durch einen verlängerten Eigentumsvorbehalt frühzeitig anerkannt,[169] eine Ausdehnung erfolgte durch den VII. Senat, der 1957 entschied, dass sich der verlängerte Eigentumsvorbehalt auch auf eingebaute Baustoffe erstrecken könne.[170] In einer grundlegenden Entscheidung hat der VIII. Senat – in Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts – festgestellt, dass das bei einem Verkauf unter Eigentumsvorbehalt entstehende Anwartschaftsrecht des Erwerbers wie das Eigentum weiter übertragen und verpfändet werden könne,[171] womit es einen konkreten Wirtschaftswert erhielt. Dieses Anwartschaftsrecht ist auflösend bedingt durch die endgültige Kaufpreiszahlung, mit Eintritt der Bedingung erstarkt es zum Volleigentum. Bei nochmaliger Weiterveräußerung wurde die Anwartschaft dadurch gestärkt, dass ein Durchgangserwerb beim Veräußerer nicht erfolgte,[172] womit dessen Insolvenz uner-

168 Er war unter anderem zuständig für Kauf, Tausch, Miete.
169 BGH v. 25.10.1952 – I ZR 121/51 (BGHZ 7, 365).
170 BGH v. 16.12.1957 – VII ZR 402/56 (BGHZ 26, 178).
171 BGH v. 22.7.1956 – VIII ZR 164/55 (BGHZ 20, 88).
172 BGH v. 22.7.1956 – VIII ZR 164/55 (BGHZ 20, 88, 90).

heblich war und womit die Verkehrsfähigkeit weiter erhöht wurde.[173] Der Flexibilität dient auch die in der Praxis gebräuchliche Verarbeitungsklausel, nach der der Rohstofflieferant Eigentümer des Fertigproduktes wird, die ebenfalls als zulässig angesehen wurde. Schwieriger war es, wenn mehrere Lieferanten Teile für ein Endprodukt lieferten und alle ihr Eigentum „fortsetzen“ wollten. Der VIII. Senat ließ es zu, dass die Lieferanten zu bestimmten Teilen (entsprechend dem Wert des Rohstoffmaterials im Verhältnis zum Fertigprodukt) Miteigentümer wurden.[174]

Ein anderes Kreditmittel für einen Unternehmer besteht darin, dem Kreditgeber seine Waren zur Sicherheit zu übereignen, was der BGH, dem Reichsgericht folgend, anerkannt hat, womit die Sicherungsübereignung faktisch wie ein besitzloses Pfandrecht funktionierte.[175] Allerdings hatte der IV. Senat im Jahr 1956 wenig verkehrsfreundlich gemeint, es müsse bei der Sicherungsübereignung eines Warenlagers individuell bestimmt werden, welche Sachen übereignet werden, vor allem wenn Teile des Warenlagers unter Eigentumsvorbehalt geleistet worden waren.[176] Diese restriktive Haltung zur Sicherheitsübereignung erfuhr zwei Jahre später eine Änderung, nachdem zum 1. Januar 1958 die Zuständigkeit für Ansprüche aus Besitz und Eigentum vom IV. auf den VIII. Senat übergegangen waren.[177] Letzterer schwächte das Erfordernis der Bestimmtheit ab:[178] Diese sei auch bei der Übereignung eines ganzen Warenlagers mit wechselndem Bestand gegeben, der Schutz anderer Gläubiger werde nicht beeinträchtigt. Die Interessen des Erwerbers seien gewahrt, da ja immerhin das Anwartschaftsrecht übertragen werden könne und der Erwerber wisse, dass er – jedenfalls an einem Teil der Waren – kein volles Eigentum erhalte. Eine Information für Dritte sei für die Eigentumsübertragung nicht erforderlich. Trotz des Widerspruchs zu der Entscheidung des IV. Senats unterließ es der VIII. Senat, den Großen Senat anzurufen, da mit dem nunmehr erfolgten Zuständigkeitswechsel divergierende Entscheidungen der beiden Senate vermieden seien und damit die Einheitlichkeit der Rechtsprechung für die Zukunft gewährleistet sei. Die deutlich liberalere Haltung des VIII. Senats bedeutete eine wesentliche Erleichterung für die Lieferanten, so dass – wieder – die Verkehrsfähigkeit erheblich erhöht wurde.

Immer wieder trafen und treffen Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung aufeinander, so dass der Konflikt zwischen dem Waren- und dem Geldkredit ein gewichtiges Rechtsproblem darstellt. Konkret stellt sich die Frage: Wie ist das Verhältnis des Sicherungseigentümers, etwa einer Bank, zu den Warenlieferanten mit ihrem Eigentumsvorbehalt? Der BGH hat sich mit der herrschenden Meinung der Literatur

173 BGH v. 24.6.1958 – VIII ZR 205/57 (BGHZ 28, 16).

174 BGH v. 19.10.1966 – VIII 152/64 (BGHZ 46, 117); ähnlich für die Weinbrand-Verarbeitung: BGH v. 5.4.1971 – VIII 99/69 (BGHZ 56, 88).

175 BGH v. 14.7.1952 – IV ZR 1/52 (BGHZ 7, 111).

176 BGH v. 13.6.1956 – IV ZR 24/56 (BGHZ 21, 52 = *NJW* (1958), S. 1133).

177 Der VIII. Senat war 1956 gebildet worden und zunächst vornehmlich für Kauf, Tausch und Miete zuständig.

178 BGH v. 24.6.1958 – VIII 205/57 (BGHZ 28, 16 = *NJW* (1958), S. 1133).

für das Prioritätsprinzip ausgesprochen[179] und gegen die Auffassung, wonach der Warenlieferant Vorrang genießt.[180] Für eine Vorausabtretung von Forderungen ließ der BGH unter Ablehnung der früheren Rechtsprechung die Bestimmbarkeit der Forderungen genügen.[181] Damit genoss eine Vorausabtretung von Forderungen, die mit einem verlängerten Eigentumsvorbehalt verbunden war, Vorrang vor späteren Vereinbarungen. Allerdings konnte die Vorausabtretung sittenwidrig sein, wenn sie zu einer Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Vorbehaltskäufers führte. Im Jahr 1959 nahm der VII. Senat die Sittenwidrigkeit einer Globalzession an, wenn diese auch Sachen künftiger Lieferanten mit Eigentumsvorbehalt erfasst, weil dadurch der Schuldner gezwungen werde, gegenüber seinen Warenlieferanten fortgesetzte Vertragsverletzungen zu begehen.[182] Die in der Vorausabtretung denkbare Sittenwidrigkeit werde indes vermieden, so der VIII. Senat, wenn der Verkäufer sich zur Freigabe der zur Sicherheit abgetretenen Forderungen verpflichtete, soweit die ihm gewährten Sicherungen seiner Forderungen 25 Prozent überstiegen.[183] Außerdem hatte der Verkäufer zur Vermeidung der Sittenwidrigkeit dem Vorbehaltskäufer zu gestatten, dass er seine Forderungen einziehen darf, solange er seine Zahlungsverpflichtungen erfüllte. Keine Sittenwidrigkeit war gegeben, wenn der Kreditgeber nicht mit der Vereinbarung eines verlängerten Eigentumsvorbehalts rechnen musste und die Abtretung auch nur einen Teil der Forderung erfasste.[184] Durch diese von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien wurde dem etwas groben Kriterium der Sittenwidrigkeit eine gewisse Flexibilität verliehen. Häufig war die Situation gegeben, dass der Verkäufer dem Erwerber die Weiterveräußerung der verkauften Sache gestattet hatte, allerdings unter der Bedingung, dass die mit dem Weiterverkauf erworbenen Forderungen im Voraus abgetreten werden. In einem konkreten Fall hatte der Erwerber jedoch abredewidrig beim Weiterverkauf mit seinen neuen Kunden keine Abtretung vereinbart und war dann in Konkurs gegangen. Der VIII. Senat schützte den Erstverkäufer und gewährte ihm ein Ersatzaussonderungsrecht gegenüber dem Konkursverwalter.[185]

Die Urteile der beiden Senate haben wesentliche Pflöcke für das Kreditrecht eingeschlagen. Und auch wenn die Senate mit dem Kriterium der Sittenwidrigkeit recht stark regulierend in den Markt eingegriffen haben, ist es doch als Leistung der Rechtsprechung zu würdigen, dass sie im Wesentlichen ein Recht geschaffen haben, das gute Rahmenbedingungen für einen florierenden Warenverkehr zur Folge hatte. Prä-

179 BGH v. 30.4.1959 – VII ZR 19/58 (BGHZ 30, 149,152 mit Nachweisen aus der Literatur).

180 Flume, Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, in: *NJW* (1950), S. 841; Neubeck, Urteilsanmerkung, in: *NJW* (1959), S. 581.

181 BGH v. 25.10.1952 – I ZR 121/51 (BGHZ 7, 365, 368); BGH v. 16.12.1957 – VIII ZR 49/57 (BGHZ 26, 185, 189).

182 BGH v. 30.4.1959 – VII ZR 19/58 (BGHZ 30, 149, 153).

183 BGH v. 16.12.1957 – VIII ZR 49/57 (BGHZ 26, 185, 190 f.).

184 BGH v. 9.6.1960 – VII ZR 228/58 (BGHZ 32, 361).

185 BGH v. 23.5.1958 – VIII ZR 434/56 (BGHZ 27, 306).

sident des VIII. Senats war Emil Großmann, ein Fabrikantensohn, der während der Kriegszeit beim Oberlandesgericht Dresden und seit 1940 Parteimitglied sowie in diversen anderen NS-Organisationen gewesen war.[186] Weitere Senatsmitglieder waren Hermann Spieler, Sohn eines Prokuristen,[187] seit 1933 Mitglied der NSDAP und zuvor bei den Oberlandesgerichten in Naumburg und Breslau tätig, ferner die früheren Landgerichtsräte Hans Robert Mezger, Sohn eines Kaufmanns,[188] Josef Mormann, aus einer Bauersfamilie stammend,[189] und Wolfgang Gelhaar,[190] alle drei formal NS-belastet, aber soweit ersichtlich nicht weiter in nationalsozialistisches Unrecht verstrickt. Jedenfalls lässt sich kaum behaupten, dass ihre richterliche Sozialisation einer sachlichen Behandlung kauf- oder mietrechtlicher[191] Fragen negativ im Wege gestanden hätte, aber möglicherweise haben die Berufe der Väter ihre Vorlieben für wirtschaftsrechtliche Fragen beeinflusst.

4.5 Der Verbraucherschutz

4.5.1 Das Kleingedruckte

Die Rechtsfragen, die mit der Verwendung Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) zusammenhängen, sind in Deutschland über Jahrzehnte hinweg gesetzlich nicht geregelt gewesen, denn das AGB-Gesetz stammt aus dem Jahre 1977,[192] und ins BGB kamen die entsprechenden Regelungen erst mit der Schuldrechtsreform des Jahres 2002.[193] Gleichwohl erfolgten bereits in den 1950er Jahren wichtige Weichenstellungen durch den BGH, der zunächst in Einzelfragen an die Rechtsprechung des Reichsgerichts anknüpfte, um dann die Materie entscheidend weiterzuentwickeln. Der BGH verstand seine Kontrolle über solche vorformulierten Verträge auch als einen Beitrag zur Sicherung eines „redlichen Geschäftsverkehrs,“[194] so der II. Senat, weshalb sich diese Rechtsprechung in gewisser Weise an die zum Wettbewerbsrecht anschließt. Im Gegensatz zum Wettbewerbsrecht stand allerdings bei den AGB der Verbraucherschutz, nicht ein Mitwettbewerber im Vordergrund.

186 BA, Pers 101/39970, Personalblatt.
187 BA, Pers 101/40047, Personalblatt.
188 BA, Pers 101/48875, Personalblatt.
189 BA, Pers 101/76038, Personalblatt; BA, Pers 101/76041, Personalblatt. Mormann hat wegen seines Austritts aus der SS und des Vorwurfs fehlenden Einsatzes für die Partei Schwierigkeiten im Nationalsozialismus gehabt.
190 BA, Pers 101/39967, Personalblatt
191 Dazu Kapitel 5.3.
192 Gesetz v. 9.12.1977 (BGBl I, 1977, 3317).
193 Gesetz v. 26.11.2001 (BGBl I, 2002, 42).
194 BGH v. 17.2.1964 – II 98/62 (*NJW* (1964), S. 1124). Nipperdey, Grundprinzipien, in: *DRZ* (1950), S. 198.

Die Anfänge nach dem Zweiten Weltkrieg machte der I. Senat mit der unschön formulierten Klarstellung, dass die Geltung solcher AGB stets eine „Unterwerfung" der Vertragsparteien unter diese „Rechtsordnung" erfordere, die auch stillschweigend erfolgen könne.[195] Die Begrifflichkeit (Unterwerfung, Rechtsordnung) ist noch wenig am Vertragsrecht orientiert. Und die Schwelle für eine Einbeziehung der AGB war relativ niedrig gewählt,[196] wenn etwa die Möglichkeit erwähnt wird, dass ein Einverständnis anzunehmen sein könne, wenn es in normalen Geschäftskreisen zu unterstellen sei.[197] Oder es wurde formuliert, dass eine Akzeptanz des Vertragspartners gegeben sein könnte für solche „Bedingungen, mit deren Aufstellen er billiger- und gerechterweise rechnen kann."[198] Doch sollte es sich schnell durchsetzen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann wirksam sind, wenn sie von beiden Parteien vereinbart worden sind.

Wie schon das Reichsgericht[199] hat auch der BGH eine unklare Formulierung in den AGB zu Lasten des Verwenders gehen lassen.[200] Auch sonst deutete zunächst alles darauf hin, dass die vom Reichsgericht vorgezeichnete Linie[201] fortgesetzt wird, mit der lediglich ein Monopolmissbrauch durch Allgemeine Geschäftsbedingungen verhindert wurde,[202] während eine Inhaltskontrolle einzelner Vertragsbedingungen damit nicht verbunden war. Dementsprechend wurde bis Mitte der 1950er Jahre nur in Extremfällen die Sittenwidrigkeit einer Klausel und deren Unwirksamkeit (gemäß § 138 BGB) angenommen, etwa bei einem Haftungsausschluss in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken für fehlerhafte Auskünfte, wenn das Kreditinstitut das schuldhafte Verhalten zu seinem Vorteil ausgenutzt hatte.[203] Auch einem Spediteur, der grob gegen seine Pflichten verstoßen hatte, war die Berufung auf den vereinbarten Haftungssauschluss wegen eines Verstoßes gegen Treu und Glauben versagt worden.[204] Das Gleiche galt für die in den Spediteurbedingungen enthaltene Klausel, die ein Pfandrecht an Gütern Dritter hatte begründen wollen.[205]

---

195 BGH v. 19.1.1951 – I ZR 53/50 (BGHZ 1, 83 = *NJW* 51, S. 403). Ähnlich BGH v. 5.10.1951 – I ZR 92/50 (BGHZ 3, 200 = *NJW* (1951), S. 957): Allgemeine Lagerbedingungen des deutschen Möbeltransports. BGH v. 8.3.1955 – I ZR 109/53 (*NJW* (1955), S. 1145): Spediteurbedingungen.

196 So auch später der Gesetzgeber des AGB-Gesetzes (BT-Drs. 7/3919, 13).

197 BGH v. 5.10.1951 – I ZR 92/50 (BGHZ 3, 200, 203).

198 BGH v. 8.3.1955 – I ZR 109/53 (BGHZ 17, 1, 3).

199 RGZ 145, 21.

200 BGH v. 12.2.1952 – I ZR 96/51 (BGHZ 5, 111, 115 = *NJW* (1952), S. 657), konkret entschieden für einen Wettvertrag. In dieser Entscheidung wird überdies zum Schutze des Rechtsverkehrs eine Duldungsvollmacht großzügig angenommen (dazu *NJW* (1951), S. 309).

201 RGZ 143, 24 (betrifft die Ausnutzung der Monopolstellung eines Elektrizitätswerkes durch die Verwendung vorformulierter Klauseln).

202 Darauf wird z. B. in der Entscheidung des I. Zivilsenats v. 13.3.1956 – I ZR 132/54 (*NJW* (1956), S. 1065) unter Bezugnahme auf das Reichsgericht abgestellt (für Bedingungen von Schleppunternehmen, die alle den gleichen Wortlaut hatten).

203 BGH v. 28.4.1954 – II ZR 279/53 (BGHZ 13, 198).

204 BGH v. 6.3.1956 – I ZR 154/54 (BGHZ 20, 164 = *NJW* (1956), S. 908).

205 BGH v. 8.3.1955 – I ZR 109/53 (BGHZ 17, 1).

Während sich diese Entscheidungen (des I. und II. Senats) ganz in der Tradition des Reichsgerichts bewegten, ist die Entscheidung des II. Senats vom Oktober 1956,[206] die wohl maßgeblich durch Robert Fischer geprägt wurde, als „Meilenstein“ bezeichnet worden.[207] In ihr wurde der Gewährleistungsausschluss für den Kauf neuer Möbel für unzulässig erklärt, wenn dem Käufer kein Nachbesserungsrecht eingeräumt wird oder die Nachbesserung unmöglich, vom Verkäufer verweigert oder unzulänglich wahrgenommen wurde.[208] Das geschilderte Urteil zitierte die grundlegende Arbeit von Ludwig Raiser[209] und deutete damit an, dass neue Pfade beschritten würden.[210] Das Gericht müsse für einen billigen Ausgleich der beiderseitigen Interessen der Vertragspartner sorgen, Treu und Glauben (§ 242 BGB) eröffneten die Möglichkeit einer weitgehenden Inhaltskontrolle von Vertragsbedingungen. Die Bedenken, die sich aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und dem Vorrang der Privatautonomie aufdrängten, begegneten die Richter, indem sie das Argument umdrehten: Gerade, weil der eine Marktteilnehmer über eine deutlich stärkere Verhandlungsposition verfüge, sei mangels gleicher Machtverhältnisse unter dem Gesichtspunkt der Privatautonomie eine Kontrolle notwendig, eine Sichtweise, die später auch – in anderem Zusammenhang – das Bundesverfassungsgericht teilte. Allerdings glaubte der BGH zunächst noch, keine allgemeinen Regeln aufstellen zu können; die Wertungen für eine Überprüfung der AGB müssten sich unterscheiden, je nachdem um welche Käufer- oder Verkäuferschicht es sich handelt.[211]

Immerhin war der Weg geschaffen zu einer Inhaltskontrolle einzelner Klauseln, die anhand von Treu und Glauben in der folgenden Zeit weiterentwickelt wurde. Der II. Senat hat klargestellt, dass ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit in AGB unabhängig von einer Monopolstellung unwirksam sein kann.[212] Außerdem wurden in den 1960er Jahren von verschiedenen Senaten einzelne Kriterien herausgearbeitet, die den Kontrollmaßstab „Treu und Glauben“ etwas konkretisierten: So wurde den gesetzlichen Regelungen, die zwar dispositiv seien, auch eine gewisse Gerechtigkeitsgewähr zugesprochen.[213] Wenn die AGB dem Vertrag praktisch jeden Nutzen nimmt,

206 BGH v. 29.10.1956 – II 79/55 (BGHZ 22, 90).

207 So Pfeiffer, Anmerkung, in: *NJW* (2017), S. 3076. Raiser sprach von einem „Ruhmesblatt der deutschen Rechtsprechung“, Raiser, in: *JZ* (1958), S. 1.

208 Dogmatischer Ansatzpunkt sollte Treu und Glauben sein (§ 242 BGB) sein, ein Gedanke, den bereits wenige Monate zuvor der I. Senat formuliert hatte (BGH v. 6.3.1956 – I ZR 154/54 (*NJW* (1956), S. 908)).

209 Raiser, Das Recht.

210 BGH v. 29.10.1956 – II 79/55 (BGHZ 22, 97 = *NJW* (1957), S. 17).

211 BGH v. 29.10.1956 – II 79/55 (BGHZ 22, 97, 98). Das klang nach Differenzierungen zwischen dem Verhältnis Industrie/Handel und dem Verhältnis Handel/Verbraucher (s. Pfeiffer, Anmerkung, in: *NJW* (2017), S. 3077).

212 BGH v. 29.10.1962 – II ZR 31/61 (BGHZ 38, 183=*NJW* (1963), S. 99) für Allgemeine Lagerbedingungen der Speditionsbranche.

213 So BGH v. 17.2.1964 – II ZR 98/62 (BGHZ 41, 151=*NJW* (1964), S. 1123) hinsichtlich der Beweislast bei Lagerbedingungen.

weil der Unternehmer sich von Verpflichtungen freizeichnet, die für die Erfüllung des Vertrages existenziell sind, habe die Rechtsprechung einzugreifen: Ein Schleppdampfer muss fahr- und seetüchtig sein,[214] bei einem Bewachungsvertrag müssen die organisatorischen Voraussetzungen für die Durchführung der Bewachungsaufgaben getroffen werden.[215] In diesen Fällen sei eine formularmäßige Freizeichnung von der Haftung mit dem Vertragstyp nicht vereinbar. Und überdies hat der BGH bestimmte Pflichten für einen konkreten Vertragstyp als essentiell angesehen („Kardinalpflichten"), etwa die Fahr- und Ladetüchtigkeit eines Schiffes bei einem Transportvertrag.[216] Oder bei einem Maklervertrag die Abhängigkeit einer Vergütung von der tatsächlich erfolgten Vermittlung.[217] Generell haben die Senate für eine Abweichung vom dispositiven Recht nachvollziehbare Gründe gefordert, die umso triftiger sein müssen, je weiter sich die AGB vom Leitbild des im Gesetz geregelten Vertragstyps entfernten.

Darüber hinaus konnte, so der VIII. Senat, sogar der ganze Vertrag unwirksam sein,

> in dem umfangreiche und für den Vertragspartner nachteilige, nicht leicht verständliche Bedingungen im Formular so unübersichtlich und ungegliedert aufgeführt sind, daß der Vertragsgegner sich vor Unterzeichnung der Vertragsurkunde nicht hinreichend über die rechtliche Tragweite der einzelnen Bedingungen klar werden kann.[218]

Und ein Hersteller aus einem Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache, der bereits einen umfangreichen Gewährleistungsausschluss vereinbart hatte, sollte sich nicht auch noch auf die ausgeschlossene Nachbesserung berufen können.[219] Der in der Rechtsprechung ganz grundsätzlich zum Ausdruck kommende Gedanke, dass man nicht etwas, das man in einem Vertrag versprochen hat, mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder zurücknehmen darf, griff auch im allgemeinen Kaufrecht: Wenn der Verkäufer eine bestimmte Eigenschaft einer Kaufsache zusichert und gleichzeitig in den AGB einen Gewährleistungsausschluss vereinbart, so kann dieser Ausschluss sich nicht auf die Haftung für die zugesicherte Eigenschaft beziehen. Wäre die Klausel beachtlich, würde sich ein unauflöslicher Widerspruch ergeben, weil die Zusicherung ins Leere liefe.[220]

---

214 BGH v. 16.3.1956 – I ZR 132/54 (BB 1956, 577).
215 BGH v. 29.9.1960 – II 25/59 (BGHZ 33, 216).
216 BGH v. 29.1.1968 – II ZR 18/65 (BGHZ 49, 356, Zitat auf S. 363).
217 BGH v. 4.11.1964 – VIII ZR 46/63 (*NJW* (1965), S. 246); die Norm des § 652 BGB sei zwar abdingbar, aber nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ähnlich BGH v. 22.2.1967 – VIII ZR 215/64 (*NJW* (1967), S. 1225).
218 BGH v. 11.11.1968 – VIII ZR 151/66 (BGHZ 51, 55).
219 BGH v. 18.9.1967 – VII ZR 57/65 (BGHZ 48, 264).
220 BGH v. 29.5.1968 – VIII ZR 77/66 (*NJW* (1968), S. 1622).

> Der Verkäufer darf nach Treu und Glauben nicht das, was er im Vertragsangebot versprochen hat, durch Beifügung einer Freizeichnungsklausel in seinen AGB zunichtemachen. Einer solchen Klausel kann keine rechtliche Wirkung zuerkannt werden.[221]

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass der BGH die gesetzgeberischen Wertungen späterer Jahre in den beiden Jahrzehnten nach dem Zweiten Weltkrieg bereits vorbereitet hat.[222] Die Rechtsprechung schuf in diesem Bereich einen Verbraucherschutz, der sich angesichts der massenhaften Verwendung von AGB und ihrer immer größer werdenden Unübersichtlichkeit als sinnvoll herausgestellt hatte. Kritisch könnte man anmerken, dass die Definition dessen, was AGB sind, noch etwas zu eng war, wenn das Gericht von einer „unbestimmten Vielzahl“ spricht,[223] denn auch beim Gebrauch einer bestimmten Zahl (Beispiel: fünf Mietwohnungen) ist der Schutzzweck für die Gruppe der Verbraucher gegeben. Abgesehen von einem solch einzelnen Kritikpunkt ist der BGH überwiegend zu akzeptierten Ergebnissen gelangt.

4.5.2 Die Produzentenhaftung

Das oben beschriebene Wirtschaftswachstum und die laufend fortschreitende technische Entwicklung brachten es mit sich, dass ständig neue Produkte auf den Markt geworfen wurden, die nicht immer risikofrei anzuwenden waren; daher kam es nicht selten vor, dass ihre Benutzung bei den Verbrauchern zu Schäden führten. Und das warf häufiger als in früheren Zeiten die Frage nach einer Haftung der Hersteller auf. Da das deutsche Produkthaftungsgesetz erst im Jahr 1989 erlassen wurde[224] und es auch vorher noch keine anderen speziellen gesetzlichen Regelungen gab, ist diese Materie vornehmlich durch die Rechtsprechung des für das Deliktsrecht zuständigen (VI.) Zivilsenats herausgebildet worden. Es stellt damit ein weiteres klassisches Beispiel für die Rechtsfortbildung durch die Rechtsprechung des BGH dar.

Eine vertragliche Haftung bestand in den fraglichen Fällen in der Regel nicht, denn einen Vertrag hatte der Kunde in der Regel mit einem Händler geschlossen, der aufgrund der zunehmenden Spezialisierung des Herstellungsprozesses nicht selbst der Hersteller war. Eine vertragliche Haftung dergestalt, dass der Lieferant und Pro-

---

221 BGH v. 29.5.1968 – VIII ZR 77/66 (*NJW* (1968), S. 1622, 1625). Der Anspruch des Käufers wegen Nichterfüllung beim Fehlen dieser zugesicherten Eigenschaft umfasst auch den Ersatz von sogenannten Mangelfolgeschäden, d. h. dass auch die Einbuße ersetzt wird, die der Käufer an anderen Vermögenswerten als dem Kaufgegenstand oder an der eigenen körperlichen Unversehrtheit erleidet. Bei einem Warenkauf, bei dem die Ware dazu bestimmt ist, vom Käufer benutzt oder verbraucht zu werden, seien die Mangelfolgeschäden meist die einzig wirklich schwerwiegenden Schäden (BGH v. 29.5.1968 – VIII ZR 77/66); NJW (1968), S. 1622.

222 Das betrifft vor allem den Inhalt des späteren § 9 Abs. 2 AGB-Gesetz.

223 BGH v. 29.9.1960 – II 25/59 (BGHZ 33, 216, 218).

224 Gesetz v. 15.12.1989 (BGBl I, 2198).

duzent als Erfüllungsgehilfe des Verkäufers anzusehen sind, hatte schon das Reichsgericht abgelehnt,[225] und dem ist der BGH gefolgt.[226] Ende der 1960er Jahre hat der VIII. Senat weitere Abgrenzungen zum Vertragsrecht vollzogen: Zum einen ging es um die Frage, inwieweit in einer Werbung eine zugesicherte Eigenschaft gesehen werden kann,[227] deren Fehlen dann Schadensersatzansprüche nach dem Mangelgewährleistungsrecht auslöst. Immerhin konnte insoweit in Einzelfällen dann doch das Vertragsrecht eingreifen, aber nicht im Verhältnis des Kunden gegenüber dem Hersteller, sondern im Verhältnis des Händlers zum Produzenten: Dies war der Fall bei einer Werbung der Farbwerke Hoechst, wonach ein Produkt nur von ausgewählten Betrieben auf bestimmte Art hergestellt werde mit der Folge, dass es dann ganz konkrete Eigenschaften aufweise (Trevira). Eine solche Anpreisung sei keine unverbindliche Werbung, sondern könne als Zusicherung einer Eigenschaft eine Haftung auslösen.[228]

Letztlich konnte der Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Produzenten gegenüber dem Kunden, der das Produkt bei einem Händler erworben hatte und daher mit dem Produzenten nicht vertraglich verbunden war, nur im deliktischen Bereich liegen. Dogmatisch wählte der BGH den Weg über die Verkehrssicherungspflichten. Mitte 1952 sprach der III. Senat[229] einem Käufer einen Schadenersatzanspruch gegen den Hersteller zu für einen Körperschaden, der bei der Bedienung eines Transportfahrzeugs für Holzstämme entstanden war. Wenn, so der Senat, ein Gerät aufgrund seiner Bauweise nur mit Schwierigkeiten richtig zu bedienen ist, so dass eine Betriebssicherheit nicht gewährleistet ist, so führe dies zu einer Haftung des Produzenten. Das Verschulden wurde in einer fehlenden Bedienungsanleitung gesehen beziehungsweise in der Unterlassung einer anderen Bauart, die sehr wahrscheinlich den Schadenseintritt verhindert hätte. Insoweit seien vom Hersteller alle zugänglichen technischen und wissenschaftlichen Erkenntnisse und Möglichkeiten zu nutzen. Eine Patentierung des Geräteteils oder die Zulassung zum Straßenverkehr (eines Anhängers) schließe das Verschulden des Herstellers nicht aus.[230]

Es war der VI. Senat, der ein paar Jahre später dieser Materie stärkere Konturen verliehen hat, wenn auch die nächste Entscheidung nicht kundenfreundlich ausfiel: Im April 1956 wurde eine Klage abgewiesen, weil ein Verschulden des Herstellers nicht zu beweisen war.[231] Der Senat nahm den Fall zum Anlass, die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr darzulegen. Der Kläger, der beim Bruch des Gabelschaftes seines neu gekauften Fahrrades gestürzt war, müsse entweder einen Konstruktionsfehler, alternativ die Benutzung einer unzulänglichen Maschinerie oder eine mangeln-

225 RGZ 101, 152, 157.
226 So der II. Senat (BGH v. 15.3.1956 – II ZR 284/54), gut 10 Jahre später bestätigt vom VIII. Senat (BGH v. 21.6.1967 – VIII ZR 26/65 (BGHZ 48, 118)).
227 BGH v. 21.6.1967 – VIII 26/65 (BGHZ 48, 118).
228 Die Sache wurde zur weiteren Aufklärung zurückverwiesen.
229 BGH v. 23.6.1952 – III ZR 168/51 (*NJW* (1952), S. 1170).
230 BGH v. 23.6.1952 – III ZR 168/51 (*NJW* (1952), S. 1170 Rn. 25).
231 BGH v. 21.4.1956 – VI ZR 36/55 (*BeckRS* (1956), Nr. 31371324).

de Kontrolle der Beschäftigten oder der fertigen Produkte nachweisen. Denn der bloße „Ausreißer“, also ein einmaliges Verschulden eines Arbeitnehmers des Herstellers, wie es in dem zu entscheidenden Fall (wohl?) gewesen war, führe noch nicht zu einer Haftung des Unternehmers. Ein Beweis des ersten Anscheins für eine der genannten Haftungsursachen sei nicht gegeben. Auch drei Jahre später wurde eine Klage abgewiesen:[232] Die – erforderliche – Gebrauchsanweisung müsse nicht allgemeines Erfahrungswissen der in Betracht kommenden Abnehmerkreise enthalten; eine Zurückhaltung, die später aufgegeben werden sollte. Wichtig war eine Entscheidung aus dem Jahr 1960, mit der ausdrücklich auch eine Untersuchungspflicht hinsichtlich des fertigen Produkts bejaht wurde, und zwar nicht nur für den Hersteller dieses Produktes, sondern auch für denjenigen, der eine Maschine in Verkehr bringt, ohne Hersteller zu sein.[233] Insoweit konnte auch in weiteren Fällen ein deliktischer Anspruch des Verbrauchers in Betracht kommen:[234] Der Unfall einer mit ihrem Goggomobil verunglückten Fahrerin war auf eine gebrochene Schubstrebe zurückzuführen; der beklagte Unternehmer, ein Zulieferer für die Automobilindustrie, rechtfertigte sich damit, dass alle an der Produktion beteiligten Personen sorgfältig ausgesucht worden seien. Der Senat hat den Schadensersatzanspruch unter dem Vorsitz von Joseph Engels gleichwohl bejaht und dies mit dem Vorwurf der fehlenden Stückkontrolle begründet,[235] denn auch die Kontrolle des fertigen Produktes gehöre zu den Verpflichtungen des Betriebes. Da der Geschädigte keine Möglichkeiten habe, nachzuweisen, in welchen Einzelpunkten eine schuldhafte Verletzung der Unternehmensleitung vorgelegen hat, sei es Sache des Produzenten, sich zu entlasten. Eine bedeutende kundenfreundliche Entscheidung! Die damit eingeführte Beweislastumkehr wurde im recht bekannt gewordenen „Hühnerpestfall“ noch einmal deutlich konturiert:[236] Der Inhaber eines großen Geflügelbetriebes hatte seine Hühner mit einem bestimmten Medikament gegen die Hühnerpest impfen lassen. Der bakteriell verunreinigte Impfstoff führte dazu, dass ein großer Teil des Bestandes getötet wurde. Wo die Verunreinigung herrührte, konnte nicht mehr ermittelt werden. Der BGH entschied, dass bei einer Verletzung einer Person oder einer Sache durch ein fehlerhaft hergestelltes Produkt trotz bestimmungsgemäßer Verwendung der Hersteller beweisen muss, dass ihn hinsichtlich des Fehlers kein Verschulden trifft.

Vergleicht man die Ergebnisse der Rechtsprechung in dem hier untersuchten Zeitraum mit dem zwei Jahrzehnte später erlassenen Produkthaftungsgesetz, so war sie in Hinblick auf das Verschulden enger, also industriefreundlicher als das spätere Gesetz, das – sicherlich auch im Sog des europäischen Verbraucherschutzes – auf ein Ver-

232 BGH v. 14.4.1959 – VI ZR 94/58.

233 BGH v. 5.7.1960 – VI ZR 130/59.

234 BGH v. 17.10.1967 – VI 70/66 (*NJW* (1968), S. 247). Berichterstatter war Fritz Hauß.

235 BGH v. 17.10.1967 – VI ZR 70/66 (*NJW* (1968), S. 247). Der Unternehmer konnte die hohen Anforderungen an den Entastungsbeweis gemäß § 831 BGB nicht erfüllen.

236 BGH v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66 (BGHZ 51, 91).

schulden verzichtet hat. Die bereits in den 1960er Jahren in der Literatur vertretenen Ansätze, etwa den Vorschlag von Diederichsen, auf ein Verschulden zu verzichten,[237] hat der Senat nicht aufgegriffen, eine solche Konstruktion wäre nach Meinung der Richter über die zulässige Rechtsfortbildung hinausgegangen. In anderen Punkten war die vom BGH vertretene deliktische Haftung allerdings weiter als das spätere Produkthaftungsgesetz, zum einen, weil sie keine Haftungsgrenzen kannte, und zum anderen, was das Einstehen für bestimmte Verkehrssicherungspflichten angeht, etwa die erwähnte Kontrollpflicht vor dem Inverkehrbringen oder eine Produktbeobachtungspflicht danach, die das spätere Produkthaftungsgesetz so nicht kennt.

Der für diese Rechtsprechung verantwortliche Senat war ab 1959 unter dem Vorsitz von Joseph Engels, einem von seiner Biografie her integren Richter, der sich auch in der NS-Zeit nicht hat verbiegen lassen. Einige der übrigen Senatsmitglieder waren bereits vor 1945 in der Justiz gewesen und zumindest formal NS-belastet, etwa Ferdinand Bode,[238] Hans Hanebeck[239] und Fritz Hauß.[240] Häufig mitgewirkt an den entscheidenden Urteilen hat schließlich Herbert Kleinewefers, der sich darüber hinaus vor allem als Experte im Straßenverkehrsrecht einen Namen gemacht hat.[241]

4.5.3 Abzahlungsgeschäfte

Kaufverträge mit Ratenzahlungen sind für den Käufer so verführerisch wie gefährlich, das wusste schon der Gesetzgeber im Kaiserreich, der 1894 ein Gesetz für Abzahlungsgeschäfte erlassen hatte. Soweit Verkäufer und Kreditgeber nicht identisch sind, aber zusammenwirken, spricht man von einem verbundenen Geschäft, das für den Käufer besondere Gefahren aufweist, wenn er etwa den Kaufvertrag mit dem Verkäufer rückabwickelt, während er gleichzeitig an die Darlehenszahlungen gegenüber der Bank gebunden bleibt. Der II. Senat hat dem Käufer in der bereits bei den AGB angesprochenen Grundsatzentscheidung die Sachmängel-Einwendungen auch gegenüber der Bank gewährt.[242] Ferner sei es nicht zulässig, dass der Finanzierer im vorformulierten Vertrag eine Freizeichnungsklausel im Fall der Insolvenz (damals Konkurs) des Verkäufers aufnahm.[243]

In insgesamt acht Entscheidungen, die alle am 20. Februar 1967 verkündet wurden,[244] hat der III. Zivilsenat die Rechtsprechung zum finanzierten Kauf zusammenge-

237 Diederichsen, Die Haftung; s. a. Weitnauer, Die Haftung, in: *NJW* (1968), S. 1598.
238 BA, Pers 101/75768, Personalblatt.
239 BA, Pers 101/48794, Personalblatt.
240 BA, Pers 101/75889, Personalblatt.
241 Er hat unter anderem zusammen mit Eberhard Rotberg 1969 einen Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht herausgegeben.
242 BGH v. 29.10.1956 – II ZR 79/55 (BGHZ 22, 90).
243 BGH v. 5.4.1962 – VII ZR 183/60 (BGHZ 37, 94).
244 Alle abgedruckt in BGHZ 47, 207–259.

fasst und in Einzelfragen konkretisiert. Zunächst hat der Senat klargestellt, dass beim finanzierten Abzahlungskauf der finanzierenden Bank die vertragliche Pflicht obliegt, den Käufer (Darlehensnehmer) über die rechtlichen Folgen aufzuklären die sich aus der Einschaltung eines Finanzierungsinstituts ergeben können.[245] Der Verkäufer habe unmissverständlich und unübersehbar darauf hinzuweisen, dass der Käufer zur Rückzahlung des Darlehens verpflichtet bleiben soll, selbst wenn der Kaufgegenstand nicht oder nicht ordnungsgemäß geliefert worden ist. Außerdem bestünden solche Aufklärungspflichten nicht nur gegenüber geschäftlich unerfahrenen Käufern und beim Kauf von Haushaltsgegenständen, sondern gegenüber jedermann und beim Abzahlungskauf von beweglichen Sachen jeder Art, im konkreten Fall für einen Teppichkauf.[246] Außerdem sei es nicht möglich, in den AGB den Vertragstyp fiktiv zu bestimmen, das heißt zwei Geschäften, die eine wirtschaftliche Einheit bildeten (Kauf und Finanzierung), diesen einheitlichen Charakter abzusprechen.[247] Wird bei einem verbundenen Geschäft der Kreditvertrag durch den Darlehensnehmer (und Käufer) angefochten, weil der Käufer vom Verkäufer arglistig getäuscht worden war, so könne sich der Kreditgeber nicht darauf berufen, von der Täuschung des Verkäufers nichts gewusst zu haben. Darlehensgeber und Verkäufer seien nämlich als Einheit zu sehen, der Verkäufer sei daher nicht Dritter,[248] sondern stehe letztlich auf der Seite des Verkäufers.[249] Dies sei unabhängig davon, ob Verkäufer und Kreditgeber in einer auf Dauer angelegten Geschäftsverbindung stehen und gelte auch, wenn der Verkäufer nur in einem Einzelfall im Auftrag des Kreditgebers beim Zustandekommen des Darlehensantrages mitgewirkt hat. Entscheidend sei, dass der Verkäufer als Vertrauensperson der Bank aufgetreten sei. Außerdem habe der Käufer und Darlehensnehmer beim finanzierten Abzahlungskauf das Recht, die Rückzahlung des Darlehens an die Bank zu verweigern, zum Beispiel bei Mängeln der Kaufsache oder wenn die Ware nicht geliefert und der Kaufvertrag wirksam angefochten worden ist.[250] Wird ein finanziertes Abzahlungsgeschäft zwischen dem Finanzierungsinstitut und dem Käufer rückabgewickelt und hat die Bank den ihm sicherungsübereigneten Kaufgegenstand an sich genommen, so ist zu Gunsten des Käufers eine Anzahlung, die er dem Verkäufer geleistet hat, zu berücksichtigen.[251] Verlangt das Finanzierungsinstitut bei Abwicklung des finanzierten Abzahlungsgeschäftes Ersatz für seine Aufwendungen vom Käufer, so gehören dazu weder die vom Darlehensgeber gezahlte Darlehenssumme noch die Kosten, die dem Darlehensgeber dadurch erwachsen sind, dass er den Kaufgegenstand an

245 BGH v. 20.2.1967 – III ZR 134/65 (BGHZ 47, 207).
246 BGH v. 20.2.1967 – III ZR 122/65 BGHZ 47, 218.
247 BGH v. 20.2.1967 – III ZR 128/65 (BGHZ 47, 233, 239).
248 Im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB.
249 So bereits BGH v. 8.2.1956 – IV ZR 282/55 (BGHZ 20, 36).
250 BGH v. 20.2.1967 – III ZR 128/65 (BGHZ 47, 233); siehe auch bereits BGH v. 5.4.1962 – VII ZR 183/60 (BGHZ 37, 94).
251 BGH v. 20.2.1967 – III ZR 243/64 (BGHZ 47, 241).

sich genommen hat (zum Beispiel Unterstellkosten oder eine Verkaufsprovision).[252] Bei Ansichnahme des Kaufgegenstandes bestehe zwischen der Bank und dem Verkäufer kein Abwicklungsverhältnis (nach § 15 AbzG), so dass die gesamtschuldnerische Haftung von Käufer und Verkäufer für das Darlehen unberührt bleibe.[253] Schließlich stellte der Senat klar, dass nicht jeder Kredit, mit dem eine Bank für mittelständische Betriebe einem Kunden zur Anschaffung einer beweglichen Sache verhilft, nach Abzahlungsgesetz zu beurteilen sei.[254]

Nicht alle diese Grundsätze waren neu, aber die Entscheidungen von 1967 fassten eine Entwicklung zusammen, an deren Ende ein Verbraucherschutz stand, der weniger der juristischen Konstruktion, sondern vor allem einer wirtschaftlichen Realität Rechnung trug.

4.5.4 Versicherungen, Banken und Makler

Da das Versicherungsgeschäft ein Massengeschäft darstellt, hatten die Revisionsentscheidungen des II. Zivilsenats zu diesem Thema eine große Breitenwirkung für eine Vielzahl von Verträgen. Das gilt insbesondere für die Judikate zu Ausschlussklauseln von Versicherern, mit denen diese den versprochenen Versicherungsschutz mitunter fast bis zur Bedeutungslosigkeit ausgehöhlt hatten. Diesen Klauseln wurde die Wirksamkeit insoweit abgesprochen.[255] Ebenfalls dem Verbraucherschutz dienten die Entscheidungen, mit denen die Haftung der Versicherer für Auskünfte ihrer Agenten begründet wurden. Schon 1951 hat der Senat im Anschluss an das Reichsgericht[256] eine solche Haftung bejaht,[257] dies dann gut zehn Jahre später bestätigt und ergänzend festgelegt, dass die Erfüllungshaftung, wenn sie im Einzelfall ausgeschlossen sei (konkret wegen Mitverschuldens des Geschädigten), einen Schadensersatzanspruch aus dem gewohnheitsrechtlich anerkannten Rechtsinstitut des Verschuldens bei Vertragsverhandlungen nicht ausschließe.[258] Und auch bei den Aufklärungspflichten des Versicherers wurden die Interessen der Versicherungsnehmer ernst genommen.[259] Andererseits hat der Senat, ebenfalls in Fortführung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, die Haftung des Versicherungsnehmers für das Verschulden seiner Repräsentanten eingeschränkt.[260] Bedeutsam war ferner die Feststellung, dass der Versicherer kündigen muss, wenn er sich wegen einer Obliegenheitsverletzung des Versicherungsneh-

252 BGH v. 20.2.1967 – III ZR 20/66 (BGHZ 47, 241, 246).
253 BGH v. 20.2.1967 – III ZR 51/66 (BGHZ 47, 249).
254 BGH v. 20.2.1967 – III ZR 260/64 (BGHZ 47, 253, 257).
255 BGH v. 21.2.1957 – II ZR 4/56 (BGHZ 23, 349); BGH v. 29.9.1956 – II ZR 100/55 (VersR 1956, 637).
256 RGZ 147, 186, 188.
257 BGH v. 9.5.1951 – II ZR 8/51 (BGHZ 2, 87).
258 BGH v. 20.6.1963 – II ZR 199/61 (BGHZ 40, 22).
259 BGH v. 31.7.1957 – II ZR 41/56 (BGHZ 23, 222).
260 BGH v. 25.11.1953 – II ZR 7/53 (BGHZ 11, 120); BGH v. 29.10.1956 – II ZR 64/56 (BGHZ 22, 109).

mers auf seine Leistungsfreiheit berufen will; das gelte auch bei einer einmaligen Verletzung und auch für die Situation, dass der Versicherungsfall bereits eingetreten war, als der Versicherer von der Verletzung erfuhr.[261]

Auch im Bankrecht spielte der Verbraucherschutz eine gewichtige Rolle, so sei bei einem Kapitalanlagevertrag die Berufung auf einen Gewährleistungsausschluss missbräuchlich, wenn das Geldinstitut im Ergebnis die Vorteile des eigenen schuldhaften Verhaltens ausnutzt.[262] Ein Kontokorrentvertrag verpflichte die Bank, den Kunden auf solche rechtlichen Bedenken aufmerksam zu machen, die bei Anwendung der ihr obliegenden Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes naheliegen.[263] Wenn eine Sparkasse aus einem langfristig angelegten Sparguthaben ohne Einhaltung der vereinbarten Kündigungsfrist Zahlungen an den Besitzer eines Sparbuches vornimmt, der aber nicht verfügungsberechtigt ist, so werde sie nicht (nach § 808 BGB) von ihrer Leistungspflicht gegenüber dem berechtigten Gläubiger befreit.[264]

In diesem Rechtsgebiet ging es aber nicht nur um Verbraucherschutz: Die massenhafte Umstellung vom Barzahlungsverkehr auf den Überweisungsverkehr bedurfte der Klärung von Grundsatzfragen, zum Beispiel die Feststellung, dass durch eine Banküberweisung Erfüllung eintritt in dem Moment, in dem die Gutschrift der kontoführenden Stelle auf einem vom Gläubiger bezeichneten Bankkonto erfolgt.[265] Aber auch spezielle Fragen taten sich auf: Wem steht die Verfügungsberechtigung über ein im Krieg eröffnetes Bankkonto zu, wenn die Person, die das Konto eröffnet hatte, dort den Namen eines Dritten angegeben und anschließend unter dem Begriff „Sonderkonto“ den eigenen Namen hinzufügt hatte? Die Militärregierung hatte nach Kriegsende das Konto zulasten der dritten Person gesperrt, die Anspruchstellerin beanspruchte Inhaberin zu sein.[266] Der II. Senat stellte klar, dass die Inhaberschaft nicht nach banktechnischen Grundsätzen oder formal nach der Bezeichnung zu bestimmen sei, sondern unter eingehender Prüfung aller Umstände, wobei der Tatsache, wer das Konto eröffnet habe, besonderes Gewicht zukomme.[267]

Auch im Maklerrecht ergingen Urteile, durch die der Verbraucher geschützt wurde. Für den Ehemakler begründete der II. Senat eine Haftung, obwohl die Vorschrift des § 656 BGB aF sagte, dass durch das Versprechen eines Ehemaklerlohns eine Verbindlichkeit nicht begründet wird; aber bei Verletzung seiner Pflichten könne auch ein Ehemakler aus dem Vertrag wegen positiver Vertragsverletzung haften.[268] Bereits das Gesetz hatte bei der vertragswidrigen Doppeltätigkeit des Maklers die Verwirkung der Provision angeordnet (§ 654 BGB). Der VII. Senat hat diese Regel ausgeweitet und

261 BGH v. 31.1.1952 – II ZR 259/51 (BGHZ 4, 369); BGH v. 17.11.1955 – II ZR 340/53 (BGHZ 19, 31).
262 BGH v. 28.4.1954 – II ZR 279/53 (BGHZ 13,198).
263 BGH v. 12.5.1958 – II ZR 103/57 (BGHZ 27, 241).
264 BGH v. 20.11.1958 – VII ZR 4/58 (BGHZ 28, 368).
265 BGH v. 15.5.1952 – IV ZR 157/51 (BGHZ 6, 121).
266 BGH v. 25.6.1956 – II ZR 270/54 (BGHZ 21, 148).
267 BGH v. 25.6.1956 – II ZR 270/54 (BGHZ 21, 150).
268 BGH v. 8.7.1957 – II ZR 57/56 (BGHZ 25, 124).

ihr einen umfangreichen Anwendungsbereich eröffnet: Da die Verwirkung auch Strafcharakter habe, greife sie auch ein, wenn der Vertragspartner keinen Schaden erlitten hatte.[269] Im Übrigen liege der Norm ein allgemeines Rechtsprinzip zugrunde: Eine Verwirkung trete generell ein, wenn ein Makler, egal ob Doppel- oder Einzelmakler, einen schwerwiegenden Pflichtverstoß vorsätzlich oder grob fahrlässig begangen habe – eine recht weit reichende Rechtsfortbildung zugunsten der Maklerkunden.[270] Die Vertragsklausel, nach der die Maklerprovision bei einem vertragswidrigen Verhalten des Vertragspartners fällig wird, sei nicht als Schadensersatz, sondern als Vertragsstrafe einzuordnen.[271]

4.6 Urheberrecht, gewerblicher Rechtsschutz

Zuständig für das Urheberrecht und den gewerblichen Rechtsschutz war der I. Zivilsenat, ab 1962 als I b-Senat firmierend, dessen Urteile in den ersten Jahren vornehmlich Werke der Musik und des Films betrafen. In dieser Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg stand einer dynamischen, technischen Entwicklung ein veraltetes Rechtsinstrumentarium gegenüber. Der Rundfunk hatte eine kurze, aber bereits recht bewegte Geschichte hinter sich, die in den Jahren 1933 bis 1945 in Deutschland in erster Linie in seiner Nutzung zu Propagandazwecken bestand, während die Kunst im Radio bisher eine Randerscheinung gewesen war. Schallplatten gab es zwar bereits seit der Jahrhundertwende, aber erst 1948 kam die erste Langspielplatte auf den – amerikanischen – Markt und 1952 erschien die erste Vinyl-Scheibe in Deutschland. Die Schallplatte als Massenphänomen ist insoweit eine Erscheinung der Nachkriegszeit, und das Magnettonband war für Konsumenten erst in den 1950er Jahren zu erwerben. Die beiden Gesetze aus dem Kaiserreich, die diesen Bereich regelten,[272] waren aufgrund der technischen Entwicklung teilweise überholt, und daher war es Aufgabe der Rechtsprechung, die entscheidenden Grundsätze aufzustellen. Dies hat der I. Senat bis zum Tätigwerden des Gesetzgebers im Jahr 1965 getan mit der Tendenz in Richtung einer Erweiterung des Schutzes des Urhebers. Es ging dem Senat darum, „den Urheber tunlichst an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen, der aus seinem Werk gezogen wird“,[273] ein Ziel, das die Richter konsequent umgesetzt haben.

269 BGH v. 5.2.1962 – VII ZR 248/60 (BGHZ 36, 323).

270 Siehe dazu: Fischer, Zur Geschichte des Maklerrechts, S. 159.

271 BGH v. 6.11.1967 – VIII ZR 81/65 (BGHZ 49, 84).

272 Es handelt sich um das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Tonkunst (1901, RGBl 1901, 277) und das Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Kunst und der Fotografie (1907, RGBl 1907, 7).

273 BGH v. 6.11.1953 – I ZR 97/52 (BGHZ 11, 135, 143).

4.6.1 Techniken der Vervielfältigung

Bereits im Jahr 1951 war das Urheberrecht an Filmen ein Thema: Während das Berufungsgericht einem Filmverwertungsvertrag Wirkung zusprach, in dessen Rahmen die eine Partei der anderen verabredungsgemäß den Besitz des Films verschafft hatte, stellte der I. Zivilsenat klar, dass in dem konkreten Fall ein Rechtsmangel vorliege, weil es nicht auf den Besitz, sondern auf das Urheberrecht ankomme, das der leistenden Partei nicht zugestanden hatte.[274] Überdies entschied derselbe Senat ein halbes Jahr später, dass durch die öffentliche Vorführung eines verfilmten Stücks kein Verbrauch des Urheberrechts eintrete.[275]

Fast zur selben Zeit stand die Nutzung der Schallplatte für kommerzielle Zwecke im Mittelpunkt. Ende 1952 stellte der I. Senat klar, dass das Überspielen einer Schallplatte auf ein Magnettonband eine Vervielfältigung sei und nicht eine – ihrerseits – urheberrechtsgeschützte Bearbeitung (im Sinn des § 2 Abs. 1 LiturhG); daher sei sie nur zum persönlichen Gebrauch zulässig.[276] Im Jahr 1953 war zu entscheiden über die Klage eines Musikproduzenten gegen einen Veranstalter, der für seine Tanzveranstaltungen warb, bei denen Schallplatten zur öffentlichen Aufführung kommen sollten, und zwar ausdrücklich als „Gema-frei“ bezeichnet. Da die Aufführung ohne Erlaubnis des Urhebers erfolgen sollte, stellte sich die Frage, ob dies eine unbefugte Nutzung darstelle. Der Beklagte berief sich auf eine gesetzliche Ausnahme (in § 22 a LitUrhG), die eine erlaubnisfreie, öffentliche Aufführung urheberechtlich geschützter Werke mittels mechanischer Schallvorrichtung zuließ.[277] Der I. Senat beschränkte diese Ausnahme auf die mechanisch-akustische Wiedergabe, wie sie vor dem Ersten Weltkrieg entwickelt worden war, sie gelte aber nicht für die „modernen“ Plattenspieler, die elektrische Schwingungen umsetzten.[278] Eine solche Technik habe der Gesetzgeber des Kaiserreichs nicht vor Augen gehabt, die Ausnahmeklausel sei eng auszulegen und auf die alte Technik zu beschränken.[279] Nicht die Reichweite, sondern die Wiedergabetechnik mit ihrer neuen Tonqualität war für den Senat entscheidend. Damit hat der BGH – anders als das Reichsgericht – auch das Senderecht als eigenes Verwertungsrecht geschützt. Zwei Jahre später hat das Gericht das Urheberecht in der Tonbandent-

274 BGH v. 15.6.1951 – I ZR 121/50 (BGHZ 2, 331, 333).

275 BGH v. 12.2.1952 – I ZR 115/51 (BGHZ 5, 116).

276 BGH v. 21.11.1952 – I ZR 56/52 (BGHZ 8, 88).

277 Diese Ausnahme, die sogenannte Pianola-Klausel, war 1910 ins Gesetz eingefügt worden, weil sonst die einheimische Industrie für mechanische Musikinstrumente gegenüber der ausländischen Konkurrenz chancenlos wäre.

278 BGH v. 6.11.1953 – I ZR 97/52 (BGHZ 11, 135). Schon das RG hatte gesagt, dass die Klausel als Ausnahmeregelung eng auszulegen ist (RGZ 153, 1; 128, 102). Nachweise zur Kritik an dieser Vorschrift: BGH v. 6.11.1953 – I ZR 97/52 (BGHZ 11, 135, 142 f.).

279 BGH v. 6.11.1953 – I ZR 97/52 (BGHZ 11, 135, 144 ff.).

scheidung noch weiter ausgestaltet[280] und betont, dass das Recht der Vervielfältigung eines Werkes der Tonkunst ausschließlich dem Urheber zustehe. Die Ausnahme, die § 15 Abs. 2 LitUrhG für Aufnahmen zum persönlichen Gebrauch mache, gelte nicht für die Vervielfältigung auf Magnettonbändern.[281] Das Gericht wertete Sinn und Zweck der Norm höher als den Wortlaut und legte fest, dass die Verwertungsrechte des Urhebers sich auch gegenüber dem Interesse der Nutzung durch eine Privatperson durchsetzte. Mit der geschilderten Rechtsprechung wurden sowohl den privaten Konsumenten als auch der Musikindustrie enge Grenzen gesetzt und die Urheberrechte weiter gestärkt. Als Konsequenz dieser Entscheidungen hat der Gesetzgeber im Jahr 1965 eine allgemeine Geräteabgabe eingeführt.[282] In insgesamt vier Entscheidungen hat der Senat am 31. Mai 1960 diese Grundsätze bestätigt und weiter spezifiziert. Wiederholt wurde, dass die ausschließliche Befugnis zur öffentlichen Aufführung dem Künstler zustehe.[283] Die Gegenansicht hatte damit argumentiert, dass es Künstler nicht in der Hand haben sollten, durch eine Verweigerung ihrer Genehmigung ein bereits erstelltes Kunstwerk der Umwelt wieder zu entziehen. Dem hielt der Senat entgegen:

> Es ist niemals in Zweifel gezogen worden, daß der ausübende Künstler nicht gezwungen werden kann, sein Können für diese Werkvermittlung (gemeint ist die Vervielfältigung – der Verfasser) zur Verfügung zu stellen.[284]

Dieser Grundsatz gelte auch für das Abspielen mittels Tonträger (Schallplatte) in einer Gaststätte. Der Senat betonte noch einmal, die Schallplatte sei kein materielles Gut, kein rein stoffliches Erzeugnis, sondern Träger eines Geisteswerkes.[285]

4.6.2 Der Rundfunk

Auch auf den Rundfunk seien die geschilderten Grundsätze zu übertragen. Es bestehe zum Beispiel keine Aufführungsfreiheit einer Rundfunkübertragung für eine Tanzveranstaltung, denn die spätere Übertragung einer Aufführung sei nicht lediglich als die Vollendung eines einheitlichen Sendevorganges anzusehen, wie es das Reichsgericht angenommen hatte,[286] sondern dies seien zwei verschiedene Vorgänge, die jeweils der Zustimmung des Urhebers/der Urheber bedürften.[287] Damit war die nächste Frage auf-

280 BGH v. 18.5.1955 – I ZR 8/54 (BGHZ 17, 266). „Meilenstein der Rechtsfortbildung“, s. Schack, Urheberrecht, S. 677, 686.
281 BGH v. 18.5.1955 – I ZR 8/54 (BGHZ 17, 266, 276 ff.).
282 Gesetz v. 9.9.1965 (BGBl I, 1965, 1273).
283 BGH v. 31.10.1961 – I ZR 53/58 (BGHZ 33, 1).
284 BGH v. 31.10.1961 – I ZR 53/58 (BGHZ 33, 1, 8).
285 BGH v. 31.10.1961 – I ZR 53/58 (BGHZ 33, 1, 17).
286 RGZ 136, 337.
287 BGH v. 31.5.1960 – I ZR 64/58 (BGHZ 33, 38). Die Vorinstanz wollte zwischen dem Werkschöpfer und den aufführenden Künstlern unterscheiden.

geworfen, wer bei einem Orchesterwerk, das im Rundfunk gesendet wurde, zustimmungsberechtigt sein sollte. In zwei Entscheidungen vom selben Tage nahm der Senat dazu Stellung und sprach dieses Recht grundsätzlich jedem Orchestermitglied zu, nicht nur dem Dirigenten.[288] Obwohl in dem parallel zu entscheidenden Fall nur der (Gast-)Dirigent und der Vorstand des Orchesters der Übertragung von Figaros Hochzeit zugestimmt hatten, hat das Gericht gleichwohl nicht – wie die Vorinstanzen – die Vernichtung der Tonbänder ausgesprochen.[289] Denn der von der Deutschen Oper Berlin auch im Namen der Musiker geschlossene Vertrag mit der Sendeanstalt begründe eine Duldungspflicht jedenfalls der einzelnen fest angestellten Musiker; nur wenn sie in dem Vertrag einen Vorbehalt formuliert hätten, könnten sie die Ausstrahlung verhindern. Jede einzelne Gruppe (Orchester, Chor, Ballett) könne ihr Zustimmungsrecht selbständig ausüben, gebunden allerdings durch das Verbot, sich willkürlich über die Interessen der anderen mitwirkenden Künstler hinwegzusetzen.[290]

Unabhängig von den neuen Techniken gab es urheberrechtliche Fragen im Musikgeschäft, die auch schon in früheren Zeiten Rechtsstreitigkeiten ausgelöst hatten. Inwieweit genießt eine allgemein bekannte Melodie, wenn sie individuell bearbeitet wird, Urheberschutz? Ein Volkslied,[291] so der I. Senat, könne schöpferisch durchaus so bearbeitet werden, dass das Produkt dann urheberrechtlich geschützt sei.[292] Entscheidend sei, ob tatsächlich eine „eigenschöpferische Leistung individueller Prägung“ vorliege. Die Anforderungen daran seien nach dem (damals neuen) Gesetz von 1965 nicht höher als zuvor; nicht nur Neuschöpfungen von hoher künstlerischer Originalität fielen darunter, denn sonst bliebe bei der massenhaften Herstellung von Musikwerken ein großer Teil der Gebrauchsmusik ohne urheberrechtlichen Schutz. Im Ergebnis führte diese Rechtsprechung dazu, dass diejenigen, denen ein Musikstück wesentlich seinen wirtschaftlichen Erfolg verdankt, auch juristisch berechtigt sind, davon zu profitieren.[293]

Die Rechtsfolge bei widerrechtlicher Nutzung eines fremden Patents oder Urheberrechts bestand in einem Anspruch auf Herausgabe auch des Gewinns, das hatte bereits das Reichsgericht so gesehen.[294]

---

288 BGH v. 31.5.1960 – I ZR 78/58 (BGHZ 33, 48). Werde eine Rundfunksendung dagegen live in verschiedene Hotelzimmer übertragen, sei dies genehmigungsfrei, denn dies sei genauso zu beurteilen als wenn jeder Gast selbstständig Radio hört (BGH v. 28.11.1961 – I ZR 56/60 (BGHZ 36, 171)).

289 BGH v. 31.5.1960 – I ZR 64/58 (BGHZ 33, 20).

290 BGH v. 31.5.1960 – I ZR 64/58 (BGHZ 33, 20, 33).

291 Es handelte sich u das Volkslied: „Schwarzbraun ist die Haselnuss“.

292 BGH v. 3.11.1967 – I b 123/65 (*GRUR* (1968), S. 321).

293 Überdies entschied der Senat, dass eine Übertragung künftiger Rechte möglich sei, Voraussetzung sei insoweit allerdings die Bestimmbarkeit, ein Kriterium, das dann auch im Jahr 1965 in § 40 UrhG kodifiziert wurde. Ein Wahrnehmungsvertrag enthalte die Übertragung ausschließlicher Nutzungsrechte, nur diese Auslegung mache – auch wirtschaftlich – Sinn (zustimmend Bielenberg, Urteilsanmerkung, in: *GRUR* (1968), S. 329).

294 RGZ 47, 100; RGZ 58, 321.

4.6.3 Urheberrecht außerhalb der Musik

Nicht nur in der Musik, sondern auch in anderen Zusammenhängen wurde das Urheberrecht relevant: Im Verfahren um die Tagebücher der 1930 verstorbenen Witwe Richard Wagners, Cosima Wagner, beanspruchten die Erben das Eigentum und das Veröffentlichungsrecht der Tagebücher[295] und verklagten die Tochter, der Cosima Wagner die Tagebücher übergeben und „geschenkt“ hatte. Fraglich war, ob solche höchstpersönlichen Aufzeichnungen selbstständig als Rechte abgetreten werden können. Der I. Senat hat dies bejaht, denn sowohl das Eigentum an Schriftwerken als auch das Veröffentlichungsrecht könne lebzeitig übertragen werden. Dieses Recht gehöre „zu den persönlichkeitsrechtlichen Bestandteilen des Urheberrechts“;[296] damit unterfalle es, wenn es lebzeitig abgetreten worden ist, nicht dem Erbrecht, so dass im vorliegenden Fall die Tochter sich gegen die Erben durchsetzen konnte.[297]

Sogar der Schutz von Modeneuheiten beschäftigte den Senat: Bei Schnittmustern einer Modezeichnerin, konkret für Mantelmodelle, könne unter Umständen der Kunstschutz eingreifen, wenn der ästhetische Gehalt eines Modells einen so hohen Grad aufweise, dass das Produkt nach herrschender Anschauung Kunst ist.[298] Anderenfalls greife der Urheberschutz ein, wenn es sich bei den Modezeichnungen um „Schöpfungen individueller Prägung“ handele (§ 1 Abs. 1 Nummer 3 LitUrhG).

Resümierend lässt sich festhalten, dass der I. Senat im Urheberrecht das kreative Individuum geschützt hat, weniger den am Konsum interessierten Markt.[299] Diese Haltung lässt sich mit den für diese Rechtsprechung in dieser Zeit maßgeblich verantwortlichen Persönlichkeiten erklären. Der Senat stand lange Zeit unter dem Vorsitz von Hermann Weinkauff, der ab 1959 von Günther Wilde abgelöst wurde, auf den 1964 Gerda Krüger-Nieland folgte. Weinkauff selbst steht für ein sehr individuelles und persönlichkeitsbezogenes Weltbild, hat allerdings nur wenig an Urheberrechtsentscheidungen mitgewirkt. Am stärksten dürfte sich in dieser Materie wohl die Expertise von Krüger-Nieland ausgewirkt haben, die von Anfang an diesem Senat angehörte und eine Spezialistin im Urheberrecht war. Bereits bevor sie an den BGH kam, hatte sie in einer Urheberrechtskanzlei in Leipzig gearbeitet und war später als Anwältin in Hamburg tätig gewesen.[300] Ihr Engagement auf diesem Gebiet zeigte sich unter anderem darin, dass sie am Welturheberrechtstag teilnahm und über das internationale Berner Abkommen vom 6. September 1952 auch im Rundfunk berichtete.[301] In

295 BGH v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 (BGHZ 15, 250).
296 BGH v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 (BGHZ 15, 250, 258).
297 Dies wird heute anders gesehen, da die persönlichkeitsrechtlichen Bezüge des Urheberrechts nicht abgetreten werden können.
298 BGH v. 14.12.1954 – I ZR 65/53 (BGHZ 16, 4).
299 Genau dies lobte die FDP-Bundestagsabgeordnete Dürr im Deutschen Bundestag (100. Sitzung am 6.12.1963, Verhandlungen des BT, S. 4652).
300 BA, Pers 101/75960, Personalblatt.
301 SWR Hörfunkarchiv, W0111830.

diesem Beitrag brachte sie die auch in der Senatsrechtsprechung festzustellende Tendenz zum Ausdruck, den Schutz des Urhebers der wirtschaftlichen Verwertung durch andere vorzuziehen, ein Anliegen, das bereits seit Johannes von Gutenberg ein Dauerthema der Rechtsgeschichte geworden sei. Neben Gerda Krüger-Nieland ist es vor allen Dingen Günther Wilde gewesen, der als Vorsitzender des Senats sich in Urheberrechtsfragen besonders profiliert hat. Er war von den Nationalsozialisten 1938 in den Ruhestand versetzt worden und ab 1949 als Richter am Obersten Gerichtshof für die Britische Zone tätig gewesen.[302] Er hat häufiger, beispielsweise in der Zeitschrift *Der Markenartikel*, publiziert und unter anderem die Regeln für die Preisbindung für zulässig erachtet, was ihm allerdings die Kritik des Zentralverbandes deutscher Konsumgenossenschaften eingebracht hat. Der Einfluss der anderen Senatsmitglieder dürfte deutlich geringer gewesen sein, immerhin hat auch das Senatsmitglied Karl Spreng durch einige einschlägige Veröffentlichungen[303] Profil im Wirtschaftsrecht gezeigt. Andere Senatsmitglieder wie Ulrich Weiss, der, seit 1933 in der Partei, von 1941 bis 1945 beim Kammergericht Berlin gewesen war[304] und später Präsident des Bundespatentgerichts wurde, und Werner Birnbach, ebenfalls beim Kammergericht in der NS-Zeit,[305] haben sich im Patentrecht spezialisiert, das hier nicht näher behandelt werden soll.[306]

4.7 Fazit

Der BGH hat das Wirtschaftsrecht weiterentwickelt und damit sowohl zur wirtschaftlichen Stabilität als auch zur sozialen Absicherung der Verbraucher Entscheidendes beigetragen.[307] Natürlich erfolgte diese Weiterentwicklung selektiv und nicht systematisch, was aber bei einem Rechtsprechungsorgan auch gar nicht anders sein kann. Die Senate haben im Wettbewerbsrecht und bei der Vertragskontrolle mit vereinzelten, zum Teil auch schweren Eingriffen in die Freiheitssphäre der Unternehmen einen fairen Wettbewerb zu sichern versucht. Dabei dürfte für den I. Senat weniger der wirtschaftliche Gedanke leitend gewesen sein, sondern eher eine an sittlichen Maßstäben orientierte Denkweise, wofür die Generalklausel des § 1 UWG einen idealen Anknüpfungspunkt bot, während der II. Senat die ökonomischen Aspekte stärker hat einfließen lassen. Im Übrigen bewegten sich die Senate in einem Rahmen, der nicht nur im

302 BA, Pers 101/40061, Personalblatt. Wilde war mit einer Jüdin verheiratet gewesen und nie NSDAP-Mitglied.

303 Vor allem in der Zeitschrift: *Der Betriebsberater*.

304 BA, Pers 101/76246, Personalblatt.

305 BA, Pers 101/39938, Personalblatt.

306 Zum Patentrecht siehe den Beitrag von: Ballhaus/Bendler, Zur Rechtsprechung, S. 157 ff.

307 Bereits Anfang der 1950er Jahre wurde in der wirtschaftsrechtlichen Fachzeitschrift *Der Betrieb* die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts gelobt, weil die Entscheidungen mit einer „wirtschaftlichen Aufgeschlossenheit“ getroffen worden seien (Seydel, Ein Jahr, in: *Der Betrieb* (1951), S. 913).

juristischen Schrifttum[308] und in der Wirtschaftswissenschaft, etwa von Walter Eucken gesteckt worden war,[309] sondern der auch ganz auf der Linie der Wirtschaftspolitik der Bundesregierung, konkret von Ludwig Erhard[310] lag. Diesen ordoliberalen Ansatz kann man durchaus in den Entscheidungen der Zivilsenate wiederfinden; insbesondere Mitte der 1950er Jahre sind wesentliche Weichenstellungen erfolgt: Im Wettbewerbsrecht der Schutz vor Verwässerungsgefahr im Jahr 1955, im gleichen Jahr die Stärkung des Urheberrechts von Musikschaffenden, im Jahr 1956 die Inhaltskontrolle bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Anerkennung der Übertragbarkeit des Anwartschaftsrechts. Die Entscheidungen ergingen vielleicht nicht zufällig in dem Jahr, in dem Ludwig Erhard sein Buch *Wohlstand für alle* herausbrachte. Denn sie fügen sich wie andere auch ein in einen neuen wirtschaftspolitischen Zeitgeist, der damals die Ökonomen beherrschte: Es ging um die Sicherung der Wettbewerbswirtschaft, die für eine florierende Gesamtwirtschaft so wichtig werden sollte.[311] Schließlich war die Rechtsprechung in vielen Bereichen verbraucherschützend, sicher nicht so stark wie in der Europäischen Union, doch hat das Gericht einige soziale Absicherungen geschaffen, die sich unter anderem bei der Inhaltskontrolle der AGB und der Produzentenhaftung zeigen. Im Ergebnis hat nicht der Gesetzgeber, sondern die BGH-Rechtsprechung in dieser Zeit die wesentlichen Weichenstellungen auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts vollzogen.

308 Zum Beispiel: Nipperdey, Grundprinzipien, in: *DRiZ* (1950), S. 193, 198.

309 Eucken, Grundsätze, S. 296 Fn. 127.

310 Diese war ihrerseits konkret von den Theorien Alfred Müller-Armacks beeinflusst.

311 Dazu grundsätzlich: Eucken, Grundsätze.

5 Der Alltag in der Nachkriegsgesellschaft – Sexualität, Gesundheit, Wohnen, Schule, Mobilität

Die höchstrichterliche Rechtsprechung des BGH zeichnet in Teilbereichen letztlich auch ein Bild des Alltags der Nachkriegsgesellschaft, denn viele der zu entscheidenden Einzelfälle vermitteln einen Eindruck davon, welche gesellschaftlichen Themen und Streitigkeiten die Bevölkerung beschäftigten. Des Weiteren ist die gerichtliche Praxis in gewissem Umfang auch ein Spiegel des moralethischen Zeitgeists, denn in den Bereichen Sexualität, Gesundheit, Wohnen und Schule wird deutlich, dass die BGH-Richter mit ihren Entscheidungen die bestehenden Vorstellungen von Sittlichkeit und Moral prägten und dahingehende Unsicherheiten in gesellschaftlichen Grundfragen im Ergebnis anhand der jeweils eigenen Auffassung auflösen wollten. Und auch im Straßenverkehr war es ihr erklärtes Anliegen, das Verhalten der Menschen zu beeinflussen, allerdings weniger unter weltanschaulichen als unter Sicherheitsaspekten.

5.1 Sexualität – „Unsittlichkeit“ vor dem Strafrichter

Ob und in welchem Ausmaß eine Gesellschaft Recht und Moral trennt, zeigt sich insbesondere bei den Sittlichkeitsdelikten, in deren wechselvoller Geschichte immer wieder Phasen starker Moralisierung mit liberaleren abwechselten.[1] Die 1950er Jahre waren in dieser Hinsicht ambivalent: Auf der einen Seite besaß die Nachkriegsgesellschaft eher ein konservativ-bürgerliches Moralverständnis, auf der anderen Seite konstatierte nicht nur der BGH, dass der Krieg „freiere Auffassungen“ nach sich gezogen habe.[2] Diese einzuhegen hat das Gericht versucht, was sich einerseits im Scheidungsrecht gezeigt hat,[3] aber auch bei den Sittlichkeitsdelikten zu beobachten ist.

1 Die Forderung der Aufklärung nach einer Trennung von Recht und Moral, wie sie vor allem von Kant theoretisch gefordert und von Feuerbach im juristischen Bereich teilweise durchgesetzt worden war, hatte Ende des 18. Jahrhunderts zu einer Reduzierung der Sittlichkeitstatbestände geführt, was sich z. B. in dem von Feuerbach redigierten bayrischen StGB von 1813 zeigte; vgl. Kubiciel, Absonderung, S. 402 f. Die Re-Moralisierung Mitte des 19. Jahrhunderts hatte dann im Kaiserreich zunehmend zu einer gegenläufigen Tendenz im Strafrecht geführt, zum Ganzen s. Roth, Sittlichkeitsdelikte, S. 199 ff.
2 Von einer „weitgehenden Demoralisierung“ spricht etwa der 1. Senat (BGH v. 28.2.1961 – 1 StR 467/60, BGHSt 15, 377); vgl. auch BGH v. 27.3.1958 – 4 StR 555/57.
3 Oben Kapitel 3.3.3.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-015

5.1.1 Homosexualität

Die Strafverfolgung homosexueller Handlungen unter Männern, geregelt in § 175 StGB aF,[4] wurde in der Nachkriegszeit bedenkenlos von der Justiz (und der Politik) akzeptiert,[5] und verfassungsrechtliche Zweifel wurden, wenn sie überhaupt existierten, verdrängt. Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Norm für verfassungskonform erklärt.[6] Der BGH argumentierte, wie so oft bei dieser Frage, formal: Die Alliierten hätten die Norm nicht aufgehoben, also sei sie weiterhin gültig.[7]

Die Tatsache, dass der nationalsozialistische Gesetzgeber im Jahre 1935 die Norm geändert[8] und den Anwendungsbereich erweitert hatte, warf gleichwohl die Frage auf, wie der Begriff der „Unzucht“ konkret zu verstehen ist. Es hätte sich jedenfalls die Möglichkeit einer einschränkenden Anwendung aufgedrängt, denn schon unmittelbar nach dem Zweiten Weltkrieg, also noch vor der Gründung des BGH, hatte es Vorschläge gegeben, die Vorschrift restriktiv auszulegen. Die Oberlandesgerichte Hamburg und Tübingen etwa vertraten die Auffassung, dass eine Unzucht zumindest eine gewisse Intensität erfordere, also Kontakte zwischen den beiden Personen, die enger und zeitlich länger andauernd sein müssten als bloß kurze Berührungen.[9] Auch die Revisionsbegründung einer Frankenthaler Rechtsanwältin vor dem BGH ging in diese Richtung; die Vorschrift sei nur auf intensivere Handlungen anzuwenden,[10] und in der rechtswissenschaftlichen Literatur wurde sogar ein noch weitergehender Vorschlag gemacht, die Norm auf beischlafähnliche Handlungen zu beschränken.[11] Diese Auffassung konnte sich auch auf die frühe Rechtsprechung des Reichsgerichts (vor 1935) berufen, die noch einen relativ engen Anwendungsbereich angenommen hatte.[12]

Die BGH-Strafsenate haben solche Überlegungen allerdings abgelehnt und vielmehr an die späte Rechtsprechung angeknüpft, die das Reichsgericht im Nationalsozialismus entwickelt hatte, wonach der Begriff weit zu fassen ist und auch geschlechtliche Handlungen einbezogen sind, die keinen beischlafähnlichen Charakter haben.[13] Diese Auslegung hat der 1. Strafsenat des BGH schon im Jahr 1951 übernommen.[14] Un-

4 Die gleichgeschlechtliche Liebe unter Frauen war nicht mit Strafe bedroht.

5 Auch die wissenschaftliche Literatur äußerte keine Zweifel an der Weitergeltung. Einzig das Landgericht Hamburg hatte starke Bedenken gegenüber der Vorschrift geäußert (LG Hamburg v. 22.6.1951 (*NJW* (1951), S. 853 f.)).

6 BVerfG v. 10.5.1957 – 1 BvR 550/52 (*NJW* (1957), S. 865).

7 BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 80 ff.). Das wurde auch in der Literatur so gesehen (Leipziger Kommentar-Mezger, 1958, § 175 Anm. 1; Lange, Anmerkung, in: *JZ* (1951), S. 562, 563).

8 Gesetz vom 28.6.1935 (RGBl I, 1935, 839).

9 OLG Hamburg, in: *SJZ* (1947), S. 553; OLG Tübingen, in: *MDR* (1949), S. 186.

10 Revisionsbegründung v. 9.12.1950 (BA, B 283/84404, Bl. 9).

11 Kohlrausch/Lange § 179 III; Labin, Anmerkung, in: *MDR* (1948), S. 60 ff. mit rechtshistorischen Argumenten.

12 RGSt 1, 395; RGSt 19, 416; RGSt 64, 108.

13 RGSt 70, 224; RGSt 73, 78.

14 BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 80, 81).

zucht sei nunmehr gleichzusetzen mit unzüchtigen Handlungen, so dass ein Mann auch verurteilt werden konnte, weil er und ein anderer sich kurz und oberhalb der Kleidung unzüchtig berührt hatten.[15] Der Senat knüpfte insoweit nahtlos an die Rechtsprechung der zweiten Hälfte der 1930er Jahre an[16] und übernahm die damalige Definition.[17] Die Änderung des Jahres 1935 habe nicht der Verwirklichung nationalsozialistischer Ziele oder Gedanken gedient.[18] Ob dies auch für die Reichsgerichts-Rechtsprechung mit ihrer Tatbestandserweiterung galt oder ob an dieser Stelle nicht doch mittelbar ideologisches Gedankengut eingeflossen ist, bleibt offen. Dem 1. Senat folgend, vertrat auch der 4. Senat – nur einen Monat später – diese Auslegung und ging sogar noch ein wenig weiter: Der gesetzlich verwendete Begriff „Unzucht treiben" enthalte das Merkmal einer gegenseitigen körperlichen Berührung gerade nicht.[19] Dieser Linie treubleibend, sah schließlich der 2. Senat 1953 auch die gleichzeitige Onanie als strafbar an[20] und verurteilte im gleichen Jahr dann auch einen Mann, der lediglich Zuschauer von unzüchtigen Handlungen zweier anderer Männer gewesen war.[21] Der Zweck der Strafnorm wurde hierbei nicht in dem Schutz konkreter Rechtsgüter gesehen, sondern darin, „die geistige Gesundheit des Volkes [...] zu erhalten und vor Abirrungen zu bewahren."[22]

Letztlich hat eine kasuistische Rechtsprechung mit einem weiten Anwendungsbereich alle möglichen Formen des „Unzucht-Treibens" erfasst, und auch die Versuchsstrafbarkeit wurde bei diesem Delikt weit ins Vorfeld verlagert. Das Landgericht Frankfurt am Main hatte einen über 60-jährigen Mann verurteilt, weil er zu jungen Männern brieflich Kontakt aufgenommen und sich mit einem von ihnen in einem Café getroffen hatte. Da er nach Überzeugung des Gerichts beabsichtigt hatte, mit den Betroffenen sexuell zu verkehren (wozu es nicht gekommen ist), sei bereits mit dem

15 BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 80).

16 Zitiert wurde RGSt 70, 224.

17 BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 82); BGH v. 13.7.1951 – 2 StR 275/51 (BGHSt 1, 293); BGH v. 6.5.1952 – 1 StR 768/51 (*NJW* (1952), S. 796); BGH v. 22.9.1953 – 2 StR 160/53 (BGHSt 4, 323); BGH v. 13.11.1953 – 2 StR 456/53 (BGHSt 5, 88); BGH v. 11.2.1955 – 2 StR 404/54 (BGHSt 7, 231); BGH v. 14.6.1955 – 1 StR 450/54 (BGHSt 8, 1, 3); BGH v. 13.3.1956 – 2 StR 13/56 (BGHSt 9, 111, 113).

18 RGSt 70, 224; RGSt 73, 78; BGH v. 13.3.1951 – 1 StR 1/51 (BGHSt 1, 80, 82).

19 BGH v. 12.4.1951 – 4 StR 131/50 (BGHSt 1, 107, 109). Auch bei der Verführung (§ 236 StGB aF) wurde der Begriff der Unzucht nicht auf den Beischlaf beschränkt (BGH v. 24.7.1958 – 1 StR 256/58 (BGHSt 12, 28)).

20 BGH v. 22.9.1953 – 2 StR 160/53 (BGHSt 4, 323) (gleichzeitige Selbstbefriedigung).

21 BGH v. 13.11.1953 – 2 StR 456/53 (BGHSt 5, 88): bestraft wurde der sogenannte „Triolist"; ähnlich: BGH v. 14.6.1955 – 1 StR 450/54 (BGHSt 8, 1). Eine Einschränkung nahm der 2. Senat in einer Entscheidung vom 11.2.1955 vor, in der er ein „Unzucht-Treiben" verneinte, wenn keine gedankliche Verbindung zwischen den beiden „Beteiligten" bestehe, da der Körper des anderen in irgendeiner Form in Mitleidenschaft gezogen werden müsse, was bei einer – vorgespielten – ärztlichen Untersuchung nicht der Fall sei (BGH v. 11.2.1955 – 2 StR 404/54 (BGHSt 7, 231)).

22 BGH v.11.2.1955 – 2 StR 404/54 (BGHSt 7, 231, 233).

Besuch der Gaststätte ein Versuch des Delikts zu bejahen.[23] Der 2. BGH-Senat hat diese weite Auslegung des Versuchsbegriffs gebilligt[24] und damit den starken Hang zur Kriminalisierung durch die unteren Instanzen gefördert. Das wird auch durch die Zahlen bestätigt: Zu beobachten ist ein deutlicher Anstieg der Zahl der nach § 175 StGB aF rechtskräftig Verurteilten in der Bundesrepublik von 1.920 Verurteilten im Jahre 1950 auf über 3500 im Jahr 1959.[25]

Wenig erstaunlich war es nach dem Gesagten, dass der 4. Senat in Anlehnung an die Rechtsprechung des Reichsgerichts[26] auch den Begriff des „Verführens zur Unzucht“ (gemäß § 175 a Nr. 3 StGB aF) nicht eng verstanden hat:[27] Die zweite Alternative des Tatbestandes (Verführung eines Minderjährigen, sich zur Unzucht missbrauchen zu lassen) wurde weit ausgelegt: Zur Unzucht missbrauchen ließ sich

> wer die Handlungen eines Mannes von einer gewissen Stärke und Dauer, die das allgemeine Scham- und Sittlichkeitsgefühl verletzen, bei sich duldet und hierbei die eigene oder die fremde Sinneslust erregen oder befriedigen will.[28]

Wer die Labilität eines jungen, noch leicht beeinflussbaren Mannes für sexuelle Handlungen ausnutze, falle unter diese Vorschrift,[29] unabhängig davon, ob der Minderjährige einwilligte.[30]

Aufschlussreich ist schließlich, wie der BGH auf die Schuldfrage geblickt hat. Das Gericht sah Homosexualität als eine das Triebleben betreffende emotionale Störung an, die aber nicht „allein um ihrer Abartigkeit willen“ die Bedeutung einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit im Sinne einer Schuldunfähigkeit (§ 51 StGB aF) habe. Vielmehr hatte ein Sachverständiger festzustellen, ob beim Täter eine „naturwidrige gleichgeschlechtliche Triebhaftigkeit“ von solcher Stärke gegeben sei, dass ihm ein „Widerstehen auch unter Aufbietung aller ihm eigenen Willenskräfte unmöglich,“[31]

---

23 LG Frankfurt v. 12.1.1959 – 43 Kls 32/58 (HStA, Abt. 461/36281).

24 2 StR 111/59 – HStA, Abt. 461/36281, Bl. 182. Mit Entscheidung v. 17.4.1959 hat er die Revision des Angeklagten zurückgewiesen. Den Vorsitz führte Richard Busch (zu ihm Abschnitt 4).

25 Zahlen bis 1956 wurden genannt von Schafheutle in einer Sitzung der Strafrechtskommission (Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959, Bd. 13, S. 549). Allerdings ist der Anstieg wohl nicht allein auf die BGH-Rechtsprechung zurückzuführen.

26 RG *GA* 48, S. 451; RG JW 1939, 541.

27 Schäfer nennt die Auslegung sogar „uferlos“, s. Schäfer, Der Prozess, S. 96; siehe: BGH v. 10.11.1961 – 4 StR 70/61 (BGHSt 17, 63).

28 BGH v. 26.7.1951 – 2 StR 358/51; BGH v. 7.12.1951 – 2 StR 517/51 (BGHSt 2, 40 = *NJW* (1952), S. 354); im konkreten Fall waren diese Voraussetzungen nicht nachgewiesen.

29 BGH v. 10.11.1961 – 4 StR 70/61 (BGHSt 17, 63).

30 BGH v. 25.3.1955 – 5 StR 617/54 (BGHSt 7, 312); eine Verführung nach § 175 a Nr. 3 StGB wurde allerdings abgelehnt, wenn das Opfer nicht gefügig gemacht wurde, sondern aus Angst die Tat duldete (BGH v. 10.11.1961 – 4 StR 70/61 (BGHSt 17, 63)).

31 BGH v. 8.12.1953 – StR 564/53; BGH v. 18.1.1955 – 2 StR 365/54; BGH v. 27.6.1955 – 1 StR 69/55; BGH v. 28.2.1956 – 1 StR 529/55; BGH v. 27.11.1959 – 4 StR 394/59 (BGHSt 14, 30).

beziehungsweise dass „sein Hemmungsvermögen erheblich herabgesetzt“ war.[32] Anderenfalls liege lediglich ein „Charaktermangel“ vor, so dass eine Schuldfähigkeit bejaht wurde.[33] In vielen Verfahren forderte daher der BGH, einen Gutachter einzuschalten, um die Frage der Schuldfähigkeit klären zu lassen.[34]

Die weite Auslegung durch die BGH-Senate hat nicht nur in quantitativer Hinsicht die Zahlen beeinflusst, sondern aufgrund ihrer Konturlosigkeit auch zu einer uneinheitlichen Rechtsprechung der unteren Instanzen geführt, was sogar das Mitglied des 2. Strafsenats Paulheinz Baldus konzedierte.[35] Sie musste sich aber vor allem den Vorwurf gefallen lassen, dass sie mit einer Verschiebung weg vom Körperlichen hin zum Gleichzeitigen[36] eine bedenkliche Ausweitung der Norm vorgenommen hatte. Die Linie des BGH knüpfte letztlich an die nationalsozialistische Rechtsprechung des Reichsgerichts und nicht an die der 1920er Jahre an, so dass es zumindest nicht auszuschließen ist, dass damit, ob gewollt oder nicht, auch die NS-Ideologie in gewissem Umfang „weiterlebte“. Schließlich haben die Senate einen wesentlichen Aspekt ausgeblendet, nämlich ob die Übernahme der extensiven Auslegung des Reichsgerichts zur nationalsozialistischen Zeit mit dem nunmehr neuen Grundgesetz weiterhin zu vereinbaren war.[37] Auch wenn möglicherweise das rigorose Vorgehen des BGH von weiten Teilen der Bevölkerung geteilt wurde, ist darauf hinzuweisen, dass es durchaus gegenteilige Bewegungen gab, die für die Abschaffung der Strafbarkeit der Homosexualität votierten, nicht nur im Ausland, sondern auch in den maßgeblichen medizinischen Fachgesellschaften. Der 39. Deutsche Juristentag hatte sich schließlich ebenfalls für die Streichung ausgesprochen.[38] Ebenso hatte ein nennenswerter Teil der Mitglieder der Großen Strafrechtskommission im Jahr 1958 votiert, während der erwähnte Paulheinz Baldus, Mitglied des 2. Strafsenates des BGH, in dieser Kommission für eine Beibehaltung des Grundtatbestandes plädierte und mit dem „Dammbruchargument“ gegen eine Abschaffung des Straftatbestandes der Homosexualität fast schon peinlich dramatisierte:

> Die Homosexuellen sind nicht zurückhaltend, sondern aufdringlich vorlaut, wenn sie glauben, sich das leisten zu können. Sie betonen gelegentlich sogar, dass ihre Art der geschlechtlichen Betätigung die ethisch höher stehende sei. [...] Der nächste Schritt wird sein, dass diese Leute mit

32 BGH v. 8.2.1955 – 1 StR 475/54 (*MDR* (1955), S. 368).

33 BGH v. 18.1.1955 – 2 StR 365/54; BGH v. 8.2.1955 – 1 StR 475/54 (*MDR* (1955), S. 368); BGH v. 27.4.1956 – 1 StR 72/56; BGH v. 2.12.1956 – 1 StR 482/55; BGH v. 27.11.1959 – 4 StR 394/59 (BGHSt 14, 30).

34 BGH v. 19.6.1957 – 4 StR 235/57 (*GA* (1957), S. 409). In BGH v. 8.2.1955 – 1 StR 475/54 (*MDR* (1955), S. 368) forderte der erste Senat ein zweites Gutachten.

35 Senatspräsident Baldus räumte ein sehr unterschiedliches Strafmaß ein, glaubte aber nicht, dass die gefundenen Ergebnisse ungerecht seien (Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959, S. 548).

36 Kohlrausch, § 179 III.

37 Denn aus den Grundrechten kann das Gebot einer Verhältnismäßigkeit des Strafens abgeleitet werden.

38 Verhandlungen 39. Deutscher Juristentag 1951.

> aller Entschiedenheit und ganz offen für eine Herabsetzung dieser Grenze kämpfen, und zwar werden sie sagen, dass es ihnen in erster Linie auf die Jugendlichen ankommt! Sie werden keine Zurückhaltung üben, sondern sie werden uns über den Kopf wachsen![39]

Konsequenterweise setzte er sich bei der Abstimmung für die Weitergeltung der Strafbarkeit ein. Dass dies jedoch nicht die Haltung aller BGH-Richter war, beweist das Abstimmungsverhalten von Else Koffka, die ebenfalls in dieser Kommission mitwirkte und hierbei gegen die Beibehaltung (des Grundtatbestandes) votierte.[40] Und auch Dietrich Lang- Hinrichsen – in der NS-Zeit rassistisch verfolgt und nach Brasilien geflüchtet – hat sich in seinen wissenschaftlichen Publikationen für eine Abschaffung des Grundtatbestandes des § 175 StGB aF ausgesprochen.[41] Lang-Hinrichsen hat insbesondere den auch von seinem BGH-Kollegen Baldus erhobenen Vorwurf, die Homosexuellen neigten zur Cliquenbildung und würden den Staatsdienst unterlaufen und gefährden,[42] unter Hinweis auf sozialwissenschaftliche Forschungen zurückgewiesen.[43]

Gerade die Tatsache, dass intensiv über die Abschaffung des Tatbestandes diskutiert wurde, hätte den BGH-Richtern zu denken geben müssen, ob ihre sehr weite Auslegung nicht doch einer Korrektur bedurft hätte. Der Gedanke, dass in die Freiheit nur im notwendigen Umfang eingegriffen werden soll und das Strafrecht sich auf die Sanktionierung von Verstößen gegen elementare Werte beschränken soll, wurde durch die Strafsenate des BGH jedenfalls in ihrer Rechtsprechung nicht verfolgt, auch wenn Dietrich Lang-Hinrichsen genau in diese Richtung argumentiert hat.[44]

5.1.2 Weitere Fälle von „Unzucht“

Im Gegensatz zu der geschilderten „Unzucht unter Männern“ wurde das Merkmal des „Unzuchttreibens“ beim Tatbestand der Unzucht mit Tieren (gemäß § 175 b StGB aF) restriktiv angewandt: Nur eine dem Beischlaf ähnliche Handlung sei strafbar;[45] womit der BGH insoweit zur Reichsgerichts-Rechtsprechung vor 1935 zurückkehrte.[46] Als

---

39 Baldus in: Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959, S. 539 f. Bereits Hanack hat darauf verwiesen, dass die Formulierungen in der Kommission, aber auch in der Rechtsprechung erhebliche Vorurteile erkennen lassen, s. Hanack, Die Straftaten, in: *ZStW* (1965), S. 416 ff.

40 Abstimmungsergebnis in der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959 (Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 18.6.1959, S. 552).

41 Lang-Hinrichsen, Zur Frage, S. 144.

42 Die Hauptgefahr der Homosexualität sei, so Baldus, „die Gefahr der Cliquenbildung im staatlichen Leben. Diese Gefahr halte ich für wesentlich größer, als sie hier dargestellt wird. Nur durch eine Strafbarkeit können derartige Bestrebungen im öffentlichen Dienst auf die Dauer niedergehalten werden“ s. Baldus, in: Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 28.4.1958, S. 234.

43 Lang-Hinrichsen, Zur Frage, S. 137.

44 Lang-Hinrichsen, Zur Frage, S. 106 ff.

45 BGH v. 1.4.1952 – 2 StR 754/51 (BGHSt 2, 269 = *NJW* (1952), S. 673).

46 Baldus in: Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 28.4.1958, S. 238.

Grund für die Strafbarkeit der Sodomie galt der Schutz des Einzelnen gegen die Verletzung der eigenen Menschenwürde, was den paternalistischen Zug des damaligen Sittenstrafrechts unterstreicht. Senatspräsident Paulheinz Baldus verteidigte die Beibehaltung auch dieser Strafvorschrift: „Ich glaube wir können uns über das Empfinden der ländlichen Bevölkerung nicht einfach hinwegsetzen“.[47]

Sex mit Abhängigen

Die Rechtsprechung zum Tatbestand der Unzucht mit Kindern (§ 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF) ist ein weiteres Beispiel dafür, dass es dem BGH in der Nachkriegszeit im Bereich des Sexualstrafrechtes in erster Linie auf die Wahrung der „allgemeinen Sittlichkeit“ ankam, während der (körperliche) Schutz der betroffenen Opfer weniger im Vordergrund stand. Insoweit kam die sprachliche Weite der Norm diesem Anliegen entgegen. Das Reichsgericht hatte diesen Straftatbestand zunächst nur angewandt, wenn ein körperlicher Bezug zwischen Täter und Opfer bestand,[48] diese Voraussetzung später aber aufgegeben.[49] An diese späte Reichsgerichts-Rechtsprechung knüpfte dann auch der BGH an und griff dabei auf die oben geschilderte weite Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Unzucht treiben“ (zu § 175 StGB aF) zurück. Zur Verwirklichung auch des Straftatbestandes der Unzucht mit Kindern war hiernach ein körperlicher Kontakt mit dem kindlichen Opfer gerade nicht erforderlich.[50] Maßgebend für eine Strafbarkeit waren vielmehr die „Unsittlichkeit“ der Verhaltensweisen beziehungsweise die „unsittlichen Absichten“ des Täters, die der BGH auch bei einer lediglich „geistigen Verbindung zu dem Körper des Kindes“ bejahte.[51] Der Täter sei auch dann strafbar, wenn er „geschlechtlich beziehungslose“ kindliche Handlungen aus „wollüstigen Absichten“ heraus provozierte.[52] Konkret nahm der 2. Senat eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift daher auch an, wenn der Täter aus einer wollüstigen Absicht heraus Mädchen unter 14 Jahren dazu veranlasste, Kopfstände zu machen, um dadurch unzüchtige Blicke auf deren Unterwäsche zu ermöglichen. Der Schutzzweck des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF verlange nicht, dass sich die Kinder der Unzüchtigkeit ihrer – harmlosen – Handlung bewusst sein müssen.[53] Diese Auffassung bestätigte der 4. Senat gut ein Jahr später, indem er einen Mann nach dieser Vorschrift verurteilte, der ein 5-Jähriges Mädchen dazu bewegte, einen Stock zwischen die Beine zu nehmen und

47 Baldus in: Sitzung der Großen Strafrechtskommission am 28.4.1958, S. 238.
48 RGSt 49, 178.
49 RGSt 73, 78.
50 BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212).
51 BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212); BGH v. 18.5.1962 – 2 StR 366/61 (BGHSt 17, 280); Dazu auch ausführlich: Brüggemann, Entwicklung, S. 308 ff.
52 Dies sei „Unzucht“ im Sinne des § 176 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF (BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212); BGH v. 18.5.1962 – 2 StR 366/61 (BGHSt 17, 280)).
53 BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212).

darauf zu „reiten“.[54] Schließlich machte sich sogar ein Mann strafbar, der das unsittliche Verhalten der Kinder nicht selbst veranlasst hatte, sondern dem Treiben lediglich zuschaute.[55] Auch bei diesem Tatbestand zeigte der BGH seine Tendenz, verschiedene Unanständigkeiten mittels extensiver Auslegung in den Normbereich zu ziehen.

Nach dem Gesagten war es wohl folgerichtig, dass die Strafsenate für den Tatbestand des sexuellen Missbrauchs Schutzbefohlener (nach § 174 Nr.1 StGB aF) ebenfalls ein weites Verständnis der Strafnorm vertraten, mit dem erklärten Ziel, Über- und Unterordnungsverhältnisse im Sinne der Strafvorschrift insgesamt von geschlechtlichen Einflüssen freizuhalten.[56] Denn die Vorschrift sollte – so der 2. Senat unter Bezugnahme auf das Reichsgericht[57] – von ihrem Schutzzweck her auch die „allgemeine sittliche Sauberkeit“ und damit das Vertrauen der Öffentlichkeit in die betreffenden Institutionen erfassen, womit er sich ausdrücklich für eine an der gesellschaftlichen Sittlichkeit orientierten Auslegung des Tatbestandes aussprach.[58] Auch der 1. Strafsenat betonte, dass sowohl die „geschlechtliche Ehre“ der abhängigen Person, als auch deren Respekt und Vertrauen gegenüber der Autoritätsperson zu schützen seien.[59] Aufgrund dieses weiten Verständnisses des Schutzzweckes konnte der BGH letztlich auch in solchen Fällen einen strafbaren „Missbrauch zur Unzucht“ bejahen, in denen die minderjährige und abhängige Person in die „Liebesbeziehung“ einwilligte[60] oder gar die sexuellen Handlungen selbst initiiert hatte,[61] etwa bei dem Verhältnis eines Anwalts zu einer 17-jährigen Angestellten.[62] Auch wenn in dem konkreten Fall der Anstoß vom Opfer ausgehe, habe der „Täter“ sich doch auf die gemeinsamen, von ihr vorgeschlagenen Ausflüge eingelassen. Auch eine bereits vor dem Ausbildungsverhältnis bestehende sexuelle Beziehung, die nach Aufnahme des Abhängigkeitsverhältnisses weiter fortgesetzt wurde, war nach § 174 StGB aF strafbar.[63] Dem Autoritätsinhaber wurde insoweit

54 BGH v. 10.9.1953 – 4 StR 401/53.

55 BGH v. 27.7.1965 – 1 StR 280/65 (*GA* (1966), S. 309).

56 BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212); BGH v. 11.11.1955 – 1 StR 442/55 (BGHSt 8, 278, 281). Die Norm wurde allerdings nicht angewandt bei rein unzüchtigen Reden; daher wurde ein Kaufmann, der gegenüber seinem Lehrling entsprechende anzügliche Bemerkungen gemacht hatte, freigesprochen (BGH v. 12.5.1961 – 4 StR 94/61 (BGHSt 16, 87)).

57 RGSt 76, 149.

58 BGH v. 17.4.1951 – 2 StR 91/51 (BGHSt 1, 122 f.).

59 BGH v. 11.11.1955 – 1 StR 442/55 (BGHSt 8, 278); BGH v. 24.11.1959 – 5 StR 518/59 (BGHSt 13, 352).

60 BGH v. 14.3.1952 – 2 StR 625/51 (BGHSt 2, 212); BGH v. 11.11.1955 – 1 StR 442/55 (BGHSt 8, 278).

61 BGH v. 17.4.1951 – 2 StR 91/51 (BGHSt 1, 122); Hanack kommentierte diese Entscheidung dahingehend, dass sie vom Missbrauchsgedanken nichts mehr übriggelassen habe, s. Hanack, Die Straftaten, in: *ZStW* (1965), S. 432). Nur in einigen wenigen Ausnahmefällen verneinte der BGH einen „Missbrauch zur Unzucht“ nach § 174 StGB aF bei geschlechtlichen Beziehungen innerhalb eines Über- und Unterordnungsverhältnisses. Die Kriterien hierfür waren, dass der Anstoß zu den „unzüchtigen Handlungen“ zweifelsfrei von der abhängigen Person ausgegangen sein musste und diese bereits geschlechtlich erfahren war (BGH v. 10.4.1952 – 5 StR 195/52 (*NJW* (1952), S. 671)).

62 BGH v. 11.11.1955 – 1 StR 442/55 (BGHSt 8, 278).

63 BGH v. 30.6.1953 – 1 StR 215/53 (BGHSt 4, 297) in Anschluss an RG, in: *GA* 61, S. 360.

eine Pflicht zum Widerstand gegen die „geschlechtlichen Versuchungen“ auferlegt, die selbst dann in strafbarer Weise verletzt wurde, wenn die sexuellen Handlungen nicht unter Ausnutzung des Autoritätsverhältnisses zustande gekommen waren.[64] Dass die betroffene Person „in voller Erkenntnis des Wesens und der Bedeutung der Geschlechtsehre unzüchtigen Handlungen zustimmt“, schließe den Missbrauch nicht aus.[65] Eine Einschränkung nahm der BGH – in Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts[66] – vor, wenn die abhängige Person schon annähernd 21 Jahre alt war und sich aus echter Liebe und in der ernsthaften Absicht einer späteren ehelichen Verbindung in vollem Bewusstsein ihrer Verantwortung für die sexuelle Beziehung zu ihrer Autoritätsperson entschieden hatte.[67]

Die zum Teil heftige Kritik an der BGH-Rechtsprechung[68] wird heute möglicherweise etwas zu relativieren sein, nachdem die Missbrauchserfahrungen der letzten Jahre und die sogenannte *Me-too-Debatte* die Gefahren der Ausnutzung von Abhängigkeitsverhältnissen offengelegt und zu einer dahingehenden Sensibilisierung unserer Gesellschaft gegenüber zu freizügigen Anschauungen beigetragen haben. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass die damalige Auslegung des Rechts durch die BGH-Senate zu einer erheblichen Kriminalisierung von Verhaltensweisen geführt hat, die heute so nicht mehr vorstellbar ist.

Inzest

Um eine sittliche Wertungsfrage im Verhältnis zu anderen Rechtskulturen ging es bei der Auslegung des Inzestverbots. Die Strafbarkeit des Geschlechtsverkehrs von Verschwägerten wegen Inzests (gem. § 173 StGB aF) wurde nur selten praxisrelevant, am ehesten noch, wenn der Täter aus einem anderen Kulturkreis stammte und angab, von der Straflosigkeit seines Handelns überzeugt gewesen zu sein, weil sein Heimatrecht eine entsprechende Verbotsnorm nicht kannte. Strittig war, ob diese Unkenntnis einen entschuldigenden Verbotsirrtum darstellen kann.[69] Eine Auffassung meinte, dass die deutschen Moralvorstellungen beim Inzestverbot einen Familienschutz verfolgen, den es so in vielen anderen Ländern nicht gebe.[70] Daher sei ein entsprechender Irrtum unter Umständen verzeihlich und möglicherweise vom Gericht als unvermeidbarer Irrtum zu berücksichtigen. Der 5. Senat ließ eine solche Verteidigung nicht gelten, denn er sah die Norm nicht nur als Inzestverbot, sondern als einen besonderen

64 BGH v. 12.6.1951 – 1 StR 214/51 (*NJW* (1951), S. 726).
65 BGH v. 24.11.1959 – 5 StR 518/59 (BGHSt 13, 352).
66 RG in DR 44, 902.
67 BGH v. 12.6.1951 – 1 StR 214/51 (*NJW* (1951), S. 726).
68 Brüggemann warf dem BGH nicht nur eine „äußerst extensive“ Auslegung vor, sondern auch, dass er der Norm einen anderen Charakter gegeben habe als der Gesetzgeber beabsichtigt habe, s. Brüggemann, Entwicklung, S. 373.
69 Dafür: Warda, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewusstsein, in: *NJW* (1953), S. 1052.
70 Warda, Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewusstsein, in: *NJW* (1953), S. 1052.

Fall des Ehebruchs an, und da davon auszugehen sei, dass der Täter die Strafbarkeit des Ehebruchs gekannt habe,[71] fehle ihm auch nicht das Unrechtsbewusstsein für sein unsittliches Verhalten.[72]

„Schundliteratur“

Ein weiterer Tatbestand, der die enorme Relevanz des allgemeinen Sittlichkeitsempfindens für die Auslegung strafrechtlicher Normen deutlich macht, war § 184 StGB aF, welcher die Verbreitung „unzüchtiger Schriften“ unter Strafe stellte. Eigentlich wurde der Begriff der Unzüchtigkeit damals relativ – je nach betroffenen Kreisen – betrachtet („der Begriff des Unzüchtigen in § 184 StGB ist ein relativer“),[73] in diesem Zusammenhang wählte der BGH aber eine objektive Betrachtung. Insbesondere bei Schriften im homosexuellen Milieu setzten die Gerichte die Schwelle der Strafbarkeit äußerst niedrig an: So hatte der 2. Senat etwa bereits eine Kontaktanzeige für Homosexuelle unter die Norm gefasst, weil sie die gleichgeschlechtliche Liebe verherrliche.[74] Maßstab der entsprechenden Bewertung sei nicht der Leserkreis des konkreten Blattes, sondern vielmehr das Durchschnittsempfinden der gesamten Gesellschaft. Auch wenn der Leserkreis nur Homosexuelle seien, ändere dies an der Strafbarkeit nichts, denn hier schlage „die sittliche Verkommenheit“ durch, weil es sich um ein Rechtsgut handele, das dem ganzen Volke eigen sei.[75] Insoweit könne „nur die Anschauung des normalen gesunden Menschen“ entscheidend sein.[76]

Bei jugendgefährdenden Schriften hatte der BGH anfangs noch darauf abgestellt, ob die Schrift für Jugendliche leicht zugänglich gewesen war,[77] später dann aber eine rein objektive Beurteilung verlangt, die sich allein auf den Inhalt der Schrift bezieht und nicht auf die äußeren Umstände abstellt.[78] Der 4. Senat nutzte in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1958[79] die Gelegenheit, seine Position für die Beurteilung der „Sittlichkeit“ einer Schrift (unabhängig von einem bestimmten Personenkreis) darzulegen und die Bedeutung möglicher Änderungen in der Moralvorstellung zu bewerten. Er schloss sich hierbei der Auffassung des Reichsgerichts[80] an und betonte, dass die Strafnorm das „Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Menschen“ schüt-

71 Anders als das Inzestverbot war die Unrechtmäßigkeit des Ehebruchs den meisten aus ihrem Heimatland bekannt.

72 BGH v. 10.4.1952 – 5 StR 195/52 (*NJW* (1952), S. 671); ähnlich: BGH v. 9.12.1952 – 1 StR 459/52 (*NJW* (1953), S. 471); im Ergebnis zustimmend: Zimmermann, Urteilbares, in: *NJW* (1954), S. 908.

73 BGH v. 30.6.1953 – 1 StR 215/53 (BGHSt 4, 297).

74 BGH v. 18.11.1952 – 2 StR 139/52 (BGHSt 3, 295).

75 BGH v. 18.11.1952 – 2 StR 139/52 (BGHSt 3, 297). Hier nimmt der Senat Bezug auf das Reichsgericht (RGSt 32, 418 f.).

76 Wie RGSt 37, 315.

77 BGH v. 19.7.1955 – 5 StR 12/55 (BGHSt 8, 125).

78 BGH v. 14.1.1959 – 2 StR 265/58 (BGHSt 12, 360).

79 BGH v. 27.3.1958 – 4 StR 555/57.

80 RGSt 27, 115.

ze und dass dieses trotz einer zu beobachtenden Änderung der gesellschaftlichen Moralvorstellungen weiterhin den von der bisherigen Rechtsprechung vertretenen konservativen und strengen Idealen entspreche. „Jedenfalls ist der § 184 StGB durch eine etwa eingerissene Sittenverwilderung in keiner Weise außer Kraft gesetzt." Der Paragraf habe vielmehr

> die Aufgabe, das Sittlichkeits- und Schamgefühl des normal empfindenden Menschen zu schützen. Mag dieser Kreis infolge der zunehmenden Verflachung und ungünstiger anderer Umstände kleiner geworden sein, so besteht er doch nach wie vor in gleichem Umfang. Nur auf ihn kommt es an.[81]

Damit wies er den Einwand des Strafverteidigers zurück, der gemeint hatte, dass sich die gesellschaftlichen Annahmen über Sittlichkeit in der letzten Zeit zu einem offeneren Verständnis gewandelt hätten. Deutlich wird auch hier wieder, dass das vom BGH geschützte Rechtsgut die „Sittlichkeit an sich" ist, ohne dass es einen Betroffenen geben muss; außerdem ändere der gesellschaftliche Wandel nichts an den Grundanforderungen, die die Sittlichkeit an das Recht stelle.

Diese extensive Auslegung wurde erst über zehn Jahre später im Jahre 1969 aufgegeben, als der 1. Senat im sogenannten Fanny-Hill-Urteil entschied, dass nur eindeutige Verstöße nach § 184 StGB aF strafrechtlich zu sanktionieren seien.[82] Nunmehr löste sich das Gericht von seiner grundsätzlichen Haltung, ein zeitloses „ungeschriebenes Sittengesetz" heranzuziehen, sondern erkannte an, dass die guten Sitten „zeitbedingt und damit einem Wandel unterworfen" seien. Es stellte einen solchen Wandel fest, der durch eine „Versachlichung in Bezug auf geschlechtliche Sachverhalte" gekennzeichnet sei.

> Das Strafgesetz hat nicht die Aufgabe, auf geschlechtlichem Gebiet einen moralischen Standard des erwachsenen Bürgers durchzusetzen, sondern es hat die Sozialordnung der Gemeinschaft vor Störungen und groben Belästigungen zu schützen[83]

– eine Erkenntnis, die doch erst sehr spät gewonnen wurde.[84] Die Mitwirkenden an diesem Urteil unterscheiden sich in ihren Biografien kaum von ihren Kollegen,[85] insbesondere was ihre Verstrickung in das NS-Unrecht angeht, gehörten aber überwiegend zum Kreis der jüngeren Kollegen: Joachim Loesdau, Albert Mösl, Heinz Pikart

81 BGH v. 27.3.1958 – 4 StR 555/57.

82 BGH v. 22.7.1969 – 1 StR 456/68 (BGHSt 23, 40 = *NJW* (1969), S. 1818).

83 BGH v. 22.7.1969 – 1 StR 456/68 (BGHSt 23, 43).

84 Der BGH Richter Dietrich Lang-Hinrichsen hatte ganz grundsätzlich die Auffassung vertreten, dass sich im Strafrecht ein Wandel dahin vollziehen müsse (und teilweise bereits vollzogen habe), dass nur wegen eines sozialen Unrechtsgehalts bestraft werden dürfe; daher sei gerade beim Sittenstrafrecht der Kreis der strafbaren Handlungen enger zu ziehen, s. Lang-Hinrichsen, Zur Frage, S. 108 ff.

85 Loesdau, Mösl und Seibert waren Parteigenossen gewesen, die letzten beiden erst nach längerer Kriegsgefangenschaft zurückgekehrt. Pikart war nicht in der NSDAP, hatte aber einen Aufnahmeantrag gestellt. Walter Zipfel ist erst nach dem Krieg in die Justiz eingetreten.

und Walter Zipfel waren alle gegen Ende des Kaiserreichs geboren worden, lediglich der Vorsitzende Claus Seibert (geboren 1902) war etwas älter, so dass sie aufgrund ihres Alters eher gewillt gewesen sein könnten, den mittlerweile veränderten gesellschaftlichen Umständen Rechnung zu tragen.

Restriktive Tendenzen

Während die bisher geschilderten Entscheidungen bei den Vorschriften des Sexualstrafrechts eine klare Tendenz zu einer extensiven Auslegung erkennen lassen, gibt es in der BGH-Rechtsprechung auch einige wenige Ausnahmen davon. Eine Strafbarkeit wegen Zuhälterei (§ 181 a StGB aF) wurde etwa verneint, wenn das Interesse eines Mannes lediglich auf den Erhalt einer geschlechtlichen Beziehung zu einer Prostituierten gerichtet ist und das Interesse an den Einnahmen aus dem Prostitutionsgewerbe nicht den eigentlichen Zweck der Verbindung darstellt.[86] Zu eng wollte der BGH diese Abgrenzung zur strafbaren Zuhälterei jedoch auch nicht verstehen, sondern stellte in einer weiteren Entscheidung ausdrücklich fest, dass bei gleichrangiger Interessenlage in Hinblick auf den Erhalt einer Wohn- und Lebensgemeinschaft mit der Prostituierten einerseits und dem Streben nach wirtschaftlicher Teilhabe an den Einnahmen aus dem „Unzuchtgewerbe“ andererseits weiterhin der ausbeuterische Charakter der Zuhälterei gegeben sei.[87]

Im Bereich der Strafbarkeit wegen der Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 183 StGB aF) brach der BGH mit der früheren Rechtsprechung des Reichsgerichts,[88] indem er unzüchtige mündliche Äußerungen aus dem Anwendungsbereich der Norm ausnahm.[89] Zwar stellte der 5. Senat ausdrücklich fest, dass das Schutzgut des § 183 StGB das „durchschnittliche Scham- und Sittlichkeitsgefühl der Allgemeinheit“ sei, diesem könnte jedoch bei unzüchtigen mündlichen Äußerungen im Zweifel durch den (ehemaligen) Tatbestand des „Groben Unfugs“ (§ 360 Nr. 11 StGB aF) Rechnung getragen werden. Der Senat schloss sich damit der bereits in der juristischen Literatur vertretenen Auffassung an, dass „unzüchtige mündliche Äußerungen“ nicht vom Schutzzweck des § 183 StGB aF erfasst werden und entschied sich insoweit für ein restriktives Verständnis der Norm.[90]

Trotz der Bestrebungen der BGH-Strafrichter, der Unsittlichkeit in der Gesellschaft entschlossen entgegenzutreten, haben sie die Kompetenz, dies durchzusetzen, allein dem Strafrecht und damit der Justiz überantwortet. Eine Selbstjustiz zur Durchsetzung der als richtig empfundenen Moral hat der BGH nicht zugelassen, was ein Urteil des 3. Strafsenats dokumentiert: In einem Düsseldorfer Kino lief der Film *Die Sün-*

86 BGH v. 24.6.1954 – 3 StR 748/53 (*NJW* (1954), S. 1294).
87 BGH v. 25.7.1967 – 1 StR 215/67 (BGHSt 21, 272).
88 RGSt 4, 130; 23, 233; 70, 159.
89 BGH v. 2.9.1958 – 5 StR 339/58 (BGHSt 12, 42).
90 BGH v. 2.9.1958 – 5 StR 339/58 (BGHSt 12, 42), hier wird verwiesen auf den Kommentar von Kohlrausch/Lange, s. Kohlrausch/Lange I zu § 183 StGB.

derin, der damals wegen als zu freizügig empfundener Szenen[91] sehr umstritten war und einen Pfarrer veranlasste, die Vorführung verhindern zu wollen, weshalb er mit Gleichgesinnten Stinkbomben in das Filmtheater warf. Er wurde deshalb wegen Nötigung angeklagt, doch das Landgericht sprach ihn frei. Der BGH sah in dem Versuch, die Vorstellung zu verhindern, allerdings eine tatbestandliche Nötigung und hob das freisprechende Urteil auf.[92] Die Berufung des Pfarrers auf eine Notwehrsituation, um der Unsittlichkeit entgegenzutreten, sei wenig plausibel, da weder er noch die Kinozuschauer einem rechtswidrigen Angriff ausgesetzt gewesen seien.[93] Zur Bekämpfung einer angeblichen Unsittlichkeit könne das Notwehrrecht nicht herangezogen werden. Eine Selbstjustiz wurde insoweit abgelehnt.

5.1.3 Prostitution/ Kuppelei

Der Konflikt zwischen einem strengen, auf absolute Geltung zielenden Sittlichkeitsanspruch und einer stärker pragmatisch ausgerichteten Sittenpolizei, die auch die Gesundheitspolitik einbezieht, ist ein Dauerthema der Rechtsgeschichte, das sich besonders bei den Straftatbeständen der Prostitution und der Kuppelei zeigt, bei denen es schon im Kaiserreich Tendenzen zur Entkriminalisierung gegeben hatte, weil soziale und gesundheitspolitische Überlegungen[94] mit den strafrechtlichen Verfolgungsinteressen konkurrierten. Während damals die „Hardliner“ jede Kuppelei/ Prostitution bestraft sehen wollten,[95] ging es den Sozialpolitikern darum, Prostituierte nicht dadurch auf die Straße (und damit in die Illegalität) zu treiben, dass man die Vermieter bestrafte; denn die Sozial- und Gesundheitspolitik strebte eher nach einer gewissen Kontrolle über die Prostitution, um den Anstieg der Geschlechtskrankheiten zu bremsen,[96] was aber durch eine stringente Strafverfolgung unmöglich gemacht wurde.

Zur Prostitution gab es in den ersten Jahren nur eine bedeutsame Entscheidung des BGH, in der festgeschrieben wurde, dass über die Norm des StGB[97] hinaus kein Recht der Bundesländer und der Kommunen bestehe, eigene Regelungen mit Strafcha-

91 Die Hauptrolle spielte die Schauspielerin Hildegard Knef. Zu diesem Thema siehe auch: Kuchler, Kirche, S. 147–175.

92 BGH v. 2.10.1953 – 3 StR 151/53 (BGHSt 5, 245).

93 SWR Hörfunkarchiv, W0111848. Das Verfahren wurde vom Senatsvorsitzenden Eberhard Rotberg in einer SDR-Rundfunksendung geschildert und kommentiert.

94 Die Gesundheitspolitiker wollten Bordelle legalisieren, um die Frauen ärztlich überwachen zu können und somit die Ausbreitung der Geschlechtskrankheiten zu verhindern.

95 Stursberg, Die Prostitution, S. 92 ff.

96 Schließlich gab es Kritiker, die die Norm in ihrer praktischen Anwendbarkeit als widersprüchlich brandmarkten. Wenn in einer Reihe von Städten die gewerbliche Unzucht als solche erlaubt war, während man gegen die Vermieter der Prostituierten wegen Kuppelei vorging, dann sei dies scheinheilig (zum Beispiel in den Sitzungen des Reichstags – Verhandlungen des Reichstags, Sitzung am 26.1.1900, S. 3765, 3782 und vom 17.5.1900, S. 5560 ff., s. Roth, Kriminalitätsbekämpfung, S. 382 ff.).

97 § 361 Nr. 6 bis 6 c StGB aF.

rakter zu erlassen, wie dies in früheren Zeiten üblich gewesen war. Er begründete dies ausführlich mit einer historischen Auslegung der Gesetzgebungsgeschichte.[98]

„Verlobtenkuppelei“

Generell hielt der BGH auch im Bereich von Prostitution und Kuppelei an einer rein moralischen Beurteilung fest. Seine konservative Haltung zeigte sich vor allem bei der Strafvorschrift zur Kuppelei, vielleicht am deutlichsten in der bekannten Entscheidung des Großen Senats, in der dieser sogar die Duldung des Geschlechtsverkehrs Verlobter als strafbare Kuppelei ansah.[99] Eine Kriegerwitwe, Mutter von vier Kindern, hatte erlaubt, dass der Verlobte ihrer 20-jährigen Tochter bei dieser im Zimmer übernachtete und war aus diesem Grunde wegen Kuppelei bestraft worden. Zur Begründung der Strafbarkeit einer Verkuppelung Verlobter griff der Große Senat im Jahr 1954 unter dem Vorsitz seines Präsidenten Hermann Weinkauff auf naturrechtliche Grundsätze zurück. Der Begriff der Unzucht verweise auf einen außerstrafrechtlichen Normenkreis, denn die Gebote, die das geschlechtliche Zusammenleben regelten, seien die Normen des Sittengesetzes und nicht bloß Konventionalregeln, die dem Belieben wechselnder gesellschaftlicher Gruppen ausgeliefert seien. Eben dieses Sittengesetz (als „Grundlage der Völker und Staaten“) schreibe dem Menschen im Ergebnis den Geschlechtsverkehr auf die Ehe beschränkt vor:

> Die sittliche Ordnung will, dass sich der Verkehr der Geschlechter in der Einehe vollzieht, weil der Sinn und die Folge des Verkehrs das Kind ist. […] Indem das Sittengesetz dem Menschen die Einehe und die Familie als verbindliche Lebensform gesetzt und indem es diese Ordnung auch zur Grundlage des Lebens der Völker und Staaten gemacht hat, spricht es zugleich aus, dass sich der Verkehr der Geschlechter grundsätzlich nur in der Ehe vollziehen soll und dass der Verstoß dagegen ein elementares Gebot geschlechtlicher Zucht verletzt.[100]

Das Gericht setzte sich hierbei auch mit der Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf auseinander, das gemeint hatte, ein nicht unerheblicher Teil der Bevölkerung, dem man sittlichen Ernst nicht absprechen könne, sehe ein solches Verhalten nicht als unsittlich an; und es sei nicht Aufgabe des Richters, hier eine ethische Entscheidung im Sinne der (vielleicht) herrschenden Moral zu treffen, sondern strafrechtlich müsse die jeweils mildere Auffassung gelten.[101] Diese Auffassung geißelte der Große Senat des BGH als „inhaltlosen Relativismus“, als „beklagenswert falsch“. Das von der Kuppelei geförderte Verhalten (in diesem Fall das der Verlobten) brauche nur sittlich, nicht auch strafrechtlich missbilligt werden.

98 BGH v. 24.10.1957 – 4 StR 395/57 (BGHSt 11, 31, 42).
99 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 57).
100 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 53 f.).
101 OLG Düsseldorf, in: *NJW* (1950), S. 959.

> Normen des Sittengesetzes gelten aus sich selbst heraus; ihre starke Verbindlichkeit beruht auf der vorgegebenen und hinzunehmenden Ordnung der Werte und der das menschliche Zusammenleben regierenden Sollenssätze; sie gelten unabhängig davon, ob diejenigen, an die sie sich mit dem Anspruch auf Befolgung wenden, sie wirklich befolgen und anerkennen oder nicht; ihr Inhalt kann sich nicht deswegen ändern, weil die Anschauungen über das, was gilt, wechseln.[102]

Der Leser der BGH-Entscheidung wird damit nicht nur mit einem schwer erträglichen naturrechtlichen Pathos konfrontiert, sondern hat auch den Eindruck, der BGH-Präsident persönlich spreche an dieser Stelle.[103] Die starken Worte und langen Ausführungen zu den sittlichen Maßstäben stehen in erstaunlichem Gegensatz zu der Frage, wie und mit welchen Erkenntnissen der Große Senat diese ermittelt hat; hier herrscht methodische Leere.[104] Der Begriff der Sittlichkeit wird außerrechtlich verstanden und auch entsprechend hergeleitet. Es ist letztlich nichts anderes als das moralische Empfinden des einzelnen Richters, das in dieser Frage das Ergebnis bestimmt. Dass davon die Strafbarkeit abhängen soll, ist nicht nur im Nachhinein rechtstaatlich höchst problematisch.

Zwar steht diese Haltung in der Tradition der älteren Rechtsprechung des Reichsgerichts[105] und fügt sich in gewisser Weise in das Gesamtbild der BGH-Rechtsprechung ein, weil ja auch andere Senate, zum Teil zeitlich vorher, den Beischlaf außerhalb der Ehe für sittlich anstößig hielten.[106] Dennoch ist es noch einmal eine deutliche Steigerung, wenn bereits die bloße Duldung dieses sittenwidrigen Verhaltens (soweit man dies für Verlobte überhaupt annehmen darf) durch Dritte mit Strafe belegt wird. Dieses Urteil ist eines der markantesten Beispiele einer um eine bürgerliche Sittlichkeit bemühten Rechtsprechung, für die andere Auffassungen von Sittlichkeit nicht akzeptabel waren. Wie das Düsseldorfer Gegenbeispiel zeigt, war der Große Senat in diesem Punkt wohl nicht allein ein „Kind seiner Zeit“, sondern hinkte seiner Zeit hinterher; seine Formulierungen hätten auch gut ins Kaiserreich gepasst. Max Güde hat mitgeteilt, dass die Entscheidung, so apodiktisch sie klingt, im Senat selbst wohl umstritten war.[107] Es ist auf den ersten Blick erstaunlich, dass es offensichtlich Hermann Wein-

102 BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 52).

103 So Max Güde in einem Interview, Ein neues Sexualstrafrecht, in: *Der Spiegel*, 16.9.1968. „Es war die Persönlichkeit des damaligen BGH-Präsidenten Weinkauff, der die Entscheidung geprägt hat.“.

104 Auf die in methodischer Hinsicht fragwürdige Begründung weist beispielsweise hin: Sax, Zur Frage, in: *JZ* (1954), S. 474 ff. Immerhin werden vom Senat individuelle Einschränkungen der Strafbarkeit herausgearbeitet, etwa die fehlende Möglichkeit des Einschreitens insbesondere bei Eltern und Lehrern.

105 Schon das RG war für diese rigorose Haltung kritisiert worden (so auch der BGH v. 17.2.1954 – GSSt 3/53 (BGHSt 6, 46, 52).

106 BGH v. 16.4.1953 – IV ZR 157/52.

107 Interview mit Max Güde, Ein neues Sexualstrafrecht, in: *Der Spiegel*, 16.9.1968, S. 60: „Es gab zwei ungefähr gleich starke Lager in dieser Frage. Diese BGH-Entscheidung war im BGH selbst umstritten bis zum Terzett. Ich selbst war gegen dieses Urteil, das ja nicht kirchlich oder weltanschaulich, sondern naturrechtlich begründet war.“.

kauff gelungen ist, sich mit seiner Ansicht durchzusetzen. Auf der anderen Seite hatte er im Großen Senat überwiegend Personen an seiner Seite, die seine Ansichten geteilt haben dürften: Paulheinz Baldus, der sich in der Strafrechtskommission ganz offen für eine strenge Handhabung der Sittendelikte eingesetzt hat, und auch Heinrich Jagusch, der nicht nur in Staatsschutzsachen eine harte Linie vertreten hat.[108] Im Übrigen ist es gut vorstellbar, dass gerade die älteren, noch im 19. Jahrhundert geborenen Senatsmitglieder eher ein konservatives Sittenbild mitbrachten wie etwa Dagobert Moericke, Jahrgang 1885, Wilhelm Dotterweich, Jahrgang 1898, dessen autoritäre Haltung gefürchtet war,[109] und Hans Koeniger, Jahrgang 1896.[110] Elisabeth Krumme fällt da deutlich aus dem Rahmen, es spricht einiges dafür, dass sie die von Max Güde angedeutete Gegenposition eingenommen hat.

Wenig verwunderlich hat das Urteil harsche Kritik auf sich gezogen,[111] es steht aber nicht allein, sondern reiht sich ein in die wiederholten Versuche des Gerichts, einer angeblich beobachteten sittlichen Verwahrlosung mittels des Strafrechts Einhalt zu gebieten, was sich aber in der Rechtsgeschichte meistens als ungeeignet erwiesen hat.

Sogar bei der Frage, ob Eltern ihre Fürsorge- oder Erziehungspflicht gröblich vernachlässigen und dadurch das körperliche oder sittliche Wohl des Kindes gefährden (§ 170 d StGB aF), wurde der nicht eheliche Geschlechtsverkehr relevant.[112] Für die Beurteilung, ob eine Gefährdung des sittlichen Kindeswohls konkret vorliegt, verlangte der 4. Senat in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht[113] einen „Zustand, der nach den obwaltenden Umständen vornehmlich bei natürlicher Weiterentwicklung der gegebenen Sachlage nach menschlicher Erfahrung die Möglichkeit einer Verwahrlosung des Kindes nahelegt“.[114] Bejaht wurde dies, als ein (noch) verheiratetes Ehepaar, dessen Ehe bereits zerrüttet war, zeitweilig jeweils ihren neuen Partner beziehungsweise die neue Partnerin in den Haushalt aufnahmen. Dadurch hätten die Eltern verhindert, dass die Söhne grundlegende Vorstellungen vom Wesen der Einehe ausbilden könnten, da die Eltern „die Ausschließlichkeit der ehelichen Gemeinschaft vor den Augen der Kinder planmäßig preisgeben“,[115] und sich nach § 170 d StGB aF strafbar gemacht.

108 Zu ihm Band l Kap. 4.6, Die „Blutrichterkampagne“ und die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz“ sowie in diesem Band Kap. 1.2.2.

109 BA, Pers 101/48781, Personalblatt. S. Band 1, Kap. 3.2.2, Mitgliedschaft in der NSDAP.

110 BA, Pers 101/48843, Personalblatt.

111 Zum Beispiel: Sax, Zur Frage, in: *JZ* (1954), S. 474 ff.; zu den Widersprüchen in der Entscheidung: Peter Schneider, Staatsrechtler und (späterer) Präsident der Mainzer Universität. S. Schneider, Naturrechtliche Strömungen, S. 102 ff.

112 BGH v. 12.10.1951 – 2 StR 457/51 (*NJW* (1952), S. 476).

113 RG, DR 1944, 529 Nr. 7.

114 BGH v. 6.11.1952 – 4 StR 167/52 (BGHSt 3, 256).

115 BGH v. 6.11.1952 – 4 StR 167/52 (BGHSt 3, 256). Dagegen wurde keine Gefährdung des sittlichen Wohls des Kindes darin gesehen, dass der Vater seinen Sohn angestiftet hatte, für den familiären Haushalt Holz zu stehlen (BGH v. 12.10.1951 – 2 StR 457/51 (*NJW* (1952), S. 476)).

Noch im Jahr 1962 wurden Stiefeltern, die den Geschlechtsverkehr zwischen der volljährigen Tochter und ihrem Verlobten duldeten, bestraft.[116] Diese Tendenz zur weiten Auslegung gipfelte schließlich darin, dass auch die Förderung der eigenen Unzucht unter die Norm gefasst wurde, so dass der Verkuppelte selbst zur Kuppelei anstiften konnte.[117] Wegen Ehegatten-Kuppelei wurde ferner ein Ehemann bestraft, weil er zugelassen (und fotografiert) hatte, dass seine Frau und ein Bekannter sich gegenseitig unzüchtig berührt hatten.[118] Die – angeblich – herrschende Moral sollte entschlossen mit strafrechtlichen Mitteln verteidigt werden, was bedeutete, dass möglichst keine Strafbarkeitslücken aufkommen sollten.

Dogmatische Probleme bereitete im Jahr 1961 in dieser Hinsicht ein Fall, in dem der wegen Mittäterschaft zur gewohnheitsmäßigen Kuppelei Angeklagte sich damit verteidigte, dass er keine Kenntnis von der Gewohnheitsmäßigkeit der Kuppelei des Haupttäters gehabt habe. Fraglich war, ob insoweit bei ihm ein Bewusstsein der Rechtswidrigkeit gegeben war. Grundsätzlich gilt im Strafrecht zwar, dass eine Kenntnis des Grundtatbestandes eine Kenntnis der Rechtswidrigkeit der Qualifikation mit umfasst. Nun war aber zu diesem Zeitpunkt die einfache Kuppelei nicht mehr strafbar, sondern nur die eigennützige beziehungsweise gewohnheitsmäßige Kuppelei, so dass ein Grundtatbestand gar nicht existierte. Der BGH löste dieses Problem, indem er letztlich einen „straflosen Grundtatbestand“ bildete,[119] um den Mann verurteilen zu können, was in Teilen der Strafrechtswissenschaft auf Unverständnis stieß.[120]

Schließlich noch eine Entscheidung des 3. Senats aus dem Jahre 1954 zu der Frage, ob die Strafbarkeit wegen schwerer Kuppelei gemäß § 180 Abs. 1 Nr. 2 StGB aF, die nur von Männern begangen werden konnte, gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 2 GG verstößt. Dies verneinte der 3. Senat und begründete dies mit den – natürlichen – Unterschieden zwischen Männern und Frauen, wobei das Gericht eine biologische Erklärung anbot:

> Infolge ihrer schwächeren, weniger zur Betätigung drängenden als zur duldenden Hingabe bereiten Natur und des daraus entspringenden Anlehnungsbedürfnisses neigt die Frau in ihrem Liebesleben mehr zur festen Bindung als der Mann. Sie ist in geschlechtlichen Dingen regelmäßig weit zurückhaltender als er.[121]

116 BGH v. 9.3.1962 – 4 StR 527/61 (BGHSt 17, 230). Der Vergleich mit dem Zuhälter, der ebenfalls nach § 272 StGB bestraft wurde, zeigt das – nicht nur aus heutiger Sicht – große Gefälle innerhalb dieser Norm, wenn man sie so weit auslegt.

117 BGH v. 1.10.1957 – 5 StR 404/57 (BGHSt 10, 386); ähnlich: BGH v. 28.11.1957 – 4 StR 511/57 (BGHSt 11, 94).

118 BGH v. 29.4.1954 – 3 StR 898/53 (BGHSt 6, 167).

119 BGH v. 28.2.1961 – 1 StR 467/60 (BGHSt 15, 377, 383).

120 Zum Beispiel: Baumann, Zur Teilbarkeit, in: *JZ* (1961), S. 564; Brüggemann, Entwicklung, S. 157.

121 BGH v. 29.4.1954 – 3 StR 898/53 (BGHSt 6, 167, 169).

Diese natürliche Ungleichheit der Geschlechter, die der Senat genau zu kennen vorgibt, rechtfertige die entsprechende gesetzliche Ungleichbehandlung.[122] Der Schutz der Ehefrau erfolge „nicht wegen ihrer schwächeren familiären Stellung, sondern wegen ihrer wesensmäßig schwächeren Natur als Mensch.“[123]

Das Kondom im Automaten

Der geschilderte Zielkonflikt zwischen einer rigorosen Bekämpfung der (subjektiv empfundenen) Unsittlichkeit auf der einen und einer pragmatischen Gesundheitspolitik auf der anderen Seite zeigte sich in den 1950er Jahren deutlich bei dem Aufstellen von Warenautomaten, in denen Verhütungsmittel angeboten wurden. Während einige Gerichte und Teile der Literatur in diesem Vorgang noch keine generelle Unsittlichkeit sahen, sondern nur bei Hinzutreten besonderer Umstände der Darbietung, etwa beim Aufstellen in der Nähe von Schulen oder Kirchen,[124] bejahte der 1. Strafsenat des BGH ab Ende der 1950er Jahre eine generelle Strafbarkeit.[125] Der Verkauf in der Öffentlichkeit verletze Sitte und Anstand, daher

> […] kann die Allgemeinheit nicht zusehen, wie das Beginnen um sich greift, Gegenstände der in § 184 Abs. 1 Nr. 3 a StGB bezeichneten Art in Warenautomaten an öffentlichen Straßen und Plätzen feilzubieten.[126]

Das Gericht räumte zwar ein, dass schon im Gesetz von 1927[127] versucht worden war, eine Abwägung zwischen dem Gesundheitsschutz auf der einen und dem Anspruch auf Durchsetzung der Sittlichkeit auf der anderen Seite herzustellen, gab aber letzte-

122 Während in dieser Entscheidung die Frau geschützt wird, galt dies für Prostituierte nicht: Wurden sie um ihren Lohn geprellt, so war dies kein Betrug seitens der Freier (BGH v. 9.10.1953 – 2 StR 402/53 (BGHSt 4, 373)), da wegen der Sittenwidrigkeit des Vertrages zischen „Freier und Dirne“ kein Anspruch auf den vereinbarten Lohn bestand.

123 BGH v. 29.4.1954 – 3 StR 898/53 (BGHSt 6, 171).

124 So das LG München als Vorinstanz zu dem geschilderten BGH-Fall (das Münchener Urteil v. 8.7.1958 befindet sich in: BA, B 283/89811, Bl. 1 ff.); ähnlich OLG Hamm JMBl NRW 1958, 111; OLG Hamm (*NJW* (1960), S. 1416) mit einem Vorlagebeschluss an den BGH; OVG Koblenz *FamRZ* (1958), S. 232 und das BVerwG (*FamRZ* (1960), S. 1407). Unentschieden: OLG Düsseldorf JMBl NRW 1956, 139. Das OLG Hamm hatte danach differenziert, ob die Packungen nach außen sichtbar seien, also ob sie flach oder senkrecht in den Automatenschächten liegen.

125 BGH v. 17.3.1959 – 1 StR 562/58 (BGHSt 13, 16); BGH v. 27.1.1961 – 1 StR 324/60 (BGHSt 15, 361). Ähnlich: VGH Stuttgart *FamRZ* (1958), S. 235 Nr. 102 (mit zustimmender Anmerkung Bosch, in: *FamRZ* (1958), S. 240).

126 BGH v. 17.3.1959 – 1 StR 562/58 (BGHSt 13, 16, 20).

127 Das Gesetz zur Bekämpfung von Geschlechtskrankheiten (RGBl I, 1927, 61), bedrohte in § 11 den automatisierten Verkauf von Verhütungsmitteln (im Gegensatz zu „Mitteln der Linderung und Heilung“) nicht unmittelbar mit Strafe, sondern erteilte in § 13 lediglich die Ermächtigung zu einer entsprechenden Vorschrift. Hieraus könnte man den (Umkehr-)Schluss ziehen, dass allgemeine Strafrechtsnormen, die diesen Fall nicht ausdrücklich regeln, diese Differenzierung nicht verdrängen können.

rem generell den Vorrang. Der 1. Senat stellte sich damit gegen das Bundesverwaltungsgericht, das eine Politik, die den Gesundheitsschutz und die Empfängnisverhütung verfolgt, als nicht unsittlich einstufte und eine Strafbarkeit des Aufstellens von Automaten, deren Produkte diesen Zielen dienten, nur dann annahm, wenn in der Art und Weise der Darbietung eine Sittenwidrigkeit liegt.[128] Die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts fügt sich damit in die erwähnte, schon im Kaiserreich begonnene und dann im Gesetz von 1927 fortgesetzte Linie ein, die eine deutliche Einschränkung einer rein sittlichen Betrachtung zugunsten einer gesundheitspräventiven hinnahm.[129] Diese Sicht setzte sich zwar auch in den 1950er Jahren in der (Gesundheits-) Politik allmählich durch,[130] wurde aber vom BGH noch abgelehnt, obwohl diese Aspekte in den Verfahren bereits angesprochen worden waren: Sowohl die Verteidigung als auch die Staatsanwaltschaft wiesen in diesem Zusammenhang jeweils auf diese Gesichtspunkte sowie auf den Widerspruch hin, dass in Schaufenstern von Drogerien und Apotheken eine Auslage ungeniert stattfinden könne.[131] Aber der 1. Strafsenat wollte offensichtlich, wie das obige Zitat nahelegt, ein Bollwerk gegen solche Bestrebungen einer Relativierung aufgrund gesundheitspolitischer Erwägungen bilden. Dass das Gericht hierbei nicht alleinstand, beweisen die lobenden Zuschriften an den BGH, insbesondere aus kirchlichen Kreisen,[132] die andeuten, dass in diesen Fragen ein Riss nicht nur durch die Rechtsprechung, sondern auch durch die damalige Gesellschaft ging.

5.1.4 Schließung von Strafbarkeitslücken

Bezeichnend für den Versuch, die Sittlichkeit in der Bundesrepublik mit dem Mittel des Strafrechts beeinflussen zu wollen, ist die Heranziehung des Straftatbestandes der Beleidigung quasi als Auffangtatbestand für sonstige sittenwidrige Verhaltensweisen. So hat der Große Strafsenat nicht nur die unverlangte Zusendung von Sex-Werbung – vor allem für Verhütungs- und „Stärkungsmittel“[133] – als Beleidigung gewertet,[134] sondern auch der Geschlechtsverkehr mit einem nicht volljährigen Mädchen konnte als Beleidigung einzustufen sein, wenn die einwilligende junge Frau noch nicht den erfor-

128 BVerwG *FamRZ* (1960), S. 1409. Und auch die Vorinstanz des BGH, das LG München I, hatte freigesprochen (BA, B 283/89811, Bl. 1 ff.). Güde hat sich gegen die Rechtsprechung ausgesprochen (Güde, Ein neues Sexualstrafrecht, in: *Der Spiegel*, 16.9.1968): „Dass das so nicht zu halten ist, wie es da steht, bedarf gar keiner Äußerung.“

129 S. Roth, Kriminalitätsbekämpfung, S. 385 für das Kaiserreich.

130 Vgl. Hanack, Die Straftaten, in: *ZStW* (1965), S. 409, der betont, dass die Empfängnisverhütung ein legitimes Anliegen der Medizin sei.

131 BA, B 283/89811, z. B. S. 25.

132 BA, B 283/89811, Bl. 72 ff. Das kommt in den Zuschriften zum Ausdruck, mit denen das BGH-Urteil insbesondere von katholischen Verbänden begrüßt wurde.

133 BA, B 283/89811, S. 72.

134 BGH v. 18.11.1957 – GSSt 2/57 (BGHSt 11, 67).

derlichen Reifegrad besaß.[135] Auch die Strafbarkeit des Ehebruchs (§ 172 StGB aF) wurde schließlich durch den Tatbestand der Beleidigung „ergänzt“. Die Strafvorschrift des Ehebruchs setzte voraus, dass die Ehe als Folge des Vergehens wegen Verschuldens des „Ehebrechers“ geschieden worden war. Um keine Lücke für die Fälle entstehen zu lassen, in denen kein Verschulden des Gatten und damit keine Scheidung vorlag, griffen die Richter – ganz in der Tradition der Rechtsprechung des Reichsgerichts[136] – auf § 185 StGB aF zurück und werteten das Verhalten als Beleidigung des Ehemannes, sogar wenn dieser die Tat gar nicht mitbekommen hatte.

> Ist bei einem Ehebruch der § 172 StGB unanwendbar, weil die Ehe mangels eherechtlicher Schuld des beteiligten Gatten nicht geschieden werden kann, so kann das Verhalten des Ehestörers als Beleidigung strafbar sein,

so lautet der Leitsatz eines Urteils des 1. Senats.[137] Das Problem, dass hier vielleicht das Gebot der Gesetzlichkeit des Strafens umgangen wird, deutet der Senat zumindest an:

> An sich ist der Straftatbestand des Ehebruchs (§ 172 StGB) gegenüber der Beleidigung die engere Vorschrift und schließt, soweit er anwendbar ist, den § 185 aus. Wegen Ehebruchs kann der Angekl. aber nicht verurteilt werden; mangels Verschuldens der Frau W. fehlt es bei ihr eherechtlich an einem Ehebruch (§ 42 EheG).[138]

Letztlich sei es dem Ehemann nicht zuzumuten, die im Ehebruch liegende schwere Ehrenkränkung ungesühnt hinzunehmen. Mit anderen Worten: Die Strafwürdigkeit begründet die Strafbarkeit, eine Argumentation, die ersichtlich die Schließung von gefühlten Strafbarkeitslücken zum Ziel hatte.[139]

5.1.5 Fazit

Generell bleibt festzuhalten, dass die BGH-Rechtsprechung zu den Sittlichkeitsdelikten in den 1950er und Anfang der 1960er Jahre einen absoluten Anspruch auf „Sittlichkeit“ in der Gesellschaft durchsetzen wollte. Diese Tendenz zieht sich fast durch sämtliche Entscheidungen und ist bei allen beteiligten Senaten zu beobachten, so dass eine diffe-

135 Bei einer 18-Jährigen verneint (BGH v. 12.11.1953 – 3 StR 713/52 (BGHSt 5, 362)), bei fehlender Reife sei ein Angriff auf die Geschlechtsehre zu bejahen, insoweit sei dann die Einwilligung unerheblich (wie RG 75, 179)).

136 RG v. 13.2.1936 – 3 D 710/35 (RGSt 70,94).

137 BGH v. 5.2.1952 – 1 StR 415/51 (*NJW* (1952), S. 476).

138 BGH v. 5.2.1952 – 1 StR 415/51 (*NJW* (1952), S. 476).

139 Ein Grund dafür bestand aber auch in der Zurückhaltung der Verurteilung wegen Notzucht gem. § 170 StGB aF, da die Gerichte selbst bei einer vollendeten Tathandlung, die zunächst gegen den – heftigen – Widerstand der Frau durchgeführt wurde, dem Täter glaubten, er habe bei nachlassendem Widerstand von einer Einwilligung ausgehen können (BGH v. 10.4.1952 – 4 StR 149/51).

renzierende senatsbezogene Betrachtung in diesem Zusammenhang kaum Sinn ergibt. Den Höhepunkt bildet das Urteil zur Kuppelei Verlobter, das bezeichnenderweise vom Großen Strafsenat unter dem Vorsitz des BGH-Präsidenten und unter Mitwirkung der Senatspräsidenten der anderen Strafsenate gefällt wurde. In gewisser Hinsicht mag dies mit dem damaligen konservativen und in sexueller Hinsicht etwas prüden Zeitgeist zu erklären sein. Von der Tendenz her wird man aber wohl konstatieren müssen, dass die in der Rechtsprechung der Strafsenate zum Ausdruck kommende Moralvorstellung in ihrer Rigorosität schon zu ihrer Zeit überholt war, gerade auch wenn man auf die zeitgleich zu beobachtenden liberaleren Einstellungen zur Empfängnisverhütung oder die Forderungen zur Abschaffung der Strafbarkeit der Homosexualität blickt. In diesem Bereich haben die Senate ohne Skrupel auf die Reichsgerichts-Rechtsprechung nach 1935 angeknüpft und sich auf den gesetzgeberischen Willen berufen, ohne zu berücksichtigen, dass dies der Wille des nationalsozialistischen Gesetzgebers gewesen ist.

Wie schon bei dem einen oder anderen Urteil aufgezeigt, ist die BGH-Rechtsprechung durch eine stark an außergesetzlichen Normen orientierte Auslegung gekennzeichnet sowie durch den Willen, mit dem Mittel des Strafrechts die als unsittlich etikettierten Fehlentwicklungen in der Gesellschaft zu bekämpfen. Es ist wahrscheinlich, dass große Teile der Gesellschaft dieser harten Linie wohlwollend gegenüberstanden, gleichwohl bleibt eine solch immense Ausweitung des Strafens nicht nur rechtsstaatlich bedenklich, sondern sie führt auch zu einer Kriminalisierung von Verhaltensweisen, die keine konkreten Rechtsgüter verletzen, ein Thema, das seit der Aufklärung zu intensiven Diskussionen im Strafrecht geführt hat, wovon die BGH-Senate scheinbar unberührt geblieben sind, obwohl Dietrich Lang-Hinrichsen mit einer deutlich liberaleren Haltung für eine restriktivere Linie eingetreten ist, womit er sich aber in dem hier untersuchten Zeitraum bei seinen Kollegen nicht hat durchsetzen können.

5.2 Gesundheitsfragen

5.2.1 Einwilligung in ärztliche Heileingriffe

Das Gesundheitswesen hat sich in der Nachkriegszeit erst langsam aus der Tradition einer allein aus ärztlicher Sicht bestimmten Medizin befreien können. Immerhin war nach dem Zweiten Weltkrieg mittlerweile anerkannt, dass jeder ärztliche Eingriff, auch wenn er nur zu Heilzwecken erfolgt und im Ergebnis eine Heilung bewirkt, gleichwohl den Tatbestand einer Körperverletzung in strafrechtlicher wie in zivilrechtlicher Hinsicht erfüllt.[140] Daher bedarf jeder medizinische Eingriff zur Rechtfertigung der Einwilligung des Patienten, ohne die der Arzt sich strafbar und (bei einem

140 Das war im Kaiserreich und zu Beginn der Weimarer Republik noch umstritten gewesen.

Schaden) ersatzpflichtig macht.[141] Einen solchen Schadensersatz verlangte im Jahr 1959 ein Patient, der nach einer Augenoperation erblindet war. Der operierende Arzt verteidigte sich damit, dass er keinen Kunstfehler begangen habe und außerdem die Augenerkrankung des Patienten auch ohne die Operation zur Erblindung geführt hätte. Da der medizinische Eingriff ohne wirksame Einwilligung erfolgt war, wurde der Arzt verurteilt; sein schuldhaftes Verhalten bestehe in der Vornahme der Maßnahme ohne eine Einwilligung, so dass ein Operationsfehler nicht nachgewiesen werden müsse.

Der VI. Zivilsenat hatte in einem anderen Fall zu klären, inwieweit eine mutmaßliche Einwilligung ausreicht und ob eine Aufklärung durch den Arzt für eine Rechtfertigung des Heileingriffs erforderlich ist.[142] Die ärztlicherseits geäußerte Auffassung, die Aufklärung würde in einer Reihe von Fällen eher schaden als nutzen, hielt der Senat für nicht ganz abwegig und meinte, dass mitunter eine Aufklärung nicht erwünscht sei:

> Hier ist dem Kranken die Autorität des Arztes ein erwünschter fester Punkt, der ihn eigenen Nachdenkens und eigener Verantwortung überhebt. Er will daher eigentlich nicht wissen, sondern gehorchen.[143]

Wenn auch in diesem Zitat eine gewisse Zurückhaltung gegenüber der ärztlichen Aufklärungspflicht zum Ausdruck kommt und immer noch ein gewisses paternalistisches Arzt-Patienten-Verhältnis durchscheint, forderte der Senat doch als Regelfall eine Aufklärung; eine Auffassung, die sich in der zweiten Hälfte der 1950er Jahre gerade auch im Strafrecht durchgesetzt hat: Für die Wirksamkeit der Einwilligung sei eine Aufklärung essentiell, weil sonst die Einwilligung nur formal erfolge, aber eine sinnvolle Einwilligung nur möglich sei, wenn die einwilligende Person die notwendigen Informationen über den medizinischen Heileingriff besitze. Daher erhielt ein Mann, bei dem eine Elektroschockbehandlung mit seiner Einwilligung vorgenommen worden war, ausweislich eines Urteils des VI. Senats unter dem Vorsitz von Herbert Kleinewefers einen Schadensersatzanspruch zugesprochen, weil der Patient vorher nicht aufgeklärt worden war.[144] Wie die Einwilligung konkret auszusehen hat und welche Reichweite sie besitzt, musste erst noch bestimmt werden. Dazu bot sich drei Jahre später eine Gelegenheit: Eine Patientin hatte sich mit ihrer Einwilligung einem chirurgischen Eingriff unterzogen, und das Landgericht hatte gemeint, der Arzt habe vom Einverständnis der Patientin ausgehen können, dass auch die sich während der Operation als medizinisch notwendig erweisende Erweiterung der Maßnahme von dieser Einwilligung gedeckt sei. Demgegenüber entschied der 4. Strafsenat zu Recht, dass ein sehr deutlich

141 BGH v. 10.7.1959 – VI ZR 87/58 (*NJW* (1959), S. 2299).
142 BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 203/57 (BGHZ 29, 46).
143 BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 203/57 (BGHZ 29, 46, 54).
144 BGH v. 10.7.1954 – VI ZR 45/54 (*NJW* (1956), S. 1106); s. a. BGH v. 28.11.1957 – 4 StR 525/57 (BGHSt 11, 111).

erweiterter Eingriff (im vorliegenden Fall die völlige Ausräumung der Gebärmutter), deren Notwendigkeit auch schon zum Zeitpunkt des Gesprächs mit der Patientin vor dem Eingriff als realistisch eingeschätzt werden musste, nicht ohne Aufklärung und ihre konkrete Einwilligung vorgenommen werden dürfe.[145]

Anderenfalls begehe der Chirurg eine fahrlässige Körperverletzung. Diese Auffassung hat sich durchgesetzt. Bis heute ist die Aufklärungspflicht allerdings ein häufiger Streitpunkt in Arzthaftungsprozessen, meist hinsichtlich der Frage, ob und wie sie konkret durchgeführt wurde und in welchem Umfang sie notwendig gewesen wäre.

5.2.2 Unsittlichkeit der Einwilligung?

Aufsehen erregte Mitte der 1960er Jahre ein Strafverfahren gegen einen Chirurgen, der in über 1.000 Fällen Sterilisationen an Frauen mit deren Einwilligung vorgenommen hatte.[146] Aber waren diese Einwilligungen wirksam? Fraglich war bereits, ob und inwieweit eine Strafbestimmung existierte, die solche Fälle erfasst. Denn die Sonderregelung für Sterilisationen aus dem Erbgesundheitsgesetz war von den Alliierten aufgehoben worden. Die normale Körperverletzung war bei einer Einwilligung des Verletzten grundsätzlich gerechtfertigt, es sei denn, der Einwilligung müsse wegen Sittenwidrigkeit die Wirksamkeit versagt werden. Genau das war hier das Problem. So stellte Bundesanwalt Wagner die entscheidende Frage: „Ist der Wunsch der Eheleute, Nachkommenschaft zu begrenzen, ausreichender Grund für die Sterilisation?“

Der 5. Strafsenat ging davon aus, dass es an einer speziellen gesetzlichen Bestimmung für eine Strafbarkeit fehle und sprach den Arzt frei. Berichterstatterin war Else Koffka, die sich nicht nur in diesem Fall für die Emanzipation der Frau eingesetzt und im Sexualstrafrecht eine im Verhältnis zu ihren Kollegen deutlich liberalere Auffassung vertreten hatte. Die Beantwortung der vom Bundesanwalt gestellten Frage wäre letztlich darauf hinausgelaufen, zwischen sittlich gerechtfertigten Gründen einer Sterilisation und anderen Gründen zu differenzieren, eine Auffassung, die der Senat konkludent verneint hat. Diese Sicht, dass die Motive für die Entscheidung zur Sterilisation für deren sittliche Beurteilung nicht maßgeblich sein dürfen, setzte sich allgemein durch, weil insoweit dem Schutz des Selbstbestimmungsrechts über den eigenen Körper der Vorrang gewährt wurde.[147] Andererseits wurde bei Männern genau eine solche Abwägung damals noch vorgenommen: Eine Unfruchtbarmachung eines Mannes war auch mit Einwilligung des Betroffenen nur unter bestimmten, engen Voraussetzungen zulässig, etwa um den Betroffenen von einem „entarteten“ Geschlechtstrieb zu befreien.[148] Ohne diese Voraussetzung hielt der 4. Senat noch im Jahre 1963

145 BGH v. 28.11.1957 – 4 StR 525/57 (BGHSt 11, 111, 113 f.).
146 BGH v. 27.10.1964 – 5 StR 78/64 (BGHSt 20, 81 = *NJW* (1965), S. 355).
147 Vgl. zur Entwicklung: Roth/Schlatmann, Eugenik im Recht, S. 156 ff., 172.
148 BGH v. 13.12.1963 – 4 StR 379/63 (BGHSt 19, 201).

die Sterilisation für sittenwidrig, so dass auch die Einwilligung des männlichen Patienten nicht die Rechtswidrigkeit des Eingriffs beseitigen konnte.

5.2.3 Bestimmung der Reichweite des Rechtsguts „Gesundheit“

Eine wichtige Grundsatzentscheidung im Gesundheitsrecht betraf den Umfang des Schutzgutes Gesundheit, konkret die Frage, ob nur lebende Menschen geschützt sind oder ob auch Schäden ersetzbar sind, die ein noch nicht geborenes Kind dadurch erleidet, dass die Mutter, die aufgrund einer rechtswidrigen und schuldhaften Behandlung in einer Klinik mit Lues infiziert wurde, diese Krankheit anschließend auf den Embryo übertrug. Auch wenn zum Zeitpunkt der Deliktshandlung das geschützte Rechtsgut (Gesundheit/körperliche Unversehrtheit eines Menschen) noch gar nicht existierte, weil das Kind noch nicht geboren war, seien Schäden des später geborenen Kindes ersetzbar, so der II. Zivilsenat.

> Nach alledem ist es nicht möglich, auf die in § 823 Abs. 1 BGB geschützte Gesundheit des Menschen die auf formaler Rechtstechnik beruhenden Rechtsgrundsätze über die Verletzung subjektiver Rechte anzuwenden.[149]

Denn dieses Recht sei anders als die anderen in der Vorschrift genannten Rechte (etwa Eigentum, Besitz) „Ausdruck der Personenhaftigkeit des Menschen, ein Teil der Natur und ein Teil der Schöpfung.“[150] Letztlich bestehe ein Recht darauf, dass der Einzelne nicht von Menschenhand in seinem organischen Wachstum gestört oder beeinträchtigt wird – eine weitreichende und weise Entscheidung, die unter dem Vorsitz von Ernst Canter erging, an der mit Robert Fischer und Ernst Kuhn zwei Richter beteiligt waren, die eine zunehmend moderne Ausrichtung dieses Senats mit zu verantworten hatten.

5.2.4 Das vergessene Skalpell – Die Frage der Beweislast

Im Arzthaftungsrecht spielt die Frage der Beweispflicht bis heute eine zentrale Rolle, zum einen, weil es für den Patienten meist schwierig ist, der Klinik oder dem Arzt ein Verschulden nachzuweisen, zum anderen, weil es kaum gelingt, festzustellen, ob es nicht auch ohne den Fehler zu dem Gesundheitsschaden gekommen wäre. Grundsätzlich muss der Kläger nachweisen, dass der Schaden durch ein Verschulden des Beklagten entstanden ist, was auch für ärztliche Fehler gilt.[151] Hinsichtlich der Frage einer Umkehr der Beweislast zugunsten des Patienten waren die BGH-Senate Anfang der

149 BGH v. 20.12.1952 – II ZR 141/51 (BGHZ 8, 243).
150 BGH v. 20.12.1952 – II ZR 141/51 (BGHZ 8, 243).
151 BGH v. 13.12.1951 – III ZR 144/50 (BGHZ 4, 138).

1950er Jahre noch zurückhaltend, aber es finden sich einige, zum Teil bedeutende Ansätze: So erörterte der III. Senat anhand eines Operationsfalles, bei dem ein Fremdkörper in der Wunde zurückgeblieben war, inwieweit ein Beweis des ersten Anscheins bei einem Operationsschaden anzunehmen ist. Der Senat meinte, dass ein Zurückbleiben eines Fremdkörpers zwar nicht in jedem Fall auf ein ärztliches Verschulden schließen lasse. Aber konkret sei eine bei einem medizinischen Eingriff benötigte Klemme, die zurückgelassen worden war, schon ein Gegenstand, der für ein Verschulden des Chirurgen spreche, so dass der Beweis des ersten Anscheins gegen den Arzt spreche. Es sei in diesem Fall Sache des Arztes nachzuweisen, inwieweit aufgrund der besonderen Situation der Operation ihn kein Verschulden treffe.[152] Während in dem gerade geschilderten Fall von einem feststehenden Ereignis (Klemme wurde bei der Operation vergessen) auf den Zusammenhang mit dem eingetretenen Erfolg geschlossen wurde, war dies in einem Parallelfall etwas anders: Bei einem medizinischen Zweiteingriff wurden Mullreste in einer Operationswunde gefunden, aber der Arzt der ersten Operation bestritt, dass diese von seinem Eingriff herrührten, zumal er keine derartige Tupfer benutzt habe.[153] Ein Anscheinsbeweis sei, so der VI. Senat, aber auch anwendbar, wenn umgekehrt von einem eingetretenen Sachverhalt (Mullreste) auf ein bestimmtes Ereignis (Verwendung durch den erstoperierenden Arzt) als Ursache geschlossen werde. Das war hier gegeben, da es eigentlich keine andere Erklärung für den Fremdkörper in der Wunde gebe als die Tatsache, dass er bei der ersten Operation zurückgelassen worden war.

Und auch ein Anspruch eines Patienten wegen einer möglichen Infektion mit Lues aufgrund einer Bluttransfusion wurde bejaht, obwohl eine solche Übertragung als äußerst selten angegeben wurde und andere Ursachen durchaus in Betracht kamen. Der III. Senat[154] hat auch in diesem Fall die Grundsätze des Beweises des ersten Anscheins angewendet, weil rückblickend zu untersuchen sei, welche Anhaltspunkte für das Vorhandensein der anderen möglichen Ursachen bestehen würden. Wenn diese Prüfung, wie im vorliegenden Fall, ergebe, dass feste Anhaltspunkte für ein bestimmtes Krankheitsbild als Ursache gegeben sind (im konkreten Fall die Transfusion), spreche der Beweis des ersten Anscheins dafür.[155]

Schließlich noch die sehr praxisrelevante Kausalitätsfrage: Behauptet ein Arzt, die Erkrankung seines Patienten hätte auch ohne Operation zu dem konkreten Schaden (im vorliegenden Fall eine Erblindung) geführt, so ist der Beweis dafür häufig schwer zu führen. Entscheidend war laut VI. Senat der Krankheitszustand des Patienten vor der Operation: Handele es sich um einen noch nicht abgeschlossenen Krankheitsprozess, bei dem unklar sei, ob er wirklich zur Erblindung geführt hätte, so sei der Arzt hinsichtlich des hypothetischen Kausalverlaufs, der ihm zugutekäme, beweispflich-

152 BGH v. 13.12.1951 – III ZR 144/50 (BGHZ 4, 138, 144).
153 BGH v. 10.7.1956 – VI ZR 199/55 (VersR 1956, 577).
154 BGH v. 14.12.1953 – III ZR 183/52 (BGHZ 11, 227).
155 BGH v. 14.12.1953 – III ZR 183/52 (BGHZ 11, 230 f.).

tig.[156] Auch bei einer Klägerin, die nach dem Bruch des Handgelenkes mehrfach bei einem Arzt in Behandlung war und der letztlich doch der Unterarm wegen einer starken Entzündung amputiert werden musste, war ebenfalls denkbar, dass dies ohnehin (das heißt auch ohne Fehler des Arztes) hätte erfolgen müssen. Im konkreten Fall wurde dem Arzt die pflichtwidrige Unterlassung ärztlicher Feststellungen, konkret einer bakteriologischen Untersuchung, zum Vorwurf gemacht, mittels derer die Ursache des Krankheitsverlaufs sicherer hätte beurteilt werden können. Deshalb, so der VI. Senat, sei es gerechtfertigt, ihm die Beweislast für die Unschädlichkeit seines Versäumnisses aufzubürden.[157] In diesem Bereich haben die Senate mit einer bewusst behutsamen Rechtsfortbildung wichtige Weichenstellungen für die Zukunft vorgenommen.

5.2.5 Psychische Erkrankungen

Mit dem Siegeslauf der Psychologie, der nach dem Zweiten Weltkrieg begann, kamen auch psychische Störungen immer mehr ins Bewusstsein der Gesellschaft, was sich auch darin ausdrückte, dass vermehrt in Schadensersatzprozessen psychische Beeinträchtigungen als Schadensfaktor geltend gemacht wurden. Allgemein anerkannt war, dass auch durch eine Körperverletzung ausgelöste seelische Störungen einen ersatzfähigen Schaden darstellen können. Umstritten waren und sind die Fälle, in denen der Patient sich einbildet, aufgrund einer Schädigung nicht arbeiten zu können, obwohl die Gesundheitsverletzung rein somatisch diese Folge nicht hat, was mitunter als „Rentenneurose“ bezeichnet wird.[158] Zwar gingen die Gerichte allgemein davon aus, dass eine besondere Labilität des Geschädigten den Schädiger nicht entlasten dürfe. Aber auch diese Rücksichtnahme auf ganz individuelle Besonderheiten kannte ihre Grenze: In einem konkreten Fall hatte der Geschädigte eine Gehirnerschütterung und eine leichte Gehirnprellung erlitten, war aber nach der (physischen) Genesung laut Gutachten wieder voll arbeitsfähig, was der Geschädigte bestritt, der sich fest, ja krankhaft einbildete, ihm stünde eine Rente zu. Der VI. BGH-Senat schloss sich letztlich dem Gutachter an: Wenn eine abnorme seelische Verarbeitung der Unfallfolgen dazu führe, dass der Anspruchsteller sich an vorgestellte Rechtspositionen klammere, so sei ein Anspruch nicht gerechtfertigt.[159] Dies hat der Senat auch aus dem Sinn des Schadensersatzrechtes geschlossen, der darin liege, die Genesung zu erleichtern und zum Beispiel bei der Eingliederung in den Arbeitsprozess zu helfen. Daher sei ein An-

156 BGH v. 10.7.1959 – VI ZR 87/58 (*NJW* (1959), S. 2299).

157 BGH v. 14.10.1958 – VI ZR 186/57 (VersR 1958, 849).

158 Kritisch gegenüber dem Begriff: Köpp/Studt, Die sogenannte Rentenneurose, in: *FPR* (1999), S. 81–84.

159 BGH v. 29.2.1956 – VI ZR 352/54 (BGHZ 20, 137, 139).

spruch in dieser konkreten Situation, in der er genau das Gegenteil bewirkt, weil der Patient krankhaft überzeugt ist, dass nur eine Rente ihm helfen könne, abzulehnen.[160]

5.2.6 Die Schwangerschaftsunterbrechung

Die damals allgemein als „Abtreibung" bezeichnete Strafnorm des § 218 StGB gab es bereits seit dem Kaiserreich; in der Weimarer Republik (1926) hatte der Gesetzgeber das Delikt vom Verbrechen zum Vergehen herabgestuft, im Nationalsozialismus war 1943 wiederum eine Verschärfung vorgenommen worden.[161] Im Untersuchungszeitraum war die Strafbestimmung noch nicht so heftig rechtspolitisch umstritten wie in den dann folgenden Jahrzehnten. § 218 StGB aF bedrohte zum einen in Abs. 1 die Selbstabtreibung durch die Schwangere mit Strafe und erhöhte dieses Strafmaß in Abs. 3 für den Fall der Fremdabtreibung. In den ersten BGH-Entscheidungen wurde klargestellt, dass zwischen Selbst- und Fremdabtreibung eine Verbrechenseinheit bestehe,[162] woraus der 2. Senat folgerte, dass eine Person, auch wenn sie lediglich der Schwangeren helfen wolle und eine „Abtreiberin" vermittele, gleichwohl wegen Beihilfe zur Fremdabtreibung nach Abs. 3 zu bestrafen sei.[163] Denn es gehe um eine „sittliche Bewertung nicht der Taten, sondern allein der handelnden Personen".[164] Der Grund der Differenzierung bestehe darin, dass die Schwangerschaft eine strafmildernde (persönliche) Eigenschaft sei, so dass eine dritte Person, der diese Eigenschaft fehlte, immer aus Abs. 3 zu bestrafen sei.[165] Dies gelte auch dann, wenn die Handlung sich alleine darauf beschränke, die Selbstabtreibung durch die Schwangere zu fördern.[166] Deshalb war etwa auch eine Frau wegen Fremdabtreibung strafbar, die einen Schwangerschaftsabbruch eigentlich ablehnte, der Schwangeren gleichwohl Tabletten gab, weil sie ihr aus Mitleid helfen wollte.[167] Die erfolglose Aufforderung zu einem Abbruch wurde als (versuchte) Anstiftung gewertet,[168] während eine Schwangere, die erfolglos eine andere Person um Hilfe bat, straflos war.[169] Kam es bei einer „Abtreibung" zur unbeabsichtigten Tötung der Mutter, bestehe zwischen Abtreibung und fahrlässi-

160 BGH v. 29.2.1956 – VI ZR 352/54 (BGHZ 20, 137, 142); ähnlich: BGH v. 8.7.1960 – VI ZR 174/59 (VersR 1960, S. 740).
161 Die DDR beließ es in ihrem Gesetz aus dem Jahr 1950 bei der grundsätzlichen Strafbarkeit.
162 BGH v. 10.4.1951 – 2 StR 103/51 (BGHSt 1, 139).
163 BGH v. 10.4.1951 – 2 StR 103/51 (BGHSt 1, 139).
164 BGH v. 10.4.1951 – 2 StR 103/51 (BGHSt 1, 139, 141).
165 Das entsprach damals der herrschenden Meinung, anderer Ansicht war der Oberste Gerichtshof für die britische Zone gewesen (OGHSt 3, 14).
166 BGH v. 21.6.1951 – 4 StR 94/50 (BGHSt 1, 249 = *JZ* (1951), S. 650).
167 BGH v. 16.10.1952 – 5 StR 291/52.
168 BGH v. 28.10.1952 – 1 StR 417/52 (BGHSt 3, 228).
169 BGH v. 4.12.1952 – 4 StR 272/52 (BGHSt 4, 17).

ger Tötung eine Tateinheit, denn „das in der vorsätzlichen Abtreibung enthaltene Unrecht geht in der zugleich begangenen fahrlässigen Tötung keineswegs auf“.[170]

Nicht klar geregelt war die bis heute rechtspolitisch sehr umstrittene Frage, unter welchen Umständen eine Schwangerschaftsunterbrechung gerechtfertigt sein könnte. Einigkeit herrschte darüber, dass eine Rechtfertigung wegen sozialer, eugenischer oder allgemeiner ethischer beziehungsweise kriminologischer Indikation (beispielsweise, wenn die Schwangerschaft aus einer Vergewaltigung herrührte) nicht in Betracht kam.[171] Die BGH-Senate haben allerdings zur Rechtfertigung § 14 Abs. 1 Erbgesundheits-Gesetz (ErbGG)[172] angewandt,[173] denn die konkrete Norm war nicht – wie andere Teile des ErbGG – von den Alliierten außer Kraft gesetzt worden. Zulässig war danach eine Schwangerschaftsunterbrechung, wenn sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst von einem Arzt vorgenommen wurde mit dem Ziel, eine Gefahr für die Gesundheit oder das Leben der werdenden Mutter abzuwenden. In den Teilen Deutschlands, in denen die Norm doch aufgehoben worden war – wie beispielsweise in Bayern[174] – wurden diese Grundsätze im Rahmen des allgemeinen Rechtfertigungsgrunds des übergesetzlichen Notstandes gleichwohl herangezogen.[175] Im Ergebnis konnte also nach übereinstimmender Auffassung eine Schwangerschaftsunterbrechung aus medizinischer Indikation, das heißt um eine Gesundheitsgefahr von der Schwangeren abzuwenden, gerechtfertigt sein.

Konkret war fraglich, inwieweit eine „Selbstmordgefahr schon eine ausreichende äußere Grundlage für eine Abtreibung“ sein kann.[176] Grundsätzlich wurde dies bejaht, allerdings warnte der 1. Senat davor, diesen Rechtfertigungsgrund leichtfertig anzunehmen, und wies darauf hin, notwendig sei stets eine Güterabwägung sowie die Prüfung, ob bei der Schwangeren geistige Störungen gegeben seien; nur in eng begrenzten Fällen komme daher eine Rechtfertigung wegen Selbstmordgefahr in Betracht. Die geschilderten Anforderungen setzte der Senat auch sehr penibel um: Ein Arzt hatte die Suizidabsicht einer Schwangeren für ernsthaft gehalten und dabei die Tatsache, dass in der Vergangenheit zwei ihrer Angehörigen in ähnlicher Situation „Selbstmord“ begangen hatten, als Indiz für die konkrete Gefahr einer Selbsttötung gewertet und den Schwangerschaftsabbruch mit ihrer Einwilligung vorgenommen. Er war wegen Fremdabtreibung angeklagt worden, das Landgericht hatte ihn aber für gerechtfertigt gehalten und freigesprochen. Dem BGH-Senat genügte die behauptete Selbstmordgefahr indes nicht; vielmehr hätte der Angeklagte die seelische Situation der Frau viel genauer prüfen müssen, der Freispruch wurde aufgehoben. Die Tatsache, dass der

170 BGH v. 12.9.1951 – 4 StR 503/51 (BGHSt 1, 280).
171 BGH v. 7.2.1952 – 5 StR 17/52 (BGHSt 2, 381).
172 Gesetz v. 14.7.1933 (RGBl I, 1933, 529), in der Fassung des Gesetzes v. 26.1.1935 (RGBl I, 773).
173 BGH v. 5.10.1951 – 2 StR 163/51 (BGHSt 1, 329).
174 Gesetz v. 20.11.1945 (GV BL 1945/46, S. 1).
175 BGH v. 15.1.1952 – 1 StR 552/51 (BGHSt 2, 111); BGH v. 29.5.1959 – 2 StR 124/59 (BGHSt 14, 1).
176 BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 13/52 (BGHSt 3, 7).

Arzt von der Ernsthaftigkeit der Suizidabsicht überzeugt war, sei kein (vorsatzausschließender) Tatbestandsirrtum des Arztes, sondern allenfalls ein hier unbeachtlicher Verbotsirrtum.[177] Diese Folgerung des 1. Senats ist nicht ganz unproblematisch, da sich der Irrtum des Angeklagten ja auf die Ernsthaftigkeit des Selbsttötungsentschlusses der Frau bezog, und dieser (oder sein Fehlen) ist eine Tatsache, die, wenn sie gegeben wäre, die Schwangerschaftsunterbrechung gerechtfertigt hätte.[178]

Die Mitwirkung eines Arztes wurde als essenziell für das Eingreifen des Rechtfertigungsgrundes gesehen, so dass eine Schwangere sich strafbar machte, obwohl ihr im Falle der Entbindung eine schwere Gesundheitsgefahr drohte; denn sie hatte die Unterbrechung der Schwangerschaft mithilfe einer „Abtreiberin", also ohne Arzt durchführen lassen.[179] Sinnvoll war es, dass der BGH die Vornahme eines Eingriffs nach den Regeln der ärztlichen Kunst nicht nur auf die reine Schwangerschaftsunterbrechung bezog, sondern auch auf die gleichzeitige Obhut für die Gesundheit der Schwangeren.[180] Denn deren Leben und Gesundheit waren ebenfalls schutzbedürftig, wie die Richter richtig feststellten. Da der Gesetzgeber zum Schutze der Schwangeren die ärztliche Mitwirkung für geboten hielt, überlegte der 5. Strafsenat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1955, ob es zum Nachteil des Angeklagten, also strafschärfend gewertet werden dürfe, dass er als Mediziner zur Erhaltung menschlichen Lebens verpflichtet gewesen sei.[181] Der Bundesanwalt hielt dies für unzulässig, weil sich sonst immer ein Strafverschärfungsgrund daraus ergebe, dass der Täter Arzt sei. Denn andererseits wolle das Gesetz verhindern, dass Abtreibungen von anderen Personen mit unsachgemäßen Mitteln durchgeführt werden, die für die Gesundheit der Schwangeren viel gefährlicher sind; dann dürfe der Arztberuf kein Anlass für eine Strafverschärfung sein. Der BGH-Senat war in dieser Angelegenheit jedoch anderer Auffassung, weil das Sittengesetz dem Mediziner gebiete, nicht zu töten und „[…] weil Abtreibungen in großer Zahl den Bestand eines Volkes gefährden können." Die Lebensrettung sei eine wesentliche Aufgabe der Ärzte. Auch bei diesem Beispiel zeigt sich die bereits bei den Sittlichkeitsdelikten beobachtete Tendenz der BGH-Senate, durch Strafurteile auf das Verhalten der Bevölkerung Einfluss zu nehmen. Mit der Entscheidung war ein Widerspruch aufgetan, weil auch die Tatsache, dass der Täter nicht Arzt ist, von den Gerichten strafschärfend gewertet wurde; denn dies bedeutete eine besondere Gefährdung für die Schwangere. Dieser Widerspruch sei hinzunehmen:

177 BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 13/52 (BGHSt 3, 7).

178 Insoweit handelt es sich um den klassischen Fall eines Erlaubnistatbestandsirrtums, dessen (umstrittene) Rechtsfolge unter Umständen die Prüfung eines Verbotsirrtums nach sich ziehen kann.

179 BGH v. 25.3.1952 – 1 StR 172/51 (BGHSt 2, 242).

180 BGH v. 5.10.1951 – 2 StR 163/51 (BGHSt 1, 329). Eine Vornahme nach den Regeln der ärztlichen Kunst war nicht nur in einer Praxis oder Klinik, sondern unter Umständen auch bei einer Vornahme in einer privaten Wohnung denkbar (BGH v. 5.6.1953 – 3 StR 699/52).

181 BGH v. 3.5.1955 – 5 StR 632/54.

> So erklärt es sich, dass sich bei der Abtreibung in aller Regel ein Strafschärfungsgrund finden wird, entweder weil der Täter Arzt ist, oder weil er keine genügenden ärztlichen Kenntnisse hat. Das mag zwar im ersten Augenblick auffallen, es gibt aber keinen Rechtsgrundsatz, der diesem Ergebnis entgegenstände.[182]

Ein etwas kurioses Ergebnis.

Mehrfach waren die Gerichte auch mit Sachverhalten beschäftigt, in denen untaugliche Mittel zum Schwangerschaftsabbruch verwendet wurden. Sollte ein solches Verhalten gleichwohl als Versuch strafbar sein? Eine untaugliche und daher straflose Beihilfe hat der 3. Senat angenommen bei einer versuchten Selbstabtreibung, bei der die helfende Person Kamillentee besorgt hatte und selbst nicht an dessen Wirkung glaubte (während die Schwangere daran glaubte).[183] Andererseits wurde eine Anstiftung zur Abtreibung „mit absurden Mitteln“ als strafbar angesehen, wenn der Angeklagte an deren Wirkung geglaubt hatte.[184] Auch zwei Entscheidungen zur Beihilfe aus dem Jahre 1954 zeigen ambivalente Züge: Eine Strafbarkeit wurde abgelehnt, wenn die Hilfe für die Schwangere lediglich in moralisch unterstützenden Ratschlägen bestand, etwa die in Briefen geäußerte Mahnung, bestimmte Vorsichtsmaßnahmen einzuhalten.[185] Eine Beihilfe wurde dagegen relativ weitgehend auch in einem Unterlassen gesehen, wenn eine Garantenstellung, also die Pflicht bestand, den Schwangerschaftsabbruch zu verhindern, was für den Ehegatten der schwangeren Frau bejaht wurde, so dass er wegen Beihilfe zur Abtreibung verurteilt wurde.[186] Schon das Unterlassen einer Aussprache zwischen den Eheleuten konnte strafbare Beihilfe zur Abtreibung sein,[187] eine recht weitgehende Auslegung des Gesetzes, die dem Ehegatten eine sehr große Verantwortung auferlegte. Diese Rigorosität erklärt sich daraus, dass das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren damals deutlich geringer gewichtet wurde als der Schutz des ungeborenen Lebens. Eine gewisse Milderung bedeutete es, als im Jahr 1954 durch den Gesetzgeber die Strafaussetzung zur Bewährung neu eingeführt worden war.[188] Dies hatte eine Reihe von Entscheidungen des BGH zur Folge, mit denen Verurteilungen wegen Schwangerschaftsunterbrechungen aufgehoben und zurückverwiesen wurden, um prüfen zu lassen, ob eine solche Strafaussetzung in Betracht komme.[189] Insoweit deutet sich schon ganz leicht ein neues Verständnis an, das aber erst später zu intensiven Diskussionen um diesen Straftatbestand führen sollte,

182 BGH v. 3.5.1955 – 5 StR 632/54.
183 BGH v. 21.1.1954 – 3 StR 240/53.
184 BGH v. 19.2.1954 – 1 StR 523/53.
185 BGH v. 6.5.1954 – 3 StR 820/53.
186 BGH v. 26.8.1954 – 4 StR 357/54.
187 BGH v. 27.1.1954 – 3 StR 57/53.
188 Das dritte Strafrechtsänderungsgesetz führte in § 23 Abs. 2 StGB eine zwingende Prüfung ein.
189 BGH v. 2.2.1954 – 1 StR 533/53; BGH v. 16.2.1954 – 5 StR 671/53; BGH v. 19.2.1954 – 2 StR 616/53; BGH v. 9.12.1954 – 4 StR 538/54; BGH v. 20.9.1955 – 2 StR 214/55.

an denen sich dann auch BGH-Richter beteiligt haben[190] und die uns noch heute beschäftigen.[191]

5.3 Das traute Heim

Das Wohnen – eines der Grundbedürfnisse des Menschen – stellte in der Nachkriegszeit angesichts der großen, durch den Krieg bedingten Zerstörungen und wegen des Zuzugs von über zehn Millionen Flüchtlingen und Vertriebenen für viele Menschen eine existenzielle Herausforderung dar, denn Schätzungen zufolge dürften unmittelbar nach dem Krieg etwa sechs Millionen Wohnungen gefehlt haben.[192] Noch bis Mitte der 1950er Jahre herrschte eine so große Wohnungsnot, dass jeder froh war, wenn er ein Dach über dem Kopf hatte.

5.3.1 Probleme beim Wiederaufbau

Der V. Zivilsenat, der für Klagen aus dem Eigentum zuständig war, hatte zunächst häufig zu entscheiden über Streitigkeiten beim Wiederaufbau der durch den Krieg zerstörten oder stark beschädigten Häuser. Um den Wiederaufbau zu fördern, hatten die Aufbaugesetze der Länder ein gesetzliches dingliches Vorkaufsrecht der Gemeinden vorgesehen; dies, so der V. Senat, konnte nicht durch die Bestellung eines Nießbrauchrechts „ausgehebelt“ werden.[193] Der aus einem dinglichen Wohnrecht Berechtigte könne daraus keinen Anspruch auf den Wiederaufbau eines kriegsbedingt vollständig zerstörten Gebäudes herleiten;[194] denn, so der Senat, mit dem Untergang des Hauses erlösche auch das Wohnrecht.[195] Im Rahmen der Beseitigung der umfangreichen Beschädigungen oder Zerstörungen kam es häufiger vor, dass eine sogenannte Kommunmauer[196] beim Aufbau genutzt wurde, was dann mitunter Streitigkeiten von Nachbarn auslöste, sei es, dass es zu einem Grenzüberbau gekommen war,[197] sei es,

190 Zum Beispiel: Lang-Hinrichsen, Zum strafrechtlichen Rechtsschutz.
191 Siehe den Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzung, die von der Bundesregierung eingesetzt wurde, aus dem Jahr 2024, s. Grabbe, in: *DIE ZEIT*, 11.4.2024.
192 Bundeszentrale für politische Bildung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Wohnungspolitik seit 1945. URL: www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/183442/wohnungspolitik-seit-1945/ [abgerufen am 19.2.2024].
193 BGH v. 25.1.1961 – V ZR 80/59 (BGHZ 34, 200).
194 Das hätte unter Umständen einer von der Kommune beabsichtigten Neubebauung zur Schaffung möglichst vielen neuen Wohnraumes im Wege gestanden.
195 BGH v. 10.10.1952 – V ZR 159/51 (BGHZ 7, 268); BGH v. 9.5.1969 – V ZR 11/66 (*NJW* (1969), S. 1481).
196 Es handelt sich dabei um eine gemeinsame Grenzwand mindestens zweier Häuser.
197 BGH v. 30.4.1958 – V ZR 215/56 (BGHZ 27, 204).

dass das Eigentumsrecht an einer gemeinsamen Giebelmauer zu klären war.[198] Ein typisches Beispiel: Zwei Häuser, die im 19. Jahrhundert erbaut und im Zweiten Weltkrieg zerstört worden waren, besaßen noch einen teilweise intakten Keller, insbesondere die Trennmauer der beiden Häuser im Keller war erhalten. 1953 baute der Beklagte sein Haus wieder auf, in dem er ohne Vermessung die Giebelwandreste im Keller nutzte und die Grenze überbaute, was dann zu einem Rentenanspruch des Nachbarn aus § 912 Abs. 2 BGB führte.[199] Der V. Senat hat in Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts bei einem entschuldigten Überbau Eigentum des zuerst Bauenden und bei späterem Anbau durch den Nachbarn die Entstehung von Miteigentum an der Mauer angenommen.[200]

Es kam auch vor, dass darüber gestritten wurde, inwieweit die lichtarmen oder gar lichtlosen Mietskasernen mit Hinterhäusern und engen Höfen in diesem alten Zustand wieder aufgebaut werden sollten und ob insoweit das Lichtschutzrecht des preußischen Allgemeinen Landrechts berücksichtigt werden musste.[201] In solchen Fragen konnten die sachenrechtlichen Vorschriften keine Lösung bringen, so dass der V. Senat den Ausgleich der widerstreitenden Interessen von Grundstücksnachbarn in erster Linie durch das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis, das nicht im Gesetz geregelt war, gelöst hat.[202] Dies war der Fall bei zwei Eigentümern benachbarter Grundstücke, von denen einer auf seinem Ruinengrundstück das Haus neu aufbauen wollte, was dazu geführt hätte, dass den Fenstern des Nachbarn das Licht entzogen worden wäre. Nach den BGB-Vorschriften waren Abwehransprüche nur bei konkreten Belästigungen durch aktive Einflüsse gegeben,[203] sie schützten aber nicht vor negativen Einwirkungen, bei denen natürliche Zuführungen, wie Licht, abgehalten werden. Da ein Lichtrecht als dingliches Recht nicht existierte, kam es auf die Rechtspflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme an, die ausnahmsweise das Eigentum beschränke, wenn anderenfalls der Nachbar von ungewöhnlich schweren Nachteilen betroffen werde.[204]

Soweit jemand durch ein schadhaftes Haus oder Grundstück zu Schaden gekommen war, stellte sich die Frage der Haftung. Kriegsschäden, so der BGH, stellten keinen Fall höherer Gewalt dar, auch für ein Trümmergrundstück bestehe noch eine Ver-

198 BGH v. 30.4.1958 – V ZR 178/56 (BGHZ 27, 197).
199 BGH v. 30.4.1958 – V ZR 178/56 (BGHZ 27, 197).
200 BGH v. 30.4.1958 – V ZR 178/56 (BGHZ 27, 197).
201 BGH v. 18.6.1954 – V ZR 29/53 (BGHZ 14, 64).
202 BGH v. 15.6.1951 – V ZR 55/50 (LM § 903 BGB Nr. 1).
203 §§ 903, 906, 907, 1004 BGB.
204 BGH v. 10.4.1953 – V ZR 115/51 (LM § 903 BGB Nr. 2). Die Sache war allerdings noch nicht entscheidungsreif und wurde daher vom Senat zurückverwiesen.

kehrssicherungspflicht, an die jedoch keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden sollten.[205]

Die Richter des V. Zivilsenats, die in den fünfziger Jahren in den hier zitierten Eigentumsfragen urteilten, waren fast alle vor 1945 in der Justiz tätig und Mitglied der NSDAP (und anderer angeschlossener Verbände) gewesen, so der Senatspräsident Friedrich Tasche,[206] ferner Georg Augustin,[207] Werner Freitag,[208] Heinz Schuster[209] und Friedrich Mattern,[210] wobei der eine oder andere auch inhaltlich belastet war.[211] Eine Ausnahme bildet insoweit Alexander von Norman, der kein Parteimitglied war und zwischen 1933 und 1945 als Rechtsanwalt und Notar agierte.[212]

5.3.2 Das Mietrecht

Schätzungen zufolge waren im Krieg 2,25 Millionen Wohnungen zerstört und 2,5 Millionen beschädigt worden.[213] Ein erheblicher Teil der Mietwohnungen wurden im Rahmen des sozialen Wohnungsbaus erst in den 1950er Jahren fertiggestellt, konkret in den zehn Jahren von 1950 bis 1960 etwa drei Millionen geförderte Wohnungen.[214] Daher wurden mietrechtliche Verfahren auch erst einige Zeit später eine Massenerscheinung und gelangten noch einmal mit einiger Verzögerung erst vor das Revisionsgericht, so dass das Mietrecht in der Rechtsprechung des BGH in den ersten beiden Jahrzehnten erst allmählich einen großen Stellenwert erlangte. Aber auch in der Anfangszeit des BGH finden sich einige, zum Teil auf die kriegsbedingte Wohnungsnot zurückzuführende Entscheidungen, die zunächst zum V. Senat gelangten und ab 1958 in die Zuständigkeit des in diesem Jahr gegründeten VIII. Zivilsenats fielen.

Das zentrale Anliegen der 1950er Jahre, möglichst schnell in großer Zahl neuen Wohnraum zu schaffen, warf vor allem auch Finanzierungsfragen auf, und ohne die Beteiligung vieler Mieter an den Kosten wäre ein solch schneller Wiederaufbau nicht möglich gewesen. Ein verbreitetes Phänomen zur Behebung des finanziellen Engpasses bildete der Baukostenzuschuss, den der Mieter dem Vermieter gewährt, um als Ge-

205 BGH v. 23.1.1951 – III ZR 28/50 (BGHZ 1,103). Die Deutsche Bundesbahn haftete nach §1 HaftpflG, wenn ein Reisender durch den kriegsbedingten Mangel am Bahnsteig zu Schaden kam (BGH v. 11.12.1950 – III ZR 154/50 (BGHZ 1, 17)).

206 BA, Pers 101/48946, Personalblatt.

207 BA, Pers 101/75751, Personalblatt.

208 BA, Pers 101/75852, Personalblatt.

209 BA, Pers 101/40037, Personalblatt.

210 BA, Pers 101/75977, Personalblatt.

211 BA, Pers 101/75979. Z. B. Mattern, der am Sondergericht in Brünn tätig war und dort auch Todesurteile verhängt haben soll.

212 BA, Pers 101/40024, Personalblatt.

213 Staas, Der Rucksack, in: *DIE ZEIT*, 4.5.2024, S. 34.

214 Bundeszentrale für politische Bildung. URL: www.bpb.de/themen/deutsche-einheit/lange-wege-der-deutschen-einheit/47280/wohnen/ [abgerufen am 7.2.2024].

genleistung eine gewisse Zeit unentgeltlich oder zu einem geminderten Mietzins die Wohnung nutzen zu können. Ein rechtliches Problem bestand immer dann, wenn das Vertragsverhältnis bei einem auf längere Zeit geschlossenen Mietvertrag vorzeitig endete. Die BGH-Senate haben in diesen Fällen den Mieter geschützt, dem bei einer solchen Beendigung für seinen als Mietzinsvorauszahlung geleisteten Baukostenvorschuss ein Bereicherungsanspruch (hinsichtlich des nicht abgewohnten Teils) zugesprochen wurde. Fiel der Vermieter in Konkurs, bleibe ein gezahlter Baukostenzuschuss dem Konkursverwalter gegenüber wirksam.[215] Das Gleiche gelte auch bei einer Zwangsversteigerung des vermieteten Grundstücks,[216] denn der Ersteher eines Grundstücks in der Zwangsversteigerung sei genauso wie ein Käufer (analog § 555 BGB aF) zur Rückzahlung des Baukostenzuschusses verpflichtet.[217] Allerdings war der Anspruch in voller Höhe nur dann sofort zu zahlen, wenn der Vermieter in der Lage war, bei einer anderweitigen Vermietung wieder einen Zuschuss zu erhalten. Anderenfalls, so der VIII. Senat, kämen lediglich Ratenzahlungen in Betracht.[218] Auch bei einem verlorenen Zuschuss, bei dem im Voraus vertraglich auf die Rückzahlung des Mieterbeitrages verzichtet wird, bestehe gleichwohl ein Rückzahlungsanspruch, jedenfalls wenn die Beendigung des Vertragsverhältnisses auf eine fristlose Kündigung etwa wegen der gesundheitsgefährdenden Beschaffenheit der Wohnung, zurückzuführen ist.[219] Letztlich sei bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen besonders die Tatsache relevant, ob das Geld dem Aufbau des Grundstücks, sei es auch nur mittelbar, tatsächlich zugeflossen ist.[220] Die Rechtsprechung war sichtlich um einen angemessenen Ausgleich der Interessen der Parteien bemüht, der Gesetzgeber hat dann im Jahr 1961 eine entsprechende Regelung geschaffen (§ 557 aF BGB). Die persönliche Betroffenheit einiger BGH-Richter als Mieter hat hier möglicherweise Einfluss gehabt.[221]

Nicht nur ein Zuschuss in Geld, auch eine andere Aufbauleistung gab im Falle der Beendigung des Mietverhältnisses Anlass, über einen Wertausgleich nachzudenken. In Betracht kam theoretisch ein Verwendungsersatzanspruch, der jedoch relativ schnell, nämlich nach sechs Monaten (gemäß § 558 BGB aF) verjährte, was in vielen Fällen für die Mieter ungünstig gewesen wäre. Wohl zu ihren Gunsten wurde der Verwendungsbegriff meist abgelehnt,[222] so beim Aufbau der Hochparterre eines Hauses durch den späteren Mieter, dem nach dem Ende der Vertragsbeziehung stattdessen

215 BGH v. 6.6.1952 – V ZR 79/51 (BGHZ 6, 202).

216 BGH v. 26.11.1954 – V ZR 24/54 (BGHZ 15, 296).

217 BGH v. 17.12.1954 – V ZR 4/54 (BGHZ 16, 31).

218 BGH v. 12.2.1959 – VIII ZR 54/58 (BGHZ 29, 289 = *NJW* (1959), S. 1424).

219 BGH v. 12.2.1959 – VIII ZR 54/58 (BGHZ 29, 289, 294 ff. = *NJW* (1959), S. 1427 f.).

220 BGH v. 25.11.1958 – VIII ZR 151/57 (*NJW* (1959), S. 380).

221 Dazu sogleich.

222 Bei einer Gewerbemiete entschied der fünfte Senat, dass keine Verwendung gegeben sei, wenn das errichtete Gebäude Eigentum des Grundstückseigentümers geworden ist, im vorliegenden Fall eine Lagerhalle auf einem 11.000 qm großen Grundstück des ehemaligen Reichsluftfahrtfiskus (BGH v. 10.7.1953 – V ZR 22/52 (BGHZ 10, 171)); hinsichtlich weiterer Fragen wurde die Sache zurückverwiesen.

ein Bereicherungsanspruch gewährt wurde.[223] Selbst wenn der Verwendungsbegriff Anwendung finden würde,[224] so der VIII. Senat, sei gleichwohl die kurze Verjährungsfrist nicht einschlägig, wenn die Aufwendung Teil der Mieterleistung für die Überlassung der Mieträume war und der Mieter den Mietbesitz vorzeitig aufgeben musste.[225] In diesem Fall seien, anders als bei den klassischen Verwendungen, die Aufwendungen des Mieters nicht ohne Rechtsgrund erfolgt, so dass eine andere juristische Bewertung angebracht sei. Auch bei einem Grenzüberbau durch ein Hochhaus wurde die Annahme einer Verwendung abgelehnt, da in diesem Fall das Ersatzrecht des Überbauenden – die Wegnahme des von ihm Eingebauten gem. § 997 BGB – aus Gründen der Wohnraumbewirtschaftung nicht in Betracht kam. Daher sei ihm eine angemessene Entschädigung zu gewähren.[226]

Das Thema konnte auch im Rahmen eines Mieterhöhungsverlangens relevant werden, wie ein Fall aus dem Jahre 1958 zeigt: Um die Attraktivität zur Schaffung von Wohnraum nicht zu sehr einzuschränken, sah das Gesetz die Möglichkeit einer einseitigen Mieterhöhung durch den Vermieter vor, wenn dieser die angemessene Miete beanspruchte. Aber sollte dies auch gelten, wenn der Mieter den Vermieter mit einer Aufbauleistung unterstützt hatte? In diesem Punkt kam der BGH den Mietern entgegen und prüfte, ob sich nach einer an Treu und Glauben ausgerichteten Würdigung des gesamten Vertragsverhältnisses ergebe, dass die Parteien die Möglichkeit, den Mietzins zu erhöhen, ausgeschlossen haben würden; bei einer solchen Abwägung der Gesamtumstände sei insbesondere ein zu berücksichtigender Faktor, ob ein Mieter dem Vermieter ein Aufbaudarlehen zu sehr günstigen Bedingungen gewährt hatte und dieses Geld zum Aufbau des Hauses verwendet worden war.[227] Letztlich hat der Senat sich auch hier bemüht, eine interessengerechte Lösung der Einzelfälle zu ermöglichen und nicht pauschal – allein dem Gesetzeswortlaut entsprechend – bestimmte Rechte auszuschließen.

Im Übrigen wurde im Mietrecht aus heutiger Sicht wenig Umwerfendes entschieden: Der V. Senat stellte die heute schon fast als Banalität zu bezeichnende Tatsache fest, dass die Ehefrau an der von ihrem Ehemann gemieteten Wohnung Mitbesitz innehat.[228] Außerdem, so gleich mehrere Senate, seien auch die Familienmitglieder (Ehegatte und Kinder) in den Schutzbereich des Mietvertrages einbezogen, so dass sie zwar nicht vom Schuldner die Leistung fordern, wohl aber Schadensersatzansprüche gegen den Vermieter geltend machen können, soweit dieser für Mängel der Mietsache

223 BGH v. 3.2.1959 – VIII ZR 91/58 (*NJW* (1959), S. 872).
224 Dies hat der Senat bewusst offengelassen.
225 BGH v. 14.2.1968 – VIII ZR 2/66 (*NJW* (1968), S. 888).
226 BGH v. 26.2.1964 – V ZR 105/61 (BGHZ 41, 157, 160).
227 BGH v. 20.10.1959 – VIII ZR 28/59 ((BGHZ 31, 285 = *NJW* (1960), S. 386). Das Darlehen wäre erst 1993 getilgt worden. Siehe auch: BGH v. 4.2.1958 – VIII ZR 13/57 (BGHZ 26, 310, 314).
228 Zum Beispiel: BGH v. 26.2.1954 – V ZR 135/52 (BGHZ 12, 380, 399).

haftet.[229] Diesem müsse allerdings erkennbar sein, dass Dritte mit seiner Leistung in Berührung kommen und dass der Mieter gegenüber diesen Personen fürsorge- und obhutspflichtig sei; es entspreche Sinn und Zweck des Vertrages sowie Treu und Glauben, dass sie dann den Schutz des Mietvertrages genießen.

Dass der Vermieter für Mängel der Mietsache haftet, die bei Übergabe der Mietsache schon vorhanden sind (Garantiehaftung ohne Verschulden), ergibt sich bereits aus dem Gesetz (§ 538 BGB). Im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat der BGH den Vermieter auch haften lassen für den Körperschaden, den der Mieter infolge eines solchen Fehlers der Mietsache bei dem vertragsgemäßen Gebrauch der Sache erleidet,[230] und zwar bei anfänglichen Mängeln auch ohne Verschulden. Diese Haftung für sogenannte Mangelfolgeschäden war schon damals herrschende Auffassung, der BGH stellte lediglich klar, dass für solche, durch anfänglich bestehende Mängel ausgelöste Schäden nicht nur der ursprüngliche Wohnungsvermieter hafte, sondern auch der Erwerber des Grundstücks, und zwar ebenfalls verschuldensunabhängig.[231]

Einige Entscheidungen betreffen die heute gerade in größeren Städten häufig anzutreffende, damals aber noch relativ neue Situation, dass mehrere Mieter eine Mietsache gemeinsam gemietet haben. Der Mietvertrag könne grundsätzlich nur einheitlich gegenüber allen Mietern und nicht gegenüber nur einem gekündigt werden,[232] denn mehrere Mieter seien Gesamtschuldner, so dass die gegenüber einem Gesamtschuldner ausgesprochene Kündigung (gemäß § 425 BGB) nicht gegen die Übrigen gilt. Die Gebrauchsüberlassung sei eine unteilbare Leistung, die zwischen Vermieter und Mieter ein einheitliches Rechtsverhältnis begründe, infolgedessen das Mietverhältnis auch nur in seiner Gesamtheit aufgelöst werden könne. Das gelte insbesondere, wenn der Kündigungsgrund im Konkurs einer der Mieter liege.[233] Den Mietern kam die Rechtsprechung auch in der folgenden Frage entgegen: Soweit ein Mieter die Wohnung untervermiete, ohne dazu berechtigt zu sein, könne der Vermieter zwar verlangen, dass der Untermieter die Wohnung verlässt, allerdings sei der Mieter nicht verpflichtet, dem Vermieter den erzielten Untermietzins herauszugeben, denn er schulde nur die Herausgabe des Nutzungswertes, nicht des Gewinns.[234] Untermieterfreundlich war in diesem Rahmen noch eine weitere Entscheidung des BGH: Eine fünfköpfige Fa-

229 BGH v. 15.5.1959 – VI ZR 109/58 (*NJW* (1959), S. 1676); BGH v. 22.1.1968 – VIII ZR 195/65 (BGHZ 49, 350).

230 BGH v. 21.2.1962 – VIII ZR 4/61 (*NJW* (1962), S. 908); hier ging es nicht um eine Wohnraummiete, sondern einen Autoscooter.

231 BGH v. 22.1.1968 – VIII ZR 195/65 (BGHZ 49, 350 = *NJW* (1968), S. 885). Die Mietwohnung besaß eine unverschlossene Rauchrohröffnung, der Mietvertrag war im Jahr 1949 geschlossen worden und der Beklagte hatte das Haus 1959 übernommen, ohne von dem Mangel Kenntnis zu haben. Im Jahr 1960 kam es dann zu dem Hausbrand, für den der neue Vermieter einstehen musste.

232 BGH v. 26.11.1957 – VIII ZR 92/57 (BGHZ 26, 102).

233 § 19 Konkursordnung aF.

234 BGH v. 20.5.1964 – VIII ZR 235/63 (*NJW* (1964), S. 1853).

milie, die in zwei Zimmern zur Untermiete wohnte, wollte die Wohnung tauschen mit einem Rentner, dessen Frau gestorben war und der eine Fünfzimmerwohnung bewohnte. Der Vermieter verweigerte seine Zustimmung. Nach dem damaligen § 30 MietG konnte das Gericht die Einwilligung des Vermieters bei einem Wohnungstausch von Mietern ersetzen. Diese Norm hat der VIII. Senat auch auf den Tausch einer Wohnung eines Untermieters erstreckt, soweit der Untermieter einen eigenen Hausstand führte. Das war bedeutsam, weil damals viele, insbesondere ärmere Familien diesen eigenen Hausstand als Untermieter lebten.[235]

Eher vermieterfreundlich war demgegenüber die Auffassung (des VI. Senats), dass die Preisstopp-Verordnung keine Anwendung bei der ersten Vermietung von Räumen finde, was auch dann gelte, wenn die Räume durch Neubau oder Wiederaufbau zerstörter Gebäude gewonnen wurden.[236] Der Senat hat hier vielleicht auch den Markt für den Wohnungsbau im Auge gehabt, denn die gegenteilige Auffassung hätte möglicherweise Neubauvorhaben erschwert.

Zu dem späteren Dauerthema der Schönheitsreparaturen soll für den Untersuchungszeitraum nur eine Entscheidung des VIII. Senats aus dem Jahr 1967 mitgeteilt werden, die aber bereits auf die vielen in späteren Jahren noch aufkommenden Streitfragen hinweist: Die Abwälzung der Pflicht zur Durchführung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter war grundsätzlich anerkannt, umstritten war im konkreten Fall, in welchem Umfang diese vom Mieter vorzunehmen waren. Die Bundestrichter sahen den Zweck der Klausel in dem Interesse des Vermieters begründet, die Wohnung neu vermieten zu können, so dass die Wohnung nicht unbedingt vollständig neu hergerichtet werden müsse.[237] Das Unterlassen der durchzuführenden Maßnahme führe zu einem Schadensersatzanspruch des Vermieters wegen Nichterfüllung, der auch nicht dadurch beseitigt werde, dass der neue Mieter die Schönheitsreparaturen übernimmt,[238] weil ein Vorteilsausgleich zugunsten des Altmieters verständlicherweise abzulehnen sei.

Im Ergebnis brachte insbesondere die Rechtsprechung des VIII. Senats Verständnis für die sozialen Probleme der Mieter auf, was auch mit der Tatsache zusammenhängen dürfte, dass die Richter sich nicht aus großbürgerlichen Kreisen rekrutierten, sondern häufig selbst im Krieg oder in der Nachkriegszeit mit ihrer Familie ganz konkret mit Wohnungsnot zu kämpfen hatten.[239] Der Vorsitzende des Senates Emil Großmann war beispielsweise in Dresden während des Krieges total ausgebombt worden und kam nach dem Krieg als DDR-Flüchtling in die Bundesrepublik.[240] Er und seine Familie hatten Wohnungsnot am eigenen Leibe erlebt. Das galt auch für Wolfgang Gel-

235 BGH v. 15.12.1959 – VIII ZB 28/59 (BGHZ 31, 285 = *NJW* (1960), S. 526).
236 BGH v. 5.7.1954 – VI ZR 109/53 (*MDR* (1954), S. 672).
237 BGH v. 15.11.1967 – VIII ZR 150/65 (*NJW* (1968), S. 491).
238 2121 BGH v. 15.11.1967 – VIII ZR 150/65 (*NJW* (1968), S. 491).
239 Siehe Band 1, Kap. 4.7, Soziale Lage der BGH-Richterschaft.
240 BA, Pers 101/39971, Personalblatt; BA, Pers 101/39972, Schreiben v. 9.2.1949.

haar, der am Ende des Krieges aus Danzig hatte fliehen müssen und später als BGH-Richter einen Antrag stellte, in dem er um Möbel für seine Wohnung bat, weil es seiner Familie an allem mangele.[241] Und auch Hermann Spieler hatte eine Flüchtlingsgeschichte und musste im Jahr 1950 einen Kredit in Höhe von 300 DM aufnehmen, um Mittel für den Haushalt zu generieren.[242] Und in den Personalakten von Fritz Artl schließlich finden sich einige Schreiben, in denen er sich über die schlechte Wohnsituation in Karlsruhe beschwerte.[243] Es ist naheliegend, dass die geschilderten persönlichen Erfahrungen dieser Richter, die alle dem VIII. Senat bei seiner Neugründung im Jahr 1956 zugewiesen wurden, nicht ganz ohne Wirkung auf ihre Rechtsprechung gewesen sind.

5.4 Die Schule

Das Verhältnis der Lehrer zu ihren Schülern wird eigentlich in erster Linie durch das öffentliche Recht geregelt, so dass die Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit insoweit eher selten zur Entscheidung berufen sind, was aber vorkommt, etwa wenn Lehrer auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden oder – noch gravierender – sich sogar strafbar gemacht haben. In einem Schadensersatzprozess stellte der III. Zivilsenat im Jahre 1954 klar, dass Lehrer während der Pausen aufsichtspflichtig sind und bei einer Verletzung dieser Aufsichtspflicht eine Amtspflichtverletzung begehen. Insoweit kam ein Schadensersatzanspruch gegen den Staat bei Verletzung eines Schülers in Betracht.[244]

5.4.1 Das Züchtigungsrecht

Das elterliche Vorbild

Einen großen Streitpunkt bildeten damals die Fälle, in denen es um das Züchtigungsrecht ging. Zunächst ein kurzer Blick auf das, was im Gesetz geregelt war: Das elterliche Züchtigungsrecht wurde bereits 1953 Gegenstand einer Entscheidung des 3. Strafsenats, die einiges Aufsehen verursachte. Eltern hatten ihre 15-jährige Tochter mehrfach betraft, weil diese sich wiederholt trotz Verbotes mit Jungen herumgetrieben hatte: Die elterlichen Sanktionen bestanden konkret in dem Entzug von Essen (mehrere Mahlzeiten), dem Abschneiden der Haare und der Fesselung am Stuhl beziehungsweise im Bett. Das Landgericht hatte die Eltern wegen Körperverletzung und

241 BA, Pers 101/39967, Schreiben v. 7.8.1947 an das Zentraljustizamt.
242 BA, Pers 101/40050, Schreiben v. 7.3.1949 und v. 6.2.1950 an den Präsidenten des OLG Hamm.
243 BA, Pers 101/75746, Beschwerden aus dem Jahr 1952.
244 BGH v. 15.3.1954 – III ZR 333/52 (BGHZ 13, 25).

Freiheitsberaubung verurteilt, der BGH sprach sie frei.[245] Das Handeln der Eltern sei aufgrund des im Gesetz geregelten (väterlichen) Züchtigungsrechts (§ 1631 BGB aF) gerechtfertigt. Die Grenze dieses Rechtes werde durch das Sittengesetz aufgrund der allgemeinen sittlichen Anschauung bestimmt. Im vorliegenden Fall habe die „Zuführung von körperlichem und seelischem Schmerz" Sinn gehabt, denn

> I. war in erheblichem Maße sittlich verdorben. [...] Unter diesen Verhältnissen waren Maßnahmen, die das Ehrgefühl kräftig ansprechen, angemessen.

Das Vertrauen in die (positive) pädagogische Wirkung der hier von den Eltern durchgeführten Maßnahmen war bei den Richtern offensichtlich ungebrochen.[246]

Immerhin existierte für die elterliche Züchtigung zunächst noch (bis 1958) die erwähnte gesetzliche Vorschrift, während eine solche für Lehrer fehlte. Die Zulässigkeit körperlicher Züchtigung in der Schule sorgte daher in den 1950er Jahren für Diskussionsstoff, nicht nur unter Juristen: Auch Pädagogen zweifelten zunehmend an der Sinnhaftigkeit körperlicher Züchtigung.[247] Juristisch ging es damals um den Rechtfertigungsgrund eines Züchtigungsrechts von Lehrern beziehungsweise Heimerziehern gegenüber Schülern oder Heimkindern.

Das Züchtigungsrecht für Lehrer

Abgelehnt hat der 1. Strafsenat eine Befugnis zur körperlichen Züchtigung für Lehrer an einer Berufsschule, da sie weder gesetzlich geregelt noch in diesem Bereich gewohnheitsrechtlich anerkannt sei.[248] Das Ergebnis dürfte sich allein schon aufgrund des Alters dieser Schülergruppe von selbst erklären.[249] Soweit ein Züchtigungsrecht unstreitig nicht bestand – so bei einem Heimerzieher – stellte sich die Frage, wie dessen Irrtum zu bewerten ist, weil er glaubte, zu seinem Tun befugt gewesen zu sein.[250] Der Irrtum über den Rechtfertigungsgrund selbst wurde zutreffend als Verbotsirrtum

245 BGH v. 25.9.1952 – 3 StR 742/51 (*NJW* (1953), S. 1440).

246 SWR Hörfunkarchiv, W0111913. Zu diesem Fall auch ein Rundfunkbeitrag des SDR: *Aus der Residenz des Rechts*, v. 1.4.1953. Mitgewirkt haben an diesem Urteil zwei Richter, die auch an dem gleich ausführlich besprochenen Urteil zur Prügelstrafe von Lehrern beteiligt waren, Richard Busch und Carlhans Scharpenseel (zu ihnen unten 5.4.3).

247 Die aktuelle Missbrauchsdebatte hat diesem Thema eine unerwartete Aktualität verliehen, insbesondere wenn man davon ausgeht, dass die Zulässigkeit körperlicher Züchtigungen in einem gewissen rechtlichen Rahmen auch illegale Missbrauchsfälle mitbegünstigt haben könnte.

248 BGH v. 1.7.1958 – 1 StR 326/56 (BGHSt 12, 62).

249 Es gab an der betroffenen Schule keine Schüler im volksschulpflichtigen Alter (BGHSt 12, 65). Auch eine Übertragung des elterlichen Züchtigungsrechts auf den Lehrer wurde abgelehnt, da die Eltern die Befugnisse eines Lehrers nicht erweitern könnten (BGHSt 12, 68).

250 BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 (BGHSt 3, 105).

(im Sinne der oben erwähnten neuen Lehre) eingestuft, so dass die Strafbarkeit auf die individuelle Prüfung der Vermeidbarkeit des Irrtums hinauslief.[251]

Äußerst umstritten war die Zulässigkeit körperlicher Züchtigung bei den Grundschul- (damals Volksschul-)Lehrern. Im Jahr 1954 hatte sich der 5. Strafsenat skeptisch zum Züchtigungsrecht von Pädagogen geäußert,[252] obwohl er in der Sache nicht hätte Stellung nehmen müssen. Denn der angeklagte Lehrer hatte die Grenze maßvoller Züchtigung ohnehin überschritten beziehungsweise aus nichtigem Anlass gezüchtigt, so dass er sich strafbar gemacht hätte, selbst wenn ihm grundsätzlich ein Züchtigungsrecht zuerkannt worden wäre.[253] Trotzdem gab der 5. Senat zu verstehen, dass er ein Züchtigungsrecht für Lehrer als nicht mehr zeitgemäß ansah.[254] Er begründete dies damit, dass es ein gesetzlich geregeltes Recht der körperlichen Strafe in der Schule nicht gebe[255] und die Existenz eines diesbezüglichen Gewohnheitsrechts eher zweifelhaft sei, da Landesverordnungen, beispielsweise in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen Verbote beziehungsweise Einschränkungen formuliert hätten.[256] Schließlich sei die körperliche Züchtigung weder zur Aufrechterhaltung der Schulzucht noch zur Abschreckung zulässig, sondern allenfalls zu Erziehungszwecken. Die pädagogische Sinnhaftigkeit sei aber sehr unklar beziehungsweise das Gegenteil richtig, da die Anwendung körperlicher Gewalt regelmäßig zur Nachahmung durch die Gezüchtigten in der Zukunft führe.[257]

---

251 BGH v. 6.6.1952 – 1 StR 708/51 (BGHSt 3, 105, 106). Der Irrtum über den Züchtigungsanlass wäre ein Tatbestandsirrtum gewesen.

252 BGH v. 14.7.1954 – 5 StR 688/53 (BGHSt 6, 263 = *JZ* (1954), S. 752). Es ging um einen Fall, der in der früheren preußischen Provinz Hannover spielt.

253 Damit konnte im konkreten Fall ein Züchtigungsrecht nicht mehr in Frage kommen (BGH v. 14.7.1954 – 5 StR 688/53 (BGHSt 6, 263, 271 ff.)).

254 BGH. 14.7.1954 – 5 StR 688/53 (BGHSt 6, 263, 265 ff.). Allenfalls in Ausnahmefällen sei eine körperliche Sanktion als letztes Mittel denkbar.

255 Die entsprechende Norm des Allgemeinen Preußischen Landrechts (II 12 § 50) von 1794 sei eine Einschränkung, keine Legitimation für ein solches Recht (S. 265).

256 Der Senat hatte allerdings abgelehnt, das Züchtigungsrecht der Zuständigkeit der Länderordnungen zu überlassen, da dann ein unterschiedlicher Rechtszustand in Deutschland bestehe, was dienstrechtlich vielleicht noch vorstellbar sei, strafrechtlich aber nicht.

257 BGH. 14.7.1954 – 5 StR 688/53 (BGHSt 6, 263, 268); SWR Hörfunkarchiv, W0111616, im SDR-Rundfunk wurde begrüßt, dass diese Frage endlich diskutiert werde. Dieses vom „Berliner" Strafsenat gefällte Urteil erging unter dem Vorsitz von Werner Sarstedt, mitgewirkt haben ferner Else Koffka, Rudolf Börker, Hermann Adolf Schmidt und Karl Siemer. Der Entscheidung stimmte Bader in seiner Urteilsanmerkung unter Hinweis auf pädagogische Erkenntnisse zu, s. Bader, in: *JZ* (1954), S. 755 f., und auch die Tagespresse äußerte sich überwiegend positiv zu dem Urteil, s. *FAZ*, 2.11.1954; *StN*, 18.12.1954.

5.4.2 Rechtfertigung durch Gewohnheitsrecht

Ganz anders sah dies der 2. Senat drei Jahre später: Angeklagt war der 59-jährige Konrektor einer Rüsselsheimer Schule, weil er mehrfach Schüler körperlich gezüchtigt hatte, indem er ihnen teilweise Ohrfeigen verabreicht, mehrmals allerdings auch mit einem Stock auf die Hände/ Finger geschlagen hatte.[258] Der Fall war deshalb an das Landgericht und im Revisionsweg an den BGH gelangt, weil einer der Schüler sechs Wochen nach der Züchtigung verstarb. Es stellte sich allerdings heraus, dass Todesursache nicht die Züchtigung, sondern ein Gehirntumor gewesen war.[259] Gleichwohl blieb natürlich der Tatbestand der Körperverletzung zu prüfen. In einer ausführlichen Entscheidung stützte der 2. BGH-Senat die Rechtfertigung maßvoller Züchtigung auf ein Gewohnheitsrecht in den deutschen Ländern, speziell bejahte er dies für Lehrer an hessischen Volksschulen.[260] Dieses Gewohnheitsrecht habe bis 1945 gegolten und sei danach nicht abgeschafft worden.[261] Es gelte allerdings nicht nur in Hessen, sondern auch in den anderen Bundesländern.[262] Erstaunlich ist, dass die dazu im Widerspruch stehende Entscheidung des 5. Senats so gut wie nicht gewürdigt wurde. In einem ersten Urteilsentwurf des 2. Senats findet sich zu der gegenteiligen Auffassung der Kollegen kein einziges Wort, handschriftlich wurde dann am Schluss des Entwurfes ganz kurz eine kleine Anmerkung eingefügt:[263] Darin heißt es, die Entscheidung des 5. Senats stehe nicht entgegen, da sie nicht auf der abweichenden Auffassung „beruht".[264] Letzteres ist zwar korrekt,[265] gleichwohl wäre eine Auseinandersetzung mit dieser Gegenauffassung zu erwarten gewesen, zumal diese aus dem eigenen Gericht kam und noch nicht lange zurück lag. Und schließlich war die Frage auch von grund-

258 BA, B 283/78386. Im Tatbestand des BGH-Urteils heißt es: „Der damals sieben- bis achtjährige Schüler M. erhielt vom Angeklagten in der Zeit vor August 1953 aus nicht mehr feststellbaren Anlässen viermal mit einem 30 cm langen Rohrstock Schläge auf die geöffnete linke Handfläche. Ende August 1953 gab ihm der Angeklagte, aus einem ebenfalls nicht mehr feststellbaren Anlass eine Ohrfeige. Das Landgericht hat dem Angeklagten geglaubt, dass jeweils ein begründeter Anlass für die Schläge bestand. M. litt, als er die Ohrfeige erhielt, an einer Mittelohrentzündung, die im Abflauen war. Nach der Ohrfeige trat eine nochmalige Verschlimmerung ein. Das Landgericht hält es für unwahrscheinlich, dass die Ohrfeige diese nochmalige Verschlimmerung verursacht hat."

259 SWR Hörfunkarchiv, W1503924. Der Sachverhalt wird auch im SDR, *Aus der Residenz des Rechts*, 3.5.1958 mitgeteilt.

260 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241 = *NJW* (1958), S. 799).

261 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 245). Der Oberstaatsanwalt beim LG Darmstadt hatte ein solches Recht wegen Art. 56 Abs. 4 der hessischen Verfassung abgelehnt, der Oberbundesanwalt hatte sich hingegen dafür ausgesprochen (BA, B 283/78386).

262 BGHSt 11, 256.

263 BA, B 283/78386, Bl. 127, Handschriftliche Anmerkung v. 7.1.1958.

264 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 262).

265 Der Lehrer hätte in dem Fall des 5. Senats ohnehin verurteilt werden müssen, da er die Grenzen des – vermeintlichen – Züchtigungsrechts nicht eingehalten hatte.

sätzlicher Bedeutung. Umso spannender ist die Begründung des 2. Senats, die – wie erwähnt – zwar sehr ausführlich, aber leider inhaltlich wenig substantiiert ausfiel.[266]

Die von der Staatsanwaltschaft in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur[267] geäußerte Ansicht, die Züchtigung durch Lehrer[268] verstoße gegen die Menschenwürde,[269] wurde vom Senat – fast schon entrüstet – pauschal verworfen: Wäre das der Fall, müsste auch das Recht der Eltern auf Züchtigung infrage gestellt werden, was für den Senat offensichtlich unvorstellbar war.[270] Die Tatsache, dass der Gesetzgeber § 1631 BGB aF mittlerweile geändert und die Anwendung von Zuchtmitteln (sowohl für den Vater als auch für das Vormundschaftsgericht) gestrichen hatte,[271] sei, so der Berichterstatter Richard Busch in seinem Votum, unerheblich, da „eine verurteilende Stellungnahme des Gesetzgebers fehlt".[272] In der Gesetzesänderung liege keine Änderung des bisherigen Rechtszustandes, das Gewohnheitsrecht sei dadurch nicht angetastet worden,[273] der Gesetzgeber sei „bewußt neutral geblieben".[274]

„Unhaltbar",[275] so der Senat wörtlich, sei die Annahme eines Verstoßes gegen das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG):

> Eine solche Auffassung ist nur dazu angetan, den Ernst des Grundrechts in Frage zu stellen. Es ist unmittelbar einsichtig, dass mit dieser Formulierung schwerwiegende Eingriffe wie zum Beispiel Unfruchtbarmachungen oder Zwangsbehandlungen ausgeschlossen werden sollten.[276]

266 Auffallend sind die sehr vielen handschriftlichen Verbesserungen und Ergänzungen des Urteilsentwurfs, die zeigen, wie schwierig es dem Senat fiel, das offensichtlich erwünschte Ergebnis eines weiter bestehenden Züchtigungsrechts überzeugend zu begründen, was letztlich ja auch nicht gelungen ist.

267 Kopp, Zu dem Urteil, in: *JZ* (1955), S. 319; Bader, Straf- und Strafprozeßrecht, in: *JZ* (1954), S. 755.

268 Die konkreten Schläge mit einem Rohrstock auf die Handflächen und die Finger sowie mehrere Ohrfeigen hielt der Senat für angemessen und sah in ihnen keine Gesundheitsverletzung. Sie verletzten auch nicht „das Anstands- und Sittlichkeitsgefühl". Bei Ohrfeigen sei die Zulässigkeit zwar umstritten, weil – wenn auch nur selten – Gesundheitsbeeinträchtigungen entstehen. Im Ergebnis sei die Zulässigkeit aber zu bejahen (S. 32 des Urteils).

269 Zum Beispiel: Bader, Straf- und Strafprozeßrecht, in: *JZ* (1954), S. 755.

270 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 248 = *NJW* (1958), S. 799).

271 Änderung des § 1631 BGB durch Gesetz v. 18.6.1958 (BGBl I, 609, 624).

272 BA, B 283/78386, S. 3. Auf die Idee, dass eine solche Gesetzesänderung vielleicht ausreichen könnte, wollte sich der Senat offensichtlich nicht einlassen. Ihm ist zuzugeben, dass die Änderung in erster Linie erfolgte, weil das Gesetz bis dahin nur ein Züchtigungsrecht des Vaters gekannt hatte und dies unter Gleichberechtigungsgesichtspunkten nicht mehr tragbar war. Das war das Motiv der Gesetzesänderung.

273 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 249).

274 Votum Buschs, S. 3. Man hätte m.E. würdigen können (bzw. müssen), dass bei der Reform eben nicht ein Züchtigungsrecht für beide Eltern eingefügt wurde.

275 Dieses Wort findet sich gleich zweimal.

276 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 249), dies allerdings ohne einen Nachweis aus der Entstehungsgeschichte zu bringen.

Im Übrigen wurde auf den Gesetzesvorbehalt verwiesen. Einen Verstoß gegen das Grundgesetz anzunehmen, bezeichnete das Votum des Berichterstatters als „unehrlich", weil es ja ein elterliches Züchtigungsrecht gebe. Insoweit sind die Ausführungen des Senats wenig überzeugend.

Inhaltlich bedenkenswert sind allenfalls die Überlegungen des Senats zu einer Einschränkung des Grundrechts aufgrund eines Gewohnheitsrechts.[277] Der Senat beruft sich auf die Geschichte, da in der Vergangenheit ein solches Recht unangefochten anerkannt war und es bisher nicht abgeschafft worden sei.[278] Möglicherweise waren die Richter aber doch verunsichert, denn sie konzedierten durchaus, dass unter Juristen und Pädagogen verbreitet die Gegenansicht vertreten wurde. Hinsichtlich der weiteren Überlegung des Senats, entgegenstehende Verwaltungsvorschriften der Länder könnten ein Gewohnheitsrecht nicht aushebeln, stimmte er mit der Ansicht des 5. Senats zwar überein, doch hätte er sich die Frage stellen müssen, ob verschiedene Verbote auf Landesebene, selbst wenn sie nur ministeriell ausgesprochen wurden, nicht ein Indiz dafür sind, dass es an der allgemeinen Überzeugung von der Richtigkeit der langjährigen Praxis mittlerweile fehlte. Damit wäre eine notwendige Voraussetzung für ein Gewohnheitsrecht zu verneinen gewesen. Dieser Gedanke wird vom Senat ausdrücklich nicht angesprochen, scheint ihm aber möglicherweise auch gekommen zu sein; denn wie um sich abzusichern, verweist er darauf, dass an der konkreten Schule, an der der Vorfall passiert war, einige Jahre zuvor bei einer Elternversammlung 80 Prozent der anwesenden Eltern mit einer körperlichen Züchtigung einverstanden gewesen sein sollen.[279] Die auf diese Art (vom Landgericht) ermittelte „Tatsachengrundlage" soll wohl die allgemeine Überzeugung von der Existenz des Gewohnheitsrechts nachweisen. Es fehlt jede kritische Reflexion darüber, dass ein Gewohnheitsrecht, dessen Berechtigung ja damals von pädagogischer Seite sowie höchstrichterlich[280] bestritten wurde, allenfalls mit seriösem statistischen Material hätte erwiesen werden können.[281] Diese Leere hinsichtlich der Argumentation fällt deshalb besonders auf, wenn man berücksichtigt, dass der Berichterstatter in diesem Verfahren Richard Busch war, der sich 1932 in Leipzig habilitiert hatte und auch als Dozent an der Universität tätig war,[282] so dass man eigentlich eine genauere juristische Aufbereitung hätte erwarten können.

---

277 BGH v. 23.10.1957 – 2 StR 458/56 (BGHSt 11, 241, 250 ff.).

278 BA, B 283/78386, Bl. 71 f. In der Akte befindet sich ein vom BGH angeforderter Erlass des Hessisch-Großherzoglichen Ministeriums des Inneren vom 19.4.1904, der offensichtlich das Gewohnheitsrecht begründen soll.

279 So hieß es auf S. 8 des landgerichtlichen Urteils (BA, B 283/78386).

280 So ja die oben dargestellte Entscheidung des 5. Senats.

281 Die öfter gebrauchte Formulierung, dass das Gewohnheitsrecht „nicht abgeschafft" worden sei, führt in die Irre, denn es geht darum, ob ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 GG gerechtfertigt ist. Da genügt wohl kaum ein Verweis in die Vergangenheit, denn wenn schon für eine gesetzliche Regelung die mit einem Gesetzesvorbehalt verbundenen Einschränkungen zu beachten sind, muss dies erst recht für ein ungeschriebenes Gewohnheitsrecht gelten.

282 Mehr zu ihm sogleich Kap. 5.4.3.

5.4.3 „Eine kleine Ohrfeige hat noch nie geschadet“

Schließlich wird auch nicht auf die von der Staatsanwaltschaft aufgeworfene Frage eingegangen,

> ob der Angeklagte gemäß seinen Pflichten als Erzieher und nach den Erkenntnissen der pädagogischen Wissenschaft in genügendem Umfang Überlegungen darüber angestellt hat, ob die einzelne Züchtigung zwingend, d. h. als äußerstes Mittel geboten war.[283]

Überdies hatte die Staatsanwaltschaft bezweifelt, dass die Züchtigung durch Schläge mit einem Rohrstock in ihrer Auswirkung überhaupt noch als ein Erziehungsmittel angesehen werden könne, insbesondere wenn sie vor der versammelten Klasse erfolgt. Den pädagogischen Aspekt hat der Senat zwar erwähnt, aber die Frage als strittig stehen gelassen, ohne dazu Stellung zu beziehen;[284] man müsse, so das Votum Buschs, eine Position einnehmen,

> die unabhängig von pädagogischen Überzeugungen anerkannt werden mußte. Sie kann nur in einer strikten Neutralität gegenüber diesen Überzeugungen bestehen.[285]

Insoweit wird verkannt, dass ohne eine pädagogische Sinnhaftigkeit ein Grundrechtseingriff kaum zu rechtfertigen ist, denn dann wäre ja die Geeignetheit des Mittels (Züchtigung), die im Rahmen der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in ein Grundrecht zu prüfen ist, schlicht nicht gegeben. Es wird in dem Vermerk Buschs durchaus gesehen, dass es eine Tendenz zur Abschaffung der Prügelstrafe und eines Züchtigungsrechts gibt, die möglicherweise auch die Schule erfassen könnte.[286] Diese Gegenansicht gänzlich abzulehnen trauten sich die Richter nicht:

> Wir wären aber schlecht beraten, wenn wir überflüssigerweise das Urteil mit Argumenten belasten wollten, die den Vorwurf reaktionärer Haltung rechtfertigen können.

Dies und die pauschalen Wertungen zu Art. 1 und Art. 2 Abs. 2 GG nähren den Verdacht, dass die Entscheidung des Senats vom Ergebnis her beeinflusst gewesen ist. Die dürftige Argumentation liegt wohl an der Auffassung des Senats, dass eine Strafbar-

---

283 BA, B 283/78386. So der Oberstaatsanwalt des Landgerichts Darmstadt im Schreiben vom 18.7.1956.

284 Das ist nicht korrekt, da die Einschränkung der Grundrechte der Schüler wohl nur gerechtfertigt gewesen wäre, wenn die Züchtigung als erzieherisch sinnvoll angesehen worden wäre.

285 Votum, S. 1. Gegen die pädagogische Sinnhaftigkeit spricht die Tatsache, dass der Lehrer unter anderem einen Schüler, der mit den Händen unter dem Tisch gespielt hatte und mehrfach abgelenkt wirkte, ins Gesicht schlug (Originalurteil, S. 5, nicht in BGHZ) oder einen anderen, weil er sich weigerte, die Teilnehmer einer Schneeballschlacht zu denunzieren (S. 6). In mehreren Fällen war es unklar, was der Anlass für Schläge mit dem Rohrstock gewesen war (S. 14). Die Gerichte glaubten jedenfalls dem Angeklagten, dass es Anlässe dafür gegeben hatte. Vor diesem Hintergrund lässt sich die Frage, ob die Züchtigungen erzieherisch wirken konnten, kaum beantworten.

286 Votum, S. 2 unter c).

keit (des Lehrers) nicht mit der Unsicherheit eines sich wandelnden Bewusstseins belastet sein dürfe. Dies geht klar aus dem Vermerk Buschs hervor:[287] Dort heißt es gleich zu Anfang, es werde nicht leicht sein, entgegen der Entscheidung des 5. Senats „Überzeugungskraft zu gewinnen".[288] Die positive Anmerkung des Rechtshistorikers Karl Siegfried Bader[289] zu der Entscheidung des 5. Senats[290] wird vom Berichterstatter des 2. Senats als „Lob des Avantgardismus" bezeichnet.[291] Diese Diffamierung eines Mannes, der schon damals als sehr integer gelten musste[292] und der eine sachlich gehaltene Anmerkung, allerdings unter Berücksichtigung aktueller pädagogischer Erkenntnisse geschrieben hatte, zeigt, wie wenig der Senat zur sachlichen Auseinandersetzung bereit war.

Daher müsse man ganz neutral auf das Gewohnheitsrecht abstellen, das noch nicht „derogiert" worden sei. Der Staat dürfe dem Lehrer nicht die Erziehungsaufgabe stellen und ihn machtlos machen gegenüber Störenfrieden.

> Es heißt hier die Augen vor der Wirklichkeit verschließen [...] und das angesichts der bewunderten Behauptung kriminalbiologischer Experten, der künftige Verbrecher könne schon im frühen Alter mit Sicherheit prognostiziert werden.[293]

Dass hier die biologistische Kriminologie (der Vorkriegszeit) auch noch bemüht wird, passt ins Bild.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass eine „mäßige" Züchtigung vom Senat für notwendig erachtet[294] und das Grundgesetz als eher störend und hier nicht „passend" empfunden wurde. Eine andere gesellschaftliche Auffassung müsse unberücksichtigt bleiben, da sie nicht relevant sei. Denn schließlich gebe es kein Gesetz zur Abschaffung des Züchtigungsrechts, wobei die Änderung des BGB mit der Abschaffung des väterlichen Züchtigungsrechts marginalisiert wird. Juristisch ist dies alles wenig überzeugend, weil die Strafbarkeit der Körperverletzung ja eindeutig im Gesetz stand

287 BA, B 283/78386.

288 BA, B 283/78386.

289 Karl Siegfried Bader war zunächst Professor für Rechtgeschichte in Mainz, bevor er 1953 einen Ruf nach Zürich annahm.

290 Bader, Straf- und Strafprozeßrecht, in: *JZ* (1954), S. 755.

291 BA, B 283/78386: „Dieser Avantgardismus ist eine einseitige Parteinahme und ungerecht."

292 Karl Siegfried Bader hatte sich in den 1930er Jahren als Anwalt für Juden eingesetzt und war nach dem Krieg von der französischen Besatzungsmacht zum Staatsanwalt ernannt worden; im Rahmen dieser Tätigkeit hatte er beispielsweise die Anklage wegen des Anschlags auf die Freiburger Synagoge vertreten. Er ist vielfach ausgezeichnet worden, unter anderen mit zwei Ehrenbürgerschaften und dem Bundesverdienstkreuz.

293 Votum, S. 4.

294 SWR Hörfunkarchiv, W1503924. In diesem Punkt stand der BGH nicht allein, genauso hatte ja die Vorinstanz entschieden, und dieser Auffassung war auch die Bundesanwaltschaft. Sympathie für das Urteil kommt auch zum Ausdruck bei Oberstaatsanwalt Kirchhoff in der Sendung SDR, *Aus der Residenz des Rechts*, 3.5.1958. In der Verfahrensakte finden sich allerdings auch viele ablehnende Meinungsäußerungen, vor allem aus der Presse, die überwiegend kritisch berichtet hat.

und lediglich die Rechtfertigung auf einer außergesetzlichen gesellschaftlichen Vorstellung beruhte, die aber mittlerweile nicht mehr Konsens war. Und auch pädagogisch befindet sich der Senat schon damals nicht ganz auf der Höhe der Zeit. Die Rechtfertigung der Prügelstrafe wird letztlich allein damit begründet, dass es sie schon immer gegeben hat, und dies wird trotz des mittlerweile in Kraft getretenen Grundgesetzes vertreten, dessen Gesetzesvorbehalt viel zu oberflächlich für einschlägig gehalten wird. Das Urteil hat nicht nur unter Juristen, sondern auch in der Bevölkerung viel Kritik geerntet, aber auch Lob erhalten, also ein unterschiedliches Echo ausgelöst.[295]

Die vorstehende ausführliche Auseinandersetzung mit den umfangreichen Ausführungen des Senats ist nicht von dem Bestreben geleitet, dem Senat Fehler nachzuweisen, sondern soll plausibel machen, dass es sich um eine am Ergebnis orientierte Entscheidung handelte, und dies wirft die Frage auf, wo die Ursachen dafür zu sehen sind. Da der 5. Senat genau anders entschieden hat, liegt es nahe, biographische Faktoren zu suchen.

Über den Vorsitzenden dieser Entscheidung Paulheinz Baldus ist bereits oben berichtet worden, seine beinahe unversöhnliche Haltung gegenüber Homosexuellen und die hier im Urteil zum Ausdruck kommende Sympathie für die Prügelstrafe sprechen für einen autoritär denkenden, wohl wenig liberalen Menschen. Auch die Tatsache, dass er in den 1940er Jahren am Feldkriegsgericht mitgewirkt hat, passt durchaus in dieses Bild. Berichterstatter Richard Busch stand dem Nationalsozialismus wohl distanziert gegenüber, war vor 1933 DVP-nah und Mitglied einer Freimaurer-Loge gewesen. Er war aber Mitglied des „Stahlhelm“ und fünf Jahre im Kriegseinsatz bei der Wehrmacht,[296] in seiner Personalakte wird er als „willensstark“ charakterisiert und ihm ein „starkes militärisches Empfinden“ bescheinigt,[297] was durchaus auch für eine autoritäre Haltung spricht. Im Übrigen könnte es eine Rolle gespielt haben, dass sowohl Busch als auch weitere an dem Urteil beteiligte Richter des 2. Senats überwiegend schon relativ alt waren: Wilhelm Dotterweich[298] und Richard Busch sind im 19. Jahrhundert geboren worden, Carlhans Scharpenseel 1907,[299] so dass sie ihre Kindheit und Jugend im Kaiserreich verbracht hatten und mit einem entsprechenden Erziehungsleitbild, für das die Prügelstrafe selbstverständlich war, groß geworden sind.[300] Für sie war, das kommt vor allem in dem Votum Buschs zum Ausdruck, eine Grund-

295 BA, B 283/78386. In der Verfahrensakte finden sich viele Zeitungsberichte sowie Zuschriften, unter anderem zig Protestschreiben von DDR-Schulen. Aber es finden sich auch vereinzelte zustimmende Stellungnahmen, unter anderem von einigen Lehrern, in denen die Verrohung der Jugend angeprangert und ein Züchtigungsrecht für angemessen erachtet wird.

296 BA, Pers 101/39941, Personalblatt.

297 BA, Pers 6/250887, Beurteilung v. 1.3.1943.

298 BA, Pers 101/48781, Personalblatt.

299 BA, Pers 101/76142, Personalblatt.

300 BA, Pers 101/40031, Personalblatt. Eine Ausnahme bildet insoweit der verfolgte Erich Schalscha, der 10 Jahre jünger war.

schule ohne ein Züchtigungsrecht des Lehrers schlicht nicht vorstellbar. Da mussten juristische Feinheiten zurückgestellt werden.

Wozu diese Haltung führte, zeigte sich bei der Züchtigung eines „Leichtbluters", der als Folge der Schläge einen schweren Gesundheitsschaden davontrug. Der Lehrer wurde freigesprochen, weil ihm zugutegehalten wurde, dass er diese Information zwar erhalten aber vergessen hatte.[301] Ob dieser Freispruch im konkreten Fall richtig gewesen ist oder nicht, soll hier nicht thematisiert werden, aber das Beispiel kann trotzdem als Beleg dafür dienen, wie wenig sinnvoll – gemessen an der rechtspolitischen Zielsetzung – die Zulassung eines Züchtigungsrechts auch damals schon war, weil unabhängig von der juristischen Wertung die Nachteile den „Nutzen" wohl deutlich überwogen haben dürften.

Die beiden gegensätzlichen Entscheidungen des 5. und des 2. Strafsenats, die nur wenige Jahre auseinander liegen, machen deutlich, wie ungenau, ja fehlerhaft es ist, von „der" Rechtsprechung des BGH zu sprechen. Die Diskrepanz in den Entscheidungen ist ein anschauliches Beispiel dafür, dass es eben oft nicht das Gesetz ist, das das Ergebnis einer Entscheidung vorgibt, sondern dass die handelnden Personen ihre Sicht vom richtigen Recht einbringen und ihr Vorverständnis letztlich Recht setzt.

5.5 Deutschland wird mobil

5.5.1 Die Regeln für den Straßenverkehr

Die zunehmende Mobilität der deutschen Gesellschaft in den 1950er Jahren bedeutete ein rasantes Wachstum des Straßenverkehrs. Während noch vor dem Zweiten Weltkrieg die Eisenbahn das Hauptverkehrsmittel war, wurde sie hinsichtlich des Güterverkehrs Anfang der 1950er Jahre durch die Lastkraftwagen abgelöst. Anschließend führte die Massenmotorisierung der Bevölkerung zu einem Boom der Personenkraftwagen bis 1960 mit einer Zunahme innerhalb eines Jahrzehnts von 400.000 auf 4,5 Millionen (im Jahr 1959).[302] Dies brachte Verkehrsunfälle in einem bisher so nicht bekannten Ausmaß mit sich, deren Zahl im Jahr 1954 bei einer halben Million lag und 1961 erstmals die Millionengrenze überstieg.[303] Eine Ursache könnte darin liegen, dass viele Autofahrer überfordert gewesen waren, zum einen wegen der immer komplexer werdenden Verhältnisse auf den Straßen, auf der anderen Seite auch aufgrund der Unerfahrenheit beziehungsweise Unkenntnis mit dem motorisierten Verkehr. Der BGH-Richter Herbert Kleinewefers hat dieses Thema in einer Rundfunksendung ange-

301 BGH v. 9.12.1959 – 2 StR 489/59 (BGHSt 14, 52).

302 1955 war der millionste Käfer vom Band gerollt (Vasek, Land der Denker, S. 59).

303 Die Zahl der Verkehrstoten stieg von gut 10.000 bis 1970 auf fast 20.000, s. Praxenthaler, Sicherheit, S. 190 f.

sprochen und der Hoffnung Ausdruck verliehen, dass die vom BGH „entwickelten Grundsätze allmählich weiteren Kreisen bekannt werden.“[304]

Ganz ähnlich äußerte sich seine Senatskollegin Elisabeth Krumme, die auf die Fülle neuer Rechtsprobleme in diesem Zusammenhang hinwies. Außerdem fehlte bei den Verkehrsteilnehmern noch eine allgemeine Routine,[305] sie mussten sich erst an die Verkehrsregeln gewöhnen, diese waren noch nicht internalisiert, ja teilweise noch nicht einmal konkret festgelegt. Es ist daher wenig erstaunlich, wenn das Straßenverkehrsrecht in zunehmendem Maße die Gerichte und damit gleich zu Beginn der 1950er Jahre auch den BGH beschäftigte. Sowohl im Zivil- als auch im Strafrecht waren verschiedene Senate mit Verkehrsunfällen beziehungsweise ihren Folgen befasst, besonders häufig der ab 1955[306] für Verkehrsstrafsachen zuständige 4. Strafsenat.[307]

So wurde etwa das Verhalten und die Sorgfaltsmaßstäbe für den Fahrzeugführer im Straßenverkehr konkretisiert,[308] der Überhol- und der Abbiegevorgang,[309] diverse Vorfahrtskonstellationen[310] und deren Geltungsbereich, ferner das Verhältnis von Kraftfahrzeugfahrer und Fußgänger,[311] mit letzteren hatte sich der BGH sogar öfter zu beschäftigen.[312] Der Senat setzte sich, wie Elisabeth Krumme es ausdrückte, zum Ziel, „den Verkehr möglichst zügig zu gestalten, um die Verkehrsdichte aufzulockern und vor allem den Berufsfahrern die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern.“[313]

Ein Beispiel, mit dem die Richter dieses Ziel umsetzten: Beim Linksabbiegen müsse der Fahrzeugführer sich vorher zur Fahrbahnmitte einordnen, weil so die „mit dem Überqueren der Fahrbahn verbundenen Schwierigkeiten von allen Beteiligten

304 SWR Hörfunkarchiv, W0111869.

305 Daher wurde auch eine Sorgfaltspflicht dahingehend gefordert, mit dem verkehrswidrigen Verhalten anderer Verkehrsteilnehmer zu rechnen (BGHSt 14, 95).

306 Der Senat war zuständig gewesen für die Revisionen des OLG Hamm und damit für das rheinisch-westfälische Industriegebiet mit der schon damals größten Verkehrsdichte; deshalb hat man ihm die Verkehrsstrafsachen speziell zugewiesen.

307 Diese Materie machte etwa 20–25 Prozent des Pensums dieses Senats aus.

308 BGH v. 8.7.1952 – 1 StR 195/52 (BGHSt 3, 49, 54); BGH v. 29.8.1952 – 2 StR 330/523 (BGHSt 3, 62); BGH v. 17.12.1953 – 3 StR 520/5 (BGH St 5, 271); BGH v. 25.2.1954 – 4 StR 796/53 (BGHSt 5, 392); BGH v. 12.7.1954 – VGS 1/54 (BGH St 7, 118); rückwärts ausfahren aus Grundstück: BGH v. 1.4.1952 – 1 StR 883/51 (BGHSt 2, 226): blenden durch Fernlicht: BGH v. 17.9.1958 – 4 StR 235/58 (BGHSt 12, 81).

309 Viele Entscheidungen zum Vorgang des Linksabbiegens: BGH v. 27.10.1955 – 4 StR 357/55 (BGHSt 8, 285), geändert durch BGH v. 20.3.1958 – 4 StR 43/58 (BGHSt 11, 296); BGH v. 10.7.1958 – 4 StR 159/58 (BGHSt 12, 21); BGH v. 4.10.1960 – 4 StR 358/60 (BGHSt 15,178); BGH v. 13.9.1961 – 4 StR 276/61 (BGHSt 16, 255); zum Abbiegen allgemein: BGH v. 12.6.1958 – 4 StR 141/58 (BGHSt 11, 357); BGH v. 15.3.1961 – 4 StR 58/61 (BGHSt 16, 19).

310 BGH v. 5.2.1958 – 4 StR 704/57 (BGHSt 11, 219); BGH v. 7.1.1959 – 4 StR 313/58 (BGHSt 12, 320); BGH v. 13.11.1959 – 4 StR 434/59 (BGHSt 13, 368); BGH v. 13.5.1959 – 4 StR 138/59 (BGHSt 13, 129).

311 BGH v. 14.12.1950 – III ZR 189/50 (BGHZ 1, 21).

312 BGH v. 11.7.1957 – 4 StR 160/57 (BGHSt 10, 369) (Gehen auf Straßen außerhalb von Ortschaften).

313 Krumme, Die Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 358.

am besten gemeistert werden könnten und der Geradeausverkehr am wenigsten aufgehalten würde.“[314]

Die Pflichten des Autofahrers vor Fahrtantritt[315] sowie beim Abstellen des Fahrzeugs wurden konkretisiert,[316]das Verhalten auf den Bundesautobahnen war immer wieder Gegenstand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, zum Beispiel dass auf ihnen Anhalten genauso wenig erlaubt ist wie das Rechtsüberholen.[317]

Die noch heute Probleme bereitende Fahruntüchtigkeit wegen Alkoholeinflusses hat den BGH häufig beschäftigt bei Fahrzeugführern,[318] Kraftradfahrern[319] sowie Radfahrern.[320] Bei 1,5 Promille bestehe, so die Senate, eine absolute Fahruntauglichkeit, die auch nicht durch eine individuelle Fähigkeit (Fahrprobe) entkräftet werden könne.[321] Senatsmitglied Herbert Kleinewefers berichtete über die dem Senat zur Entscheidung vorliegenden Sachverhalte und meinte, es sei den Fahrern oft gar nicht bewusst gewesen, dass sie fahruntauglich waren.[322] Um die von Alkoholfahrten ausgehenden Gefahren einzudämmen, wurden nicht nur die Fahrzeugführer in die Pflicht genommen: Die Garantenstellung des Gastwirtes[323] beziehungsweise des Halters[324] gegenüber alkoholisierten Fahrern wurde als strafrelevant eingestuft, erst recht, wenn der Halter eines Personenkraftwagens als Beifahrer mitfuhr,[325] und nachvollziehbar war die Wettfahrt mit einem alkoholisierten Motorradfahrer strafbar.[326] Wer sich zu einem angetrunkenen Fahrer in den Wagen setze, willige möglicherweise konkludent in einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit ein, müsse sich aber auf jeden Fall auch ein Mitverschulden anrechnen lassen.[327] War ein Verkehrsteilnehmer so stark alkoholisiert, dass die Grenze der Schuldunfähigkeit erreicht war, konnte er zwar nicht wegen eines Verkehrsdelikts, aber wegen einer Rauschtat belangt werden.

---

314 BGH v. 20.3.1958 – 4 StR 43/58 (BGHSt 11, 296). Das gelte auch bei einem Abbiegevorgang in eine Hauseinfahrt.

315 BGH v. 11.2.1955 – 1 StR 478/54 (BGHSt 7, 307); BGH v. 12.12.1956 – 4 StR 481/56 (BGHSt 10, 52) (Reifen); BGH v. 19.7.1957 – 4 StR 286/57 (BGHSt 10, 338) und BGH v. 12.5.1961 – 4 StR 90/61 (BGHSt 16, 89) (zur Beleuchtung); BGH v. 29.5.1957 – 2 StR 195/57 (BGH St 10, 333) (Trunkenheit des Beifahrers); BGH v. 10.7.1958 – 4 StR 180/58 (BGHSt 12, 75).

316 BGH v. 17.5.1960 – 4 StR 155/60 (BGHSt 14, 302); BGH v. 23.3.1962 – 4 StR 475/6 (BGHSt 17, 181).

317 Rechtsüberholen auf Autobahn: BGH v. 7.1.1959 – 4 StR 473/58 (BGHSt 12, 258); Nötigung auf der Autobahn: BGH v. 4.3.1964 – 4 StR 529/63 (BGHSt 19, 263).

318 BGH v. 5.11.1953 – 3 StR 504/53 (BGHSt 5, 168); BGH v. 11.4.1957 – 4 StR 482/56 (BGHSt 10, 265).

319 BGH v. 20.3.1959 – 4 StR 306/58 (BGHSt 13, 83); BGH v. 6.3.1959 – 4 StR 517/58 (BGHSt 13, 278).

320 BGH v. 7.8.1963 – 4 StR 270/63 (BGHSt 19, 82): Frage des Einzelfalles, keine feste Grenze.

321 BGH v. 5.11.1953 – 3 StR 504/53 (BGHSt 5, 168; BGH v. 11.4.1957 – 4 StR 482/56 (BGHSt 10, 265).

322 SWR Hörfunkarchiv W0111869. Kleinewefers im SDR.

323 BGH v. 22.1.1953 – 4 StR 417/52 (BGHSt 4, 20); BGH v. 13.11.1963 – 4 StR 267/63 (BGHSt 19, 152).

324 BGH v. 12.9.1952 – 1 StR 349/52 (BGHSt 3, 175).

325 BGH v. 25.11.1959 – 4 StR 424/59 (BGHSt 14, 24).

326 BGH v. 25.1.1955 – 2 StR 366/54 (BGHSt 7, 112).

327 BGH v. 9.10.1952 – III ZR 282/51 (VersR 1952, 420); BGH v. 14.3.1961 – VI ZR 189/59 (BGHZ 34, 355 = *NJW* (1961), S. 655).

Worin sollte genau die Schuld des Täters liegen? Der 5. Senat sah als vorwerfbares Verhalten das Berauschen an, weil die Norm die Gefahren bekämpfen wolle, die von Betrunkenen ausgehe. Damit gehöre die Vorhersehbarkeit einer späteren Rauschtat zum Tatbestand, diese verstehe sich aber in der Regel von selbst.[328]

In vielen Entscheidungen ging es um das Delikt der Unfallflucht,[329] einschließlich des Verhältnisses zur unterlassenen Hilfeleistung.[330] Für die unterlassene Hilfeleistung (§ 330 c StGB aF) stellte sich die Frage, ob die in der Norm enthaltene Verweisung auf das „gesunde Volksempfinden", die 1935 eingeführt worden war, weiter angewandt werden sollte. Der 4. Strafsenat meinte, dass die mit diesem Begriff vorzunehmende Abgrenzung zwischen der strafwürdigen und der nicht strafwürdigen Untätigkeit, das heißt die Frage der Zumutbarkeit helfenden Eingreifens mittels des allgemeinen Rechtsempfindens zu treffen sei, und in diesem Sinne könne der Begriff durchaus weiterverwendet werden.[331] Die gefundenen Ergebnisse waren dann auch nachvollziehbar.

Im Bereich der Unfallflucht waren die BGH-Senate streng. Begangen werde der Straftatbestand beispielsweise, wenn der Verursacher eines Unfalls, ohne Feststellungen seiner Personalien zuzulassen, sein Fahrzeug zurücklässt und sich darauf beruft, mit dem Kennzeichen sei er ja zu ermitteln.[332] Strafbar mache sich des Weiteren, wer einen Unfall verursacht und erst auf der Weiterfahrt Kenntnis von dem Unfall erlangt, aber nicht an den Unfallort zurückkehrt,[333] ebenso wer zwar an den Unfallort zurückkehrte, dort aber die Polizei täuschte, in dem er angab, Zeuge des Unfalls gewesen zu sein.[334] Die Schwere des verursachten Schadens solle bei der Strafzumessung eine Rolle spielen,[335] strafschärfend wirke sich außerdem ein sogenannter Nachtrunk aus.[336]

Dogmatisch grundlegend war die Entscheidung des Großen Zivilsenats, mit der dieser festgelegte, dass verkehrsrichtiges Verhalten, auch wenn es einen anderen schädigt, nicht rechtswidrig sei und keine Schadensersatzpflicht auslöst.[337] Ebenfalls von weitreichender Bedeutung war die Ablehnung einer Ursächlichkeit verkehrswidrigen Verhaltens für einen schädlichen Erfolg, wenn dieser auch bei verkehrsgerechtem Verhalten eingetreten wäre.[338] Dies wurde angenommen vom 4. Strafsenat unter

328 BGH v. 7.5.1957 – 5 StR 127/57 (BGHSt 10,247): Motorradfahrer.

329 BGH v. 12.3.1953 – 3 StR 819/52 (BGHSt 4, 144) stellte bereits wesentliche, noch heute maßgeblichen Aspekte fest. Der 4. Senat (BGH v. 26.5.1955 – 4 StR 148/55, BGHSt 8, 263) schränkte den Tatbestand ein: Wenn nur das Fahrzeug des Verursachers geschädigt wurde, sei er nicht erfüllt, was aber nicht gelte, wenn der Wagen nicht dem Fahrer gehört (BGH v. 28.6.1956 – 4 StR 175/56 (BGHSt 9, 267)).

330 BGH v. 10.11.1953 – 1 StR 227/53 (BGHSt 5, 124).

331 BGH v. 28.6.1951 – 4 StR 270/51 (BGHSt 1, 266, 268).

332 BGH v. 21.6.1961 – 4 StR 544/60 (BGHSt 16, 139).

333 BGH v. 20.1.1960 – 4 StR 292/59 (BGHSt 14, 89).

334 BGH v. 8.4.1960 – 4 StR 2/60 (VRS 18, 430, 436 zu 3c).

335 BGH v. 17.9.1958 – 4 StR 165/58 (BGHSt 12, 253).

336 BGH v. 9.2.1962 – 4 StR 519/61 (BGHSt 17, 143).

337 BGH v. 4.3.1957 – GSZ 1/56 (BGHZ 24, 21).

338 BGH v. 25.9.1957 – 4 StR 354/57 (BGHSt 11, 1). Berichterstatterin war Elisabeth Krumme.

dem Vorsitz von Eberhard Rotberg bei einem Unfall eines Lastwagenfahrers, der einen Fahrradfahrer mit zu geringem Abstand überholt hatte. Der unfallbedingte Tod des Radfahrers war nach menschlichem Ermessen wohl auf seine alkoholbedingte absolute Fahruntüchtigkeit zurückzuführen. Es müsse allerdings eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit dafür bestehen, dass der Erfolg bei pflichtgemäßem Verhalten ausgeblieben wäre.

Während es bei den erwähnten Entscheidungen um ein Verhalten ging, das noch als Verkehrsausübung bezeichnet werden kann, gab es die Fälle, in denen der Personenkraftwagen missbraucht wurde, was als „Eingriff in den Straßenverkehr“ im Jahr 1953 gemäß § 315 a StGB aF[339] unter Strafe gestellt wurde. Dieser Straftatbestand wurde in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 1954 noch weit ausgelegt; für eine Gefährdung des Straßenverkehrs ließ der Senat die Individualgefahr genügen, etwa bei der Gefährdung der Pkw-Insassen bei einer Trunkenheitsfahrt[340] oder bei einem Angriff auf einen Taxifahrer durch seinen Fahrgast.[341] Auch wurde eine Gemeingefahr bejaht bei einer Alkoholfahrt auf schneebedeckter Fahrbahn, selbst wenn die Fahrweise im konkreten Fall nicht zu beanstanden war.[342] In der zweiten Hälfte der 1950er Jahre nahm der 4. Senat eine Begrenzung vor: Eine reine Individualgefahr reiche nicht aus, die bloße Gefährdung des selbst gefahrenen Fahrzeugs stelle keinen Eingriff in den Straßenverkehr dar. Selbst wenn der Wagen nicht dem Täter gehört, reiche die Gefährdung dieser einen Sache nicht.[343] Das Gleiche gelte, wenn lediglich Verwandte mit im Auto saßen; auch in einem solchen Fall sei eine Gemeingefahr zu verneinen.[344] Erst wenn ein nicht abgrenzbarer Personenkreis gefährdet werde, etwa bei einer Busfahrt,[345] sei eine Gemeingefahr anzunehmen. Ein Angriff, der sich konkret gegen nur einen einzelnen Polizisten richte, falle nicht unter die Norm.[346] Dieser Ausschluss der Individualgefahr ist als zu eng kritisiert[347] und vom Gesetzgeber im Jahr 1964 korrigiert worden.[348]

Beim „Hindernis-bereiten“ hat der 4. Senat stets eine weite Auffassung vertreten,[349] beim Wenden auf der Autobahn sei der Tatbestand gegeben.[350] Ausreichend war ferner das ungenügend gesicherte Abstellen auf abschüssiger Straße durch einen

339 Gesetz v. 19.12.1952. Dies wurde später in § 315 b StGB geregelt.
340 BGH v. 23.2.1954 – 1 StR 671/53 (BGHSt 6, 100).
341 BGH v. 29.4.1954 – 4 StR 837/53 (BGHSt 6, 82).
342 BGH v. 30.6.1955 – 4 StR 127/55 (BGHSt 8, 28).
343 BGH v. 18.12.1957 – 4 StR 554/75 (BGHSt 11, 148): Der alkoholisierte Fahrer war allein im Wagen; ähnlich (zu § 1 StVO): BGH v. 9.1.1959 – 4 StR 490/58 (BGHSt 12, 282).
344 BGH v. 16.1.1958 – 4 StR 652/57 (BGHSt 11, 199).
345 BGH v. 16.1.1958 – 4 StR 652/57 (BGHSt 11, 199).
346 BGH v. 1.7.1960 – 4 StR 205/60 (BGHSt 14, 395).
347 So auch der BGH-Richter Christian Mayr, Straßenverkehrsgefährdung, S. 274.
348 Gesetz v. 26.11.1964 (BGBl I, 1964, 921).
349 BGH v. 26.5.1955 – 4 StR 117/55 (BGHSt 7, 379).
350 BGH v. 23.6.1960 – 4 StR 167/60.

betrunkenen Fahrer[351] und auch der Versuch, einer Polizeikontrolle dadurch zu entgehen, dass der Fahrer in Schlangenlinien sein Fahrzeug lenkt, sei ein Eingriff in den Straßenverkehr.[352] Aber es gab auch Grenzen: Ein unzulässiger Überholvorgang bereite kein Hindernis,[353] genau so wenig die Missachtung der Vorfahrt, die aber gleichwohl – wegen einer denkbaren Gemeingefahr – unter die Vorschrift fallen könne.[354]

Hinsichtlich der Rechtsfolgen ist bis heute der Entzug der Fahrerlaubnis die wohl am meisten gefürchtete Sanktion, die nicht nur zulässig war im Falle der Ungeeignetheit zum verkehrssicheren Führen eines Fahrzeugs, sondern auch bei charakterlicher Unzuverlässigkeit,[355] so dass letztlich die gesamte Persönlichkeit zu bewerten ist. Es komme, so der Senat, nicht nur auf die konkret vorgeworfene Tat an, sondern auf die gesamte Persönlichkeit des Fahrers.[356] Die Entziehung der Fahrerlaubnis war auch bei einem Freispruch wegen Unzurechnungsfähigkeit möglich, knüpfte also nicht immer an ein Verschulden an.[357] Eine Sperrfrist, im konkreten Fall das Verbot, jemals eine Fahrerlaubnis zu erlangen, sei auch möglich gegenüber Personen, die gar keine Fahrerlaubnis besitzen, so der Große Senat für Strafsachen im Jahr 1955.[358] Häufiges Fahren ohne Fahrerlaubnis rechtfertige allerdings noch nicht den Schluss auf einen gefährlichen Gewohnheitstäter.[359]

Alles in allem hat der BGH in einem Rechtsgebiet, das für einen zunehmend größeren Anteil der Bevölkerung wichtig wurde, Rechtssicherheit geschaffen. Die Notwendigkeit einer Vereinheitlichung der Rechtsprechung war hier gerade deshalb besonders dringlich, weil der motorisierte Verkehr erst nach dem Zweiten Weltkrieg zu einer Massenerscheinung wurde und sowohl die Verkehrsregeln als auch die Sorgfaltsmaßstäbe noch nicht ins allgemeine Bewusstsein gedrungen waren. Die BGH-Rechtsprechung war auf diesem Gebiet also besonders wirkmächtig. Das besondere Bedürfnis nach einer Rechtseinheit wird auch dadurch untermauert, dass von den Vorlagen der Oberlandesgerichte, die (gemäß § 121 Abs. 2 GVG) vorgesehen waren, wenn ein Oberlandesgericht von einem anderen Oberlandesgericht oder vom BGH abweichen wollte, ein großer Teil das Straßenverkehrsrecht betraf: Von insgesamt 113 solcher Vorlagen in den ersten neun Jahren betrafen allein 36 dieses Rechtsgebiet, also fast ein Drittel.[360] Und diese Rolle zur Rechtsvereinheitlichung hat der BGH, vornehmlich der 4. Strafsenat, so gut es ging ausgefüllt. Neben den bereits erwähnten Elisabeth Krumme und Herbert Kleinewefers, wären noch Eberhard Rotberg zu nennen,

351 BGH v. 29.7.1964 – 4 StR 236/64 (BGHSt 19, 371).
352 BGH v. 26.5.1955 – 4 StR 117/55 (BGHSt 7, 379).
353 BGH v. 4.2.1954 – 4 StR 551/53 (BGHSt 5, 297). Dadurch werde kein Hindernis bereitet.
354 BGH v. 25.2.1954 – 4 StR 796/53 (BGHSt 5, 342).
355 BGH v. 5.11.1953 – 3 StR 542/53 (BGHSt 5, 179); s. a. BGH v. 14.12.1954 – 3 StR 330/54 (BGHSt 7, 165).
356 BGH v. 5.11.1953 – 3 StR 504/53 (BGHSt 5, 168).
357 BGH v. 16.12.1959 – 4 StR 484/59 (BGHSt 14, 68).
358 BGH v. 7.11.1955 – GSSt 2/55 (BGHSt 10, 94).
359 BGH v. 6.9.1963 – 4 StR 325/63 (BGHSt 19, 98).
360 Nachweis bei: Krumme, Die Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 352.

der ja auch zusammen mit Kleinewefers einen Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht herausgegeben hat,[361] sowie Heinrich Jagusch, der nach seinem Ausscheiden aus dem Staatsschutzsenat im 4. Strafsenat in vielen Straßenverkehrssachen mitgewirkt und sich als ein Experte auf diesem Rechtsgebiet einen Namen gemacht hat, unter anderem als Autor eines bekannten Handbuchs zum Straßenverkehrsrecht.[362] Dass Elisabeth Krumme eine chaotische Fahrerin gewesen sein soll, hat der sinnvollen Rechtsprechung jedenfalls keinen Abbruch getan, genauso wenig wie die Tatsache, dass Max Güde keinen Führerschein besessen hat.

5.5.2 Das KfZ-Schadensersatzrecht

Die quantitativ zunehmenden Verkehrsunfälle führten zu einer Zunahme an Revisionsverfahren beim BGH und warfen auch im Zivilrecht viele neue Rechtsfragen auf, konkret waren damit der für das allgemeine Schadensrecht zuständige III. und der für das Deliktsrecht zuständige VI. Zivilsenat befasst.

Die Haftung

Die Reichweite der verschuldensunabhängigen Haftung des Fahrzeughalters ist gem. § 7 StVG dahingehend umschrieben, dass die Verursachung eines Schadens *„bei Betrieb eines Kraftfahrzeugs“* erfolgte. Der BGH entschied sich für eine funktionelle Betrachtung und hat damit den Betriebsbegriff weit gefasst. Eine Haftung des Halters bestand (und besteht) auch, wenn der Motor nicht (mehr) betätigt wird, sie war also gegeben, wenn ein Kraftfahrzeug auf einer Straße wegen Motorschadens liegen blieb, selbst wenn dieser Zustand länger anhielt.[363] Konsequent war es, dass dies dann auch für das Anschieben eines Fahrzeugs ohne Betätigung des Motors galt.[364] Damit wurde in Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts auch der ruhende Verkehr erfasst. Und die Halterhaftung wurde auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Fahrzeugführer den Wagen für eine vorsätzliche Tötung missbrauchte.[365]

Es war anerkannt, dass bei der Anrechnung eines Mitverschuldens des Geschädigten (gem. § 254 BGB) auch eine Gefährdungshaftung zu berücksichtigen ist, jedenfalls dann, wenn der Geschädigte seinerseits auch ohne Verschulden haften würde.[366] Der als Insasse geschädigte Halter eines Unfallfahrzeugs musste sich daher die Halterhaf-

361 Der Kommentar hat bis 1959 vier Auflagen erlebt.

362 Jagusch übernahm das von Johannes Floegel begründete Standardwerk 1968 (17.Aufl.) und führte es bis Anfang der 1980er Jahre fort.

363 BGH v. 9.1.1959 – VI ZR 202/57 (BGHZ 29, 163).

364 BGH v. 29.3.1960 – 4 StR 55/60 (BGHSt 14, 185) (Anschieben).

365 BGH v. 3.7.1962 – VI ZR 184/61 (BGHZ 37, 311).

366 BGH v. 3.7.1962 – VI ZR 184/61 (BGHZ 37, 320) mit Nachweisen über die Reichsgerichts-Rechtsprechung.

tung gem. § 7 StVG als „Mitverschuldensanteil“ entgegenhalten lassen.[367] Letztlich waren es Billigkeitsgesichtspunkte, die den III. Senat zu dieser Auffassung bewegten, da der Geschädigte einem Dritten gegenüber ja auch zusammen mit dem Schädiger haften würde. Kein Mitverschulden nahm der Senat an bei der Trunkenheit eines Fahrers eines Motorrades, der mit einem Autofahrer kollidierte, der die Vorfahrt missachtet hatte.[368] Hier fehle es an der Kausalität der Trunkenheit, da der Schaden auch entstanden wäre, wenn der Geschädigte nüchtern gewesen wäre, es griff der oben geschilderte Grundsatz des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Der Ausnahmecharakter der Gefährdungshaftung gegenüber der sonst im BGB üblichen Verschuldenshaftung hat den BGH veranlasst, die Norm nicht im Wege der Analogie auf andere Bereiche auszudehnen.[369]

Die Schadensberechnung

Gemäß § 249 BGB hat der an einem Verkehrsunfall Schuldige Schadensersatz zu leisten, das heißt er hat nach dem Grundsatz der Naturalrestitution den Zustand wiederherzustellen, der vor dem Unfall bestand, also den beschädigten Wagen zu reparieren beziehungsweise die Kosten für eine Reparatur zu tragen. Als schwierig erwies sich die Bestimmung der Höhe des Schadensersatzes. Eine Berechnung ist noch relativ einfach, wenn konkrete Kosten angefallen sind, in der Regel in diesem Zusammenhang die Reparaturrechnung. Aber Probleme ergeben sich, wenn die Reparatur (noch) nicht durchgeführt worden ist oder das Fahrzeug gar nicht repariert wurde. Die fiktive Abrechnung eines Schadens ist zwar kein genereller Grundsatz und ist es zum Beispiel für Körperschäden heute noch nicht (keine Arztkosten, wenn der Verletzte nicht zum Arzt geht!). Für Sachschäden wurde eine solche fiktive Abrechnung letztlich aber allgemein anerkannt; der Geschädigte sei in der Verwendung des Geldbetrages, den er als Schadensersatz erhält, frei. Insoweit dient dann ein Kostenvoranschlag als Grundlage für die Bemessung. Durchgesetzt hat sich die Auffassung des BGH, dass der nach einer Reparatur verbleibende merkantile Minderwert des Fahrzeugs auszugleichen ist, selbst dann, wenn das Fahrzeug nicht verkauft, sondern weiter benutzt wird,[370] obwohl sich dann der Minderwert nicht manifestiert.

Zum Schaden gehören auch die Kosten für ein Ersatzfahrzeug während der Zeit der Reparaturdauer, umstritten war aber, ob auch für diesen Schadensfaktor eine fiktive Berechnung zulässig ist, ob also der Betrag für die Mietwagenkosten auch zu ersetzen ist, wenn gar kein Mietwagen genommen wird. Das dahinterstehende dogmati-

367 BGH v. 23.6.1952 – III ZR 297/51 (BGHZ 6, 319).

368 BGH v. 2.2.1960 – VI ZR 21/59 (VersR 1960, 479).

369 Kritisch: Deutsch, Die Gefährdungshaftung, S. 679.

370 BGH vom 3.10.1961 – VI ZR 238/60 (BGHZ 35, 396); BGH v. 2.12.1966 – VI ZR 72/65 (VersR 1967, 183): Zeitpunkt der Schadensberechnung sei die Inbetriebnahme des Fahrzeugs nach der Reparatur. Würde man einen späteren Zeitpunkt wählen (um zu berechnen, wie lange der Geschädigte den Wagen weiter nutzt), würde der Schädiger dafür, dass er mit der Schadensbegleichung im Verzug ist, belohnt.

sche Problem besteht darin, dass in diesem Fall zumindest unmittelbar kein Vermögensschaden gegeben ist, sondern die Einbuße des Geschädigten in der fehlenden Nutzungsmöglichkeit seines Personenkraftwagens liegt. Und Nichtvermögensschäden waren nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht zu ersetzen (§ 253 BGB aF). Der III. Senat hat in einer Entscheidung im Jahr 1963 einen Anspruch gleichwohl anerkannt und einen Vermögensschaden bejaht.[371] Um das zu begründen, musste das Gericht allerdings einige gedankliche Verrenkungen machen. Der Begriff „Schaden" sei nicht juristisch, sondern wirtschaftlich zu verstehen, und die fehlende Nutzungsmöglichkeit sei nicht nur persönlich, sondern auch wirtschaftlich nachteilig. Denn der Käufer eines Wagens, den man erst später nutzen könne, würde auch weniger dafür zahlen.[372] Nun hängt der Wert eines Wirtschaftsgutes und seine Nutzung immer eng zusammen, denn für einen Kühlschrank, den man nicht nutzen kann, würde ein Kunde auch nichts bezahlen. Letztlich passt der Vergleich des BGH nicht so ganz, da es bei der Abrechnung von fiktiven Mietwagenkosten darum geht, dass der Geschädigte ja gerade auf die Nutzung verzichtet, indem er keinen Ersatzwagen anmietet. Es wird gerade nicht Ersatz für die Nutzung gewährt, sondern ein Nichtvermögensschaden ersetzt. Eine zweite Überlegung des Senats geht in die Richtung, ein Autokauf erfolge auch, „um seine Zeit rationeller zu verwenden." Dass mit dem Erwerb eines KfZ Nutzungsmöglichkeiten „erkauft" werden, ist sicher zutreffend beschrieben, gilt aber für eine unendliche Zahl von Produkten.

Jedenfalls hat der VI. Senat drei Jahre später die geschilderte Auffassung des III. Senats übernommen[373] und als Argument hinzugefügt, dass es im Vergleich zu einem Kunstwerk bei den Pkw „Maßstäbe zur geldmäßigen Bemessung" gebe.[374] Damit war ein Sonderrecht für den Automobilschadensersatz geschaffen, für den sich schon bald der Begriff der Kommerzialisierung herausgebildet hat, der dann auch bei anderen Gütern zum Einsatz gekommen ist.[375] Die Grenze zwischen den Vermögensschäden und den Nichtvermögensschäden wurde durch diesen Kommerzialisierungsgedanken entscheidend verschoben, vielleicht sogar aufgelöst.[376] Ob dies als Fortschritt zu beurteilen ist, ist Ansichtssache.

371 BGH v. 30.9.1963 – III ZR 137/62 (BGHZ 40, 345).

372 BGH v. 30.9.1963 – III ZR 137/62 (BGHZ 40, 345, 348).

373 BGH v. 15.4.1966 – VI ZR 271/64 (BGHZ 45, 212).

374 BGH v. 15.4.1966 – VI ZR 271/64 (BGHZ 45, 217).

375 Zur Berechnung: BGH v. 18.5.1971 – VI 52/70 (BGHZ 56, 214). Bereits im Jahr 1956 hat der III. Senat unter dem Vorsitz von Geiger den „ungestörten und erholsamen Genuss" eines Urlaubs für entschädigungswert erachtet und dies mit der Kommerzialisierung einen Vermögensschaden begründet (BGH v. 7.5.1956 – III ZR 243/54, *NJW* (1956), S. 1234).

376 Bereits im Seereise-Fall wurde der Kommerzialisierungsgedanke angewandt, indem der entgangene Urlaubsgenuss entschädigt wurde, weil der Kläger durch die Buchung der Reise einen „ungestörten und erholsamen Genuss" erkauft hätte, der dadurch beeinträchtigt worden war, dass er zehn Tage ohne Koffer reisen musste (BGH v. 7.5.1956 – III ZR 243/54 (*NJW* (1956), S. 1234).

Unabhängig von der Überzeugungskraft der Argumente führte diese Entwicklung zu weiteren Rechtsfragen, zum Beispiel zu komplizierten Berechnungen des Schadens[377] oder der Frage, inwieweit der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nutzungsausfalls einen Nutzungswillen und eine Nutzungsmöglichkeit voraussetzt.[378] Daran würde es fehlen, wenn der Geschädigte in der fraglichen Zeit eine Kreuzfahrtreise unternimmt. Die Notwendigkeit einer Nutzungsmöglichkeit hat der BGH bejaht, weil er glaubte, mit der Einschränkung des Schadensersatzes werde einer Ausnutzung des Unfalls zur Gewinnerzielung vorgebeugt, was sich aber in der weiteren Entwicklung als nicht ganz realistisch erwiesen hat. Besonders strittig war beispielsweise die Frage, ob die fehlende Möglichkeit der Nutzung auch dann den Schaden ausschließt, wenn der Geschädigte unfallbedingt den Wagen nicht nutzen konnte, etwa weil er im Krankenhaus liegt.[379] Dies hat der VI. Senat bejaht, weil es sonst an der „Fühlbarkeit der Einschränkung“ fehle. Allerdings reicht es (für die Fühlbarkeit) aus, wenn ein anderer Angehöriger das Fahrzeug genutzt hätte. Um die Schadensberechnung in diesem Bereich nicht zu sehr auf die Spitze zu treiben, sollte bei der Anmietung eines billigeren Ersatzfahrzeugs nicht auch noch eine Differenz bezahlt werden.[380] Schließlich kann ein Unternehmer bei Beschädigung zum Beispiel eines Linienomnibusses die anteiligen Kosten erstattet erhalten, die ihm durch die vorsorgliche Anschaffung eines Reservewagens entstanden sind – die sogenannten Vorhaltekosten.[381]

Im Ergebnis haben die Zivilsenate ein Sonderrecht für den Schadensersatz bei Straßenverkehrsunfällen mit Kraftfahrzeugen entwickelt, was möglicherweise auch dadurch gefördert wurde, dass auf Seiten des Schädigers in der Regel eine Versicherung einspringt. Die Folgen waren mitunter Auswüchse bei der Schadensabrechnung, die nur schwer einzugrenzen sind.[382] Mittlerweile ist die Übertragung des darin zum Ausdruck kommenden Kommerzialisierungsgedankens auf andere Rechtsgüter anerkannt, bei denen im Falle einer Beschädigung ebenfalls ein Nutzungsersatz gewährt wird.

Menschlich schwierig waren die Fälle zu entscheiden, in denen Schadensersatzansprüche geltend gemacht wurden, weil ein Familienangehöriger bei einem Verkehrsunfall getötet worden war. Grundsätzlich bestand bei Tötung eines Ehegatten ein Anspruch des anderen Ehegatten auf Ersatz der Kosten, die durch den Wegfall des unterhaltsverpflichteten beziehungsweise des haushaltsführenden Gatten entstanden

377 Es war umstritten, welche Kosten der Mietwagenfirma (etwa deren Gewinn) vorweg abzuziehen sind und wie die Ersparnis des Geschädigten zu berechnen ist (s. BGH v. 3.6.1969 – VI ZR 27/68 (VersR 1969, 828).

378 Beides bejaht in: BGH v. 13.12.1965 – III ZR 6264 (VersR 1966, 192). Für eine fehlende Nutzungsmöglichkeit aus unfallunabhängigem Grund: BGH v. 15.4.1966 – VI ZR 271/64 (BGHZ 45, 212).

379 Bejaht von BGH v. 7.6.1968 – VI ZR 40/67 (VersR 1968, 803).

380 BGH v. 22.12.1956 – VI ZR 72/65 (VersR 1967, 183).

381 BGH v. (BGHZ 32, 280); BGH v. 13.12.1965 – III ZR 62/64 (VersR 1966, 192).

382 Zu den komplizierten Berechnungsmethoden anhand von Tabellen: BGH v. 3.6.1969 – VI ZR 27/68 (VersR 1969, 828).

waren.[383] Da ein Mitverschulden des Geschädigten jeweils zu berücksichtigen war, musste sich der Überlebende eine mögliche Halterhaftung des Getöteten anrechnen lassen. Ferner müsse sich die Witwe Einkünfte, die sie aus eigenem Erwerb hätte erzielen können, anrechnen lassen.[384] Bei der Tötung einer zwölfjährigen Tochter müsse überlegt werden, ob eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür bestehe, dass diese dem Anspruchsteller hätte unterhaltspflichtig werden können, was den Schaden mindere.[385] Ein Schadensersatz (aus § 844 Abs. 2 BGB) bestehe auch zu Gunsten des Kindes einer getöteten nicht verheirateten Mutter, weil dem Kind durch den Tod der Mutter Leistungen der Personensorge entzogen wurden.[386]

Mehrere Schädiger

Schließlich noch ein Blick auf die nicht ganz seltene Konstellation, dass mehrere Schädiger gemeinsam für einen Schaden verantwortlich sind. Grundsätzlich haften diese als Gesamtschuldner, so dass der Geschädigte seinen Schaden in vollem Umfang von jedem Schädiger verlangen kann. Wenn einer von ihnen den Geschädigten befriedigt, stellt sich die Frage nach einem Ausgleich der Schädiger untereinander, was grundsätzlich je nach Verschuldensquote berechnet wird. Kompliziert wird es, wenn von mehreren einer eine Haftungsprivilegierung gegenüber dem Geschädigten genießt, sei es, weil die beiden verheiratet sind[387] oder weil sie einen Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit vertraglich vereinbart haben. Bei einem Autounfall eines Ehepaares, das im Jahr 1948 nach einer Feier alkoholisiert mit ihrem Pkw mit einem Dritten, der ebenfalls betrunken war, kollidierten, meinte der VI. Senat, der vertragliche, konkludent anzunehmende Haftungssauschluss für Mitfahrende wirke nur im Innenverhältnis, nicht gegenüber Dritten.[388] Dies wurde dann im Ergebnis genauso entschieden für die gesetzliche Haftungserleichterung unter Ehegatten (gem. § 1359 BGB).[389] Aber im Jahr 1961 hat das Gericht dieser Beschränkung der Haftung unter Ehegatten für leichte Fahrlässigkeit in Schadensersatzfällen im Straßenverkehr die Anwendung versagt, da im Straßenverkehr kein Platz sei für eine geringere Sorgfalt, sondern allgemeine Sorgfaltsmaßstäbe gelten müssten.[390] Seitdem werden Ehegatten genauso behandelt wie alle anderen an einem Unfall beteiligten. Dieser Grundsatz gilt auch für eine gemeinsame Rückfahrt mehrerer Personen in einem Wagen nach einem Wirts-

383 BGH v. 3.12.1951 – III ZR 72/51 (BGHZ 4, 123) im Rahmen des § 845 BGB bei Tötung der Ehefrau; BGH v. 3.12.1951 – III ZR 119/51 (BGHZ 4, 133) für den Fall eines getöteten Kindes.

384 BGH v. 13.12.1951 – III ZR 83/51 (BGHZ 4, 170) für die Rentenansprüche der Witwe des getöteten Ehemannes.

385 BGH v. 3.12.1951 – III ZR 119/51 (BGHZ 4, 133, 137).

386 BGH v. 26.1.1953 – III ZR 37/52 (BGHZ 8, 374, 377).

387 Gemäß § 1359 BGB haftet ein Ehegatte gegenüber dem anderen nur für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz.

388 BGH v. 3.2.1954 – VI ZR 153/52 (BGHZ 12, 213).

389 BGH v. 27.6.1961 – VI ZR 205, 60 (BGHZ 35, 317).

390 BGH v. 27.6.1961 – VI ZR 205/60 (BGHZ 35, 317).

hausbesuch: Zwar hat das Gericht die konkludente Gründung einer Gesellschaft angenommen, für die eigentlich eine Haftungsbeschränkung gesetzlich vorgesehen ist (§ 708 BGB aF), diese Norm aber nicht angewandt, weil eine solche Haftungsbeschränkung für den Straßenverkehr nicht angemessen sei.[391] Dies ist bis heute geltendes Recht.[392]

Fazit

Wie gezeigt, hat der VI. Zivilsenat bei Klagen auf Schadensersatz bei Verkehrsunfällen die wesentlichen Weichen gestellt, wodurch im Ergebnis zum Teil ein Sonderrecht entstanden ist, dass seine Ursache in der enormen Bedeutung des Straßenverkehrs haben dürfte, aber auch durch die Tatsache bedingt ist, dass in den meisten der zu entscheidenden Fällen eine Versicherung für den Schaden aufkommt. Inwieweit die Ergebnisse überzeugen, ist Ansichtssache, jedenfalls hat die höchstrichterliche Rechtsprechung insoweit für Rechtssicherheit gesorgt. Noch wichtiger waren klare Regeln für den Straßenverkehr selbst, die vor allem durch die Rechtsprechung des 4. Strafsenats geschaffen worden sind. Mag auch heute die Strafbarkeit etwa für ein unerlaubtes Entfernen vom Unfallort überwiegend für etwas überzogen gehalten werden, so kann man im Großen und Ganzen doch konstatieren, dass die Rechtsprechung viel dazu beigetragen hat, dass der enorme Zuwachs an Mobilität doch relativ glimpflich, was die Schäden angeht, vonstattengegangen ist.

391 BGH v. 20.12.1966 – VI 53/60 (BGHZ 46, 313, 324).

392 Keine Gesamtschuld wurde angenommen bei einer Haftungsfreistellung eines Unternehmers nach der Reichsversicherungsordnung, denn das öffentlich-rechtliche Versicherungsprinzip, das hinter diesem Haftungsausschluss steht, verhindere eine Inanspruchnahme durch einen Zweitschädiger im Wege des Rückgriffs (BGH v. 10.1.1967 – VI ZR 77/65 (VersR 1967, 250)).

6 Der BGH und die Grundrechte

Als Gericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit war der BGH in erster Linie für Zivil- und Strafsachen zuständig und nicht für das öffentliche Recht[1] oder speziell das Verfassungsrecht. Und doch spielten insbesondere die Grundrechte sowohl in das Zivilrecht als auch in das Strafrecht immer wieder hinein. Das lag auch an dem Rechtsverständnis der meisten BGH-Richter der ersten Generation, die – wie bereits oben beschrieben – die Grundrechte in der Frühphase der Rechtsprechung des BGH im Naturrecht verankert gesehen haben.[2] Diese Grundrechte seien nicht durch den Verfassungsgesetzgeber geschaffen worden, sondern Teil eines überpositiven Rechts, das seine Wurzeln in den grundlegenden Anschauungen der christlich-abendländischen Tradition habe, so der Große Senat für Zivilsachen im Jahr 1952.[3] Der Verfassungsgeber habe sie vorgefunden, sie hätten bereits vorher gegolten. Auch wenn die Grundrechte erst mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes (1949) als einklagbare Rechte Verfassungsrang erhielten, zog der BGH sie mitunter bereits für die Zeit vorher heran,[4] denn aufgrund ihres naturrechtlichen Ranges würden sie überzeitliche Geltung beanspruchen.[5] Der 1. Strafsenat betonte insbesondere die Begrenzungsfunktion der Grundrechte und stellte für die Grenze der Legitimität staatlichen Handelns (es ging um die Strafbarkeit der Mitwirkung an Transporten in die Konzentrationslager) fest:

> Sie ergibt sich heute aus den Art. 1 bis 19 GG des Grundgesetzes, in denen die von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Verwaltung in gleicher Weise zu achtenden Grundrechte näher umschrieben sind.[6]

Die Grundrechte sollten eines der entscheidenden Kriterien sein, um gesetzliches Unrecht aus der NS-Zeit zu identifizieren. Der Kernbereich des Rechts, der auch für den Gesetzgeber in früheren Zeiten zu beachten gewesen sei, könne den Grundrechten entnommen werden. In weiteren Entscheidungen nannten verschiedene Senate den Gleichheitssatz ein allgemeines Prinzip des Rechts,[7] die Eigentumsgarantie habe Anteil an überpositiven Grundsätzen,[8] und natürlich wurde auf die Menschenwürde zurück-

1 Eine Ausnahme stellt die Staatshaftung dar – s. Kap. 6.3.
2 Oben Kapitel 1.
3 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270).
4 BGH v. 8.6.1953 – I VRG 5/53 (BGHZ 11, Anhang S. 81).
5 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270).
6 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234, 238).
7 Zur Gleichheit zum Beispiel: BGH 10.5.1951 - III ZR 148/50 (BGHZ 2, 117, 129f.); BGH v. 6.9.1953 – I VRG 11/53 (BGHZ 11, Anhang S. 34, 40).
8 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270, 275); BGH v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 265, 317); BGH v. 26.2.1955 – GSZ 4/54 (BGHZ 16, 350, 353); BGH v. 8.6.1953 – I VRG 5/53 (BGHZ 11, Anhang S. 81, 84 f.).

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-016

gegriffen, wenn diese auch zunächst als allgemeines Prinzip und nicht als individuelles Grundrecht benannt wurde.[9]

In einem gewissen Zusammenhang mit dem geschilderten Ansatz steht die Frage, ob es verfassungswidriges Verfassungsrecht gibt, was vom III. Zivilsenat in einer seiner ersten Entscheidungen im Jahr 1951 zunächst abgelehnt worden war,[10] bevor bereits zwei Jahre später der I. Senat sich mit eingehender Begründung der damals bereits überwiegenden Meinung angeschlossen hat, wonach die Verfassungsgüter unterschiedlich zu gewichten sind, so dass auch ein verfassungswidriges Verfassungsrecht denkbar ist.[11] Das Hauptargument konnte der Senat der geschilderten naturrechtlichen Linie entnehmen, dass nämlich der Verfassungsgesetzgeber nicht autonom handele, sondern einem übergesetzlichen Recht unterworfen sei, woraus als Konsequenz folge, dass es eine Rangfolge unter den Verfassungsnormen gibt. Vor allem aus Art. 79 Abs. 3 GG, wonach bestimmte Regelungen der Verfassung sogar einer Änderung des verfassungsgebenden Gesetzgebers entzogen sind, könne dieses Ergebnis konkret auch für das Grundgesetz hergeleitet werden. Die naturrechtliche Begründung ist wohl kein Zufall, denn der Präsident, Hermann Weinkauff selbst, hat an dieser Entscheidung mitgewirkt.

Es waren verschiedene Ebenen, auf denen der BGH bereits in den ersten beiden Jahren seiner Tätigkeit aufgefordert war, sich konkret zu Grundrechtsfragen zu äußern. So wurden die Grundrechte thematisiert bei den Stellungnahmen, die der BGH im Rahmen von Vorlagen nach Art. 100 GG[12] an das BVerfG erstellt hat.[13] In diesem Zusammenhang war auch die Verfassungsmäßigkeit von Zivilrechtsnormen, zum Beispiel des Familienrechts zu bewerten.[14] Zum anderen waren die verschiedenen Strafsenate mit der Frage konfrontiert, inwieweit strafrechtliche Nebengesetze, gegen die die jeweiligen Angeklagten verstoßen hatten, verfassungswidrig seien,[15] was von den Betroffenen oft geltend gemacht worden war; insoweit ging es um die Verfassungsmäßigkeit von Eingriffsgesetzen. Schließlich hatte der BGH auch Entscheidungskompetenzen im Öffentlichen Recht, konkret bestand die Zuständigkeit für Staatshaftungs-

9 BGH v. 29.1.1952 – 1 StR 563/51 (BGHSt 2, 234, 239). Die Anwendung eines Lügendetektors wurde 1954 als Verstoß gegen das Grundrecht auf Schutz der Menschenwürde gem. Art 1 GG eingeordnet (BGH v. 16.2.1954 – 1 StR 578/53 (BGHSt 5, 332)), s. dazu Kap. 6.5.1, Verbotene Vernehmungsmethoden.

10 BGH v. 15.3.1951 – III ZR 153/50 (BGHZ 1, 274, 276).

11 BGH v. 6.9.1953 – I VRG 11/53 (BGHZ 11, Anhang S. 34, 40 ff.).

12 Nach Art. 100 Abs. 1 GG in Verbindung mit § 80 BVerfGG können Gerichte eine Entscheidung dem BVerfG vorlegen, wenn sie der Ansicht sind, dass die zu treffende Entscheidung auf einer verfassungswidrigen Rechtsvorschrift beruhen würde.

13 BGH v. 25.1.1952 – VRG 5/51 (BGHSt 4, 375, Anhang 1); BGH v. 28.4.1952 – VRG 8/52 (BGHSt 4, 379, Anhang 2); BGH v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHSt 4, 385, Anhang 3). Alle diese drei Gutachten wurden vom ersten Zivilsenat erstellt, den das Präsidium damit beauftragt hatte.

14 Gutachten v. September 1953 – dazu Kap. 6.2.

15 BGH v. 25.6.1953 – 3 StR 80/53 (BGHSt 5, 12); BGH v. 9.12.1953 – GSSt 2/53 (BGHSt 5, 323); BGH v. 10.3.1952 – VRG 2/52 (BGHSt 7, 394); BGH v. 12.12.1956 – 5 StR 371/55 (BGHSt 8, 327 = *NJW* (1956), S. 353).

fragen, in denen die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie (Art. 14 GG) naturgemäß eine große Rolle spielt.

6.1 Die Grundrechtsschranken – Das Beispiel der Berufsfreiheit (Art. 12 GG)

Sowohl in den gutachterlichen Ausführungen als auch in den Entscheidungen mit einer Inzidentprüfung von strafrechtlichen Nebengesetzen haben die BGH-Richter in einer Reihe von Fällen das Grundrecht auf Berufsfreiheit nicht unwesentlich konturiert. So wurden zum Beispiel die Württembergische Handwerksordnung,[16] die Heilmittel-Verordnung von 1941,[17] das Güterfernverkehrsgesetz[18] und das Nachtbackverbot[19] jeweils an der Berufsfreiheit gemessen: Der BGH sprach dem in Art. 12 Abs. 1 GG verbrieften Recht den Charakter eines – neben Art. 2 Abs. 1 GG – eigenständigen Grundrechts zu,[20] was damals in der Verwaltungsgerichtsbarkeit und Teilen der Literatur durchaus unterschiedlich gesehen wurde.[21] In diesem Punkt erwies sich die Sicht des BGH als zukunftsweisend. Dass das Grundrecht durch den Gesetzgeber einschränkbar sei, war genauso allgemein anerkannt wie die Tatsache, dass auch diese Einschränkung Grenzen haben muss. Schwierig blieb aber die Antwort auf die Frage, wie solche Grenzen festzulegen waren: Schon im Jahr 1952 hat der I. Zivilsenat in einer Entscheidung, die zum allgemeinen Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2 GG erging, diese Grenzen mittels Art. 19 GG bestimmt, dem formal die Voraussetzungen entnommen werden konnten, dass eine Einschränkung eines Grundrechts nur durch allgemeine Gesetze erlaubt sei und dass das Zitiergebot eingehalten werden muss. Inhaltlich wurde in dieser Entscheidung die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG als Maßstab zur Beurteilung eines Eingriffs herangezogen,[22] was der Große Zivilsenat in einer gutachterlichen Stellungnahme wenig später auch für die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) bestätigte.[23] Ob der Wesensgehalt eines Grundrechts angetastet werde, hänge je-

16 BGH v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHSt 4, 385).

17 Die Verordnung richtete sich gegen irreführende Werbung (BGH v. 25.6.1953 – 3 StR 80/53 (BGHSt 5, 12): das Gericht prüfte Art. 2 GG, Art. 5 GG und Art. 12 Abs. 1 GG, sah die Berufsausübung allerdings nicht als vom Grundrecht umfasst.

18 Gesetz v. 26.6.1935 (RGBl I, 788) in der Fassung vom 2.9.1949 (BGH v. 10.3.1952 – VRG 2/52 (BGHSt 7, 394)).

19 Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien v. 29.6.1936 – RGBl I, 521 (BGH v. 12.12.1955 – 5 StR 371/55 (BGHSt 8, 327 = *NJW* (1956), S. 353)).

20 Stellungnahme v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHSt 4, 385, 390).

21 Die Gegenansicht sah Art. 12 GG lediglich als Ausfluss des Grundrechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem. Art. 2 Abs. 1 GG, s. Naumann, Grundlagen, in: *JZ* (1951), S. 423; weitere Nachweise in der BGH-Entscheidung v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHZ 4, 389).

22 BGH v. 25.1.1952 – VRG 5/51 (BGHSt 4, 375, 377).

23 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270, 275). S. a. BGH v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHSt 4, 385, 390).

weils von dessen Rang ab. Die Berufsfreiheit gehöre nicht zu den unveräußerlichen Menschenrechten, die die Grundlage jeder Gemeinschaft bilden, daher habe der Gesetzgeber hier grundsätzlich einen weiten Ermessensspielraum.[24]

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1952 sagte der 2. Strafsenat zu einem „Numerus-clausus“ der LKW-Lizenzen für den Güterfernverkehr,[25] dass der Schutz des Straßenverkehrs, konkret anderer Verkehrsteilnehmer, die im Gesetz enthaltene Beschränkung der Lizenzen rechtfertige.[26] Immerhin verlangte das Gericht zur Rechtfertigung eine Abwägung der verschiedenen Rechtsgüter. Aus heutiger Sicht war allerdings der Spielraum für den Gesetzgeber recht großzügig bemessen, was wohl auch die Ergebnisse beeinflusst haben dürfte, denn nur wenige Eingriffe in Grundrechte wurden beanstandet. Die Grenze der Eingriffsermächtigung entnahm das Gericht, wie gesagt, dem Art. 19 Abs. 2 GG:[27]

> Die gesetzliche Einschränkbarkeit von Grundrechten und damit auch des Rechts auf Berufsfreiheit durch den ordentlichen Gesetzgeber findet aber in Art. 19 GG ihre unverrückbare Grenze.

Der Gesetzgeber habe also „nur“ den Wesensgehalt des jeweiligen Grundrechts unangetastet zu lassen. Damit war insgesamt eine niedrige Schwelle festgelegt, die hinsichtlich des Nachtbackverbots[28] und der Voraussetzung einer Sachkunde für den Lebensmittelverkauf[29] eingehalten worden sei. Allerdings wurden nicht alle Gesetze einfach „durchgewunken“: Bei der Voraussetzung einer Meisterprüfung, wie sie in der Handwerksordnung von Württemberg-Hohenzollern für alle möglichen handwerklichen Berufe vorgeschrieben war,[30] wurde ein Verstoß gegen die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG konstatiert. Aus der Wesensgehaltsgarantie leitete der Senat ab, dass der Eingriff „unbedingt und zwingend“ geboten sein und „in dem nach Lage der Dinge geringstmöglichen Umfang vorgenommen werden“ müsse.[31] Zur Ausübung beispielsweise des Schneider- und Putzmachergewerbes sei eine Meisterprüfung kein notwendig vorauszusetzender Qualitätsstandard.[32] Daher sei das Gesetz insoweit verfassungswidrig.

---

24 BGH v. 16.11.1956 – I ZR 150/54 (BGHZ 22, 167, 176).

25 BGH v. 10.3.1952 – VRG 2/52 (BGHSt 7, 394).

26 BGH v. 10.3.1952 – VRG 2/52 (BGHSt 7, 400).

27 BGH v. 4.7.1957 – 2 StR 48/57 (BGHSt 10, 344, 345). Die Einhaltung dieser Grenze wurde auch zur Rechtfertigung für das Nachtbackverbot angegeben. Im Ergebnis folgte der BGH der Entscheidung des BVerwG v. 3.11.1955 – I C 15.53 (BVerwGE 2, 295).

28 BGH v. 12.12.1955 – 5 StR 371/55 (BGHSt 8, 327).

29 BGH v. 4.7.1957 – 2 StR 48/57 (BGHSt 10, 344). Betroffen waren entsprechende Gesetze und Durchführungsverordnungen aus den Jahren 1933, 1934 und 1935 (Einzelhandelsschutzgesetz v. 12.5.1933 in der Fassung v. 9.5.1935 – RGBl I, 589 – und seine Durchführungsverordnung v 23.7.1934).

30 Verordnung v. 5.11.1946 (Amtsblatt Württemberg-Hohenzollern 1947, 1).

31 BGH v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHSt 4, 385, 390).

32 BGH v. 28.4.1952 – VRG 3/52 (BGHSt 4, 392). Dies hat der Senat 1956 betreffend §§ 1, 7, 111 Abs. 1 Ziff. 1 Handwerksordnung noch einmal bestätigt: „Es bestand keineswegs eine schlechthin zwingende Notwendigkeit, die Ergreifung unterschiedslos aller Handwerkerberufe von einem streng vorgeschriebe-

Letztlich haben die BGH-Richter mit dem groben Kriterium der Wesensgehaltsgarantie doch gewisse Kriterien des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entwickelt,[33] dies allerdings noch recht unsicher und tastend, aber doch in eine Richtung, die später vom Bundesverfassungsgericht im „Apothekenurteil“[34] konkretisiert werden sollte.

Aktuell wirkt heute – in einer Zeit, in der wieder Sorgen um eine Pandemiebekämpfung aufkommen – die Stellungnahme von 1952 zum Impfzwang: Der I. Zivilsenat hielt eine solche Verpflichtung zur Pockenschutzimpfung, die im Impfgesetz von 1874[35] enthalten war, für gerechtfertigt.[36] Das Ergebnis wurde einer Güterabwägung zwischen den widerstreitenden Rechtsgütern entnommen. Konkret, so der Senat, würden der sachliche Anlass eines Gesetzes und der Grund der gesetzgeberischen Maßnahme die Tiefe des Eingriffs beschränken.[37] Trotz möglicher schädlicher Folgen im Einzelfall sei die Impfregelung wegen des hohen Gutes der Volksgesundheit und einer dringenden Notwendigkeit zum Schutz der Bevölkerung verhältnismäßig.

Unabhängig von den Sachaussagen kommt in den verschiedenen Entscheidungen der BGH-Senate zum Ausdruck, dass sie auch in Sachen Grundrechte eine eigenständige Entscheidungskompetenz für sich in Anspruch nehmen. Dies ist vor allen Dingen auch vor dem Hintergrund des noch ungeklärten Verhältnisses zum Bundesverfassungsgericht und einer gewissen Konkurrenzsituation zu sehen, die dann ja in dem Konflikt um die Beamtenversorgung eskaliert ist.[38]

6.2 Männer und Frauen sind gleichberechtigt

Sieht man vom heutigen Standpunkt auf das Zivilrecht, so fällt auf, wie stark vor allem das vierte Buch des BGB, das Familienrecht, durch den Gleichheitsartikel des Art. 3 Abs. 2 GG[39] beeinflusst wird und daher immer wieder zu Änderungen Anlass gab und noch gibt.[40] Art. 117 Abs. 1 GG gewährte dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 31.März 1953, nach deren Ablauf die Normen des Familienrechts, die dem Gleichberechtigungs-

nen Ausbildungsgang und von einer streng vorgeschriebenen Eignungsprüfung abhängig zu machen.“ (BGH v. 17.10.1955 – VRG 4/55 – VerwRspr 1956, 98, 105).

33 Das Stellen-Vermittlungsmonopol des Arbeitsamtes wurde als mit Art. 12 GG für vereinbar angesehen, weil die Konzentration der Vermittlung einen wichtigen Eckpfeiler der Daseinsvorsorge und damit des sozialen Rechtsstaates darstelle (BGH v. 13.12.1961 – 2 StR 507/60 (BGHSt 17, 137)).

34 BVerfG v. 11.4.1958 (BVerfGE 7, 377).

35 RGBl I, 1874, S. 31.

36 Stellungnahme des BGH v. 25.1.1952 – VRG 5/51 (BGHSt 4, Anhang, 375, 378).

37 BGH v. 25.1.1952 – VRG 5/51 (BGHSt 4, Anhang, 377).

38 Unten Kap. 6.6.

39 Neben Art. 3 Abs.2 GG spielt hier auch die Gleichstellung ehelicher Kinder und Kinder nicht verheirateter Eltern (Art. 6 Abs. 5 GG) eine große Rolle.

40 In den letzten Jahrzehnten ist die Gleichberechtigung im Familienrecht in erster Linie durch die Rechtsprechung des BVerfG und des Europäischen Gerichtshofs verwirklicht worden.

grundsatz widersprechen, außer Kraft treten.[41] Nicht nur deshalb war die Gleichberechtigung von Mann und Frau auch ein zentrales Thema zu Beginn der 1950er Jahre, als noch ein stark frauendiskriminierendes Eherecht existierte, aber das Grundgesetz bereits in Kraft getreten war. Ganz grundsätzlich äußerte sich der I. Senat in seiner „Stellungnahme" vom September 1953 im Vorfeld des Gleichberechtigungsgesetzes zur Vereinbarkeit des geltenden Eherechts mit der Gleichberechtigung der Frau[42] und bejahte zu Recht den Grundrechtscharakter des Art 3 Abs. 2 GG.[43] Schwerer tat sich dieser Senat allerdings mit der konkreten Wirkung dieses Grundrechts. Das Gutachten von 1953 konnte sich nicht dazu durchringen, das ehemännliche Entscheidungsrecht für verfassungswidrig zu erklären. Auch wenn das Gericht letztlich diesbezüglich keine abschließende Bewertung zwischen zwei konträren Auffassungen traf, atmete dieses Gutachten teilweise denselben Geist, der den Entscheidungen des IV. Zivilsenats zur Gleichberechtigung im Familienrecht anhaftete. In diesem Punkt hat sicher die naturrechtliche Auffassung seines Präsidenten eine gewichtige Rolle gespielt.

Nach der einen Auffassung[44] war Art. 3 Abs. 2 GG nur die Anwendung des allgemeinen Gleichheitssatzes auf das Verhältnis von Mann und Frau. Streng verschieden seien Mann und Frau aber „[...] nicht nur im eigentlich biologisch-geschlechtlichen, sondern auch in ihrer seinsmäßigen, schöpfungsmäßigen Zueinanderordnung zu sich und dem Kind in der Familie", die von Gott gestiftet und daher für den menschlichen Gesetzgeber unabänderbar sei. An dieser fundamentalen Verschiedenheit könne das Recht nicht doktrinär vorübergehen.

> Demgemäß bezeugen die christlichen Kirchen in völliger Übereinstimmung mit der klaren Aussage der Heiligen Schrift [...] nach der von Gott gestifteten Ordnung der Familie sei der Mann ihr ‚Haupt'. Das hat nicht nur sittliche, sondern auch rechtliche Bedeutung, und keine menschliche Familienordnung ist von diesem übergreifenden Gebot entbunden.[45]

Dieser Bezug auf ein christlich-abendländisches Naturrecht, mit einem starken Pathos vorgetragen, dürfte aus der Feder von Hermann Weinkauff persönlich stammen; er berief sich darauf, dass die christlich-abendländische Tradition für ein männliches Vorrecht innerhalb der Ehe streite,[46] dieses Vorrecht sei aber auch sozialpsychologisch notwendig:

---

41 Der Gesetzgeber ließ sich allerdings bis zum Jahr 1957 Zeit, in dem dann das Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts v. 18.6.1957 (BGBl I, 1957, S. 609) erlassen wurde.

42 BGHZ 11, Anhang, 34 ff.

43 BGHZ 11, Anhang, 46 ff.

44 BGHZ 11, 64–68.

45 BGHZ 11, 65 f.

46 Auch außerhalb des BGH gab es damals einige Juristen, die den Grundsatz der Gleichberechtigung mit dem Schutz der abendländischen christlichen Ehe zu „harmonisieren" versuchten und damit die Gleichberechtigung relativierten. Zum Beispiel Staatssekretär Strauß, Der Entwurf, in: *JZ* (1952), S. 449, 450; dagegen dezidiert: Krüger, Zur Auslegung, in: *DRiZ* (1953), S. 82.

> Es wäre in hohem Maße gefährlich, die ehemännliche Familienleitung aufzuheben und, was die Entscheidung der gemeinsamen ehelichen Angelegenheiten angeht, die Anarchie in die Ehen einzuführen. Das würde bedeuten, dass auf diesem ungemein bedeutsamen Gebiete nicht das Recht, sondern die Willkür und die Gewalt herrschen würden; ein schlecht hin unvollziehbarer Gedanke.[47]

Das ist in seiner Deutlichkeit eine klare Absage an die Gleichberechtigung.

Die Darstellung zweier unterschiedlicher Auffassungen innerhalb des einen Gutachtens zeugt allerdings davon, dass der Senat in diesem Punkt eben keine einheitliche Auffassung vertrat. Bundesrichterin Gerda Krüger-Nieland dürfte den Gegenpart zu Weinkauff gespielt haben, was sie ja auch später trotz ihrer persönlichen Verbundenheit mit ihm deutlich zum Ausdruck gebracht hat:

> Wir waren dagegen Gegner, soweit Weinkauff etwa im Familienrecht von einer im Naturrecht wurzelnden unverrückbaren, dem Gesetzesrecht vorgegeben ewigen Grundordnung ausging.[48]

Zwar kennt der BGH die Praxis der Veröffentlichung eines abweichenden Votums nicht, in dieser Stellungnahme ist aber eigentlich etwas ähnliches geschehen, auch wenn es nicht so bezeichnet worden ist. Offensichtlich war der Senat sehr gespalten,[49] so dass man sich entschlossen hat, beide Auffassungen zu veröffentlichen.

In dem von Gerda Krüger-Nieland formulierten Gutachtenteil[50] wird eine uneingeschränkte Anwendung des Gleichberechtigungsgrundsatzes vertreten. Der Schutz von Ehe und Familie gemäß Art. 6 Abs. 1 GG schränke den Grundsatz der Gleichberechtigung auch auf dem Gebiet des Familienrechts nicht ein. Der vor allem von kirchlichen Kreisen verfochtenen Meinung, die christliche Lehre von der Schöpfungsordnung sehe den Mann als das Haupt der Familie, sei entgegenzuhalten, dass dies eine metajuristische Forderung sei, der im Recht der bürgerlich-rechtlichen Zivilehe keine verbindliche Kraft zukomme.

> In gleicher Weise, wie der Richter sich an das dem kirchlichen Dogma widersprechende bürgerlich-rechtliche Scheidungsrecht halten muss, ist für ihn der unmissverständlich zum Ausdruck gekommene Wille des Verfassungsgesetzgebers, die Gleichberechtigung auf allen Rechtsgebieten zu verwirklichen, allein maßgebend und verbindlich.[51]

Bei den Ordnungsprinzipien der christlichen Ehe handele es sich um sittliche Entscheidungen, deren rechtliche Erfassung nur in begrenztem Umfang in der Macht und Zuständigkeit des Gesetzgebers liege. Im Rechtsraum aber bleibe es bei einer rechtlichen Gleichordnung der Ehegatten im ehelichen Lebensraum.[52] Eine Gefährdung oder

---

47 BGHZ 11, Anhang, 67.
48 Krüger-Nieland, Hermann Weinkauff gestorben, in: *NJW* (1981), S. 1695.
49 Dazu auch Weinkauff, Der Naturrechtsgedanke, in: *NJW* (1960), S. 1695.
50 BGHZ 11, 59–64.
51 BGHZ 11, Anhang, S. 62.
52 BGHZ 11, 62.

gar Auflösung der Familienordnung sei durch die Aufgabe beispielsweise des Entscheidungsprivilegs des Mannes nicht zu befürchten.

Eine Auflösung des Widerspruchs, der in den beiden gegensätzlichen Auffassungen zum Ausdruck kommt, ist in dem Gutachten bewusst unterblieben. Es kann nur spekuliert werden, auf welcher Seite jeweils die anderen Senatsmitglieder standen. Birnbach, der vor dem Krieg dem Zentrum nahestand,[53] konservativ und katholisch,[54] dürfte möglicherweise zur Ansicht Weinkauffs tendiert haben. Im Übrigen bleibt es unklar, wer sich wie positioniert hat. Jedenfalls dürfte die Auseinandersetzung heftig gewesen sein, da keine der beiden Seiten nachgegeben hat, wie der Abdruck beider Auffassungen im Gutachten eindeutig belegt.

Neben dieser abstrakten Stellungnahme war der BGH, konkret der (IV.) Familiensenat, noch viel häufiger mit dem Gleichheitsgrundsatz befasst. Er hat Art. 3 Abs. 2 GG zwar immer wieder in einzelnen Urteilen erwähnt, doch war er kaum bereit, daraus Konsequenzen zu ziehen.[55] Die Rechtsprechung dieses Senats ist, was das Verhältnis der Geschlechter angeht, eindeutig rückwärtsgewandt gewesen,[56] seine Entscheidungen zum Ehenamen sind bereits oben erwähnt worden. An dieser Stelle soll aber noch einmal auf die grundrechtliche Methodik eingegangen werden: Die Begründung geht dahin, der Vorrang des Mannesnamens im Gesetz entspreche der überwiegenden Auffassung (der Bevölkerung?), sie beruhe auf einer

> [...] dem Wesen der ehelichen Gemeinschaft entsprechenden noch heute gültigen Anschauung, [...] daß der Mann vornehmlich die Familiengemeinschaft nach außen vertritt, die Frau sie im Innern gestaltet.[57]

Dies ist eine kritische Betrachtung wert. Indem der Familiensenat sich auf die heutige gültige Anschauung beruft,[58] zeigt sich ein grundlegendes methodisches Problem der vorgenommenen Grundrechtsauslegung: Der BGH thematisierte erst gar nicht die Kriterien, die einen formalen Verstoß rechtfertigen können, sondern stützte sich wie selbstverständlich auf eine behauptete damalige Auffassung, ohne dies zu konkretisieren; meinte er vielleicht ein demoskopisches Argument oder die Rechtsauffassung von Fachleuten? In der genannten Entscheidung wurden keinerlei sozialwissenschaftlich erhobene Fakten genannt, es bleibt daher offen, wie auch immer diese durch den Senat konkret ermittelt worden sind, ganz abgesehen von der Frage, ob ein solches Ergebnis überhaupt geeignet wäre, eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen. Wenn der Senat eine Anschauung von Rechtswissenschaft und Rechtsprechung gemeint hat,

53 BA, Pers 101/39939.

54 BA, Pers 101/39938, Personalblatt.

55 S. Band 2 Kap. 3.2.

56 Das entspricht der oben angedeuteten Haltung im Internationalen Privatrecht, die ebenfalls durch den IV. Zivilsenat vertreten wurde.

57 BGH v. 13.7.1957 – IV ZB 23/57 (BGHZ 25, 163).

58 BGH v. 13.7.1957 – IV ZB 23/57 (BGHZ 25, 163).

würde das ebenfalls nicht tragen, wie die Kontroverse im Gutachten des I. Senats vier Jahre zuvor gezeigt hat, in dem ja durchaus unterschiedliche Auffassungen vertreten wurden. Letztlich bleibt zu konstatieren, dass die Argumentation stark verkürzt war, um eine vorsichtige Formulierung zu benutzen.[59] Es drängt sich der Eindruck auf, dass das gewünschte Ergebnis im Vordergrund stand, nicht eine solide juristische Aufbereitung.

Auch bei der Wohnsitzregelung findet sich dasselbe Muster. Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG sei nur gegeben, wenn eine Norm auf „einer Minderbewertung der Frau beruht".[60] Mit anderen Worten: Wenn der Gesetzgeber eine Diskriminierung nicht beabsichtigt, ist eine solche auch nicht gegeben, eine etwas eigenwillige Konstruktion, die das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 2 GG zu einem reinen Missbrauchstatbestand herabstuft und damit eines Großteils seiner Bedeutung beraubt.

In gleicher Weise stellte sich die Frage nach dem Einfluss des Grundgesetzes auf die Anknüpfungsnormen des Internationalen Privatrechts (des EGBGB), konkret vor allem danach, ob die Anknüpfung an das Heimatrecht des Mannes mit dem Gleichberechtigungsartikel in Einklang stand.[61] Im Jahre 1953 hat der IV. Senat dieses Problem noch im Rahmen des Art. 15 EGBGB ignoriert,[62] ein Jahr später sprach das Gericht dann den Gleichberechtigungsgrundsatz zumindest an, verneinte allerdings im Ergebnis einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 GG.[63] Die Begründung ging dahin, dass eine Anknüpfung an das Recht eines bestimmten Staates letztlich eine formale Entscheidung sei, daher könne darin eine Bevorzugung des Mannes nicht gesehen werden. Ob eine Regelung für eine Frau vor- oder nachteilhaft sei, sei eine Frage der jeweiligen Sachnorm und damit des Einzelfalles.[64] Diese Überlegung wird dann – in ihrer Oberflächlichkeit – stehen gelassen, kann sich aber in der Literatur zum Beispiel auf Hans Dölle stützen, der nach dem Krieg Lehrstuhlinhaber zunächst in Tübingen, dann in Hamburg war und der die Regelungen mit dem Aspekt der Rechtssicherheit gerechtfertigt hatte.[65] Die Tatsache, dass das EGBGB stets an das Recht des Mannes anknüpfte (und niemals an das der Frau), und die Überlegung, ob in einer solchen ständigen einseitigen Anknüpfung nicht doch eine grundrechtsrelevante Ungleichbehandlung liegen

59 Differenzierter: BVerfGE 19, 177, allerdings zur Neufassung des § 1758 a BGB aF.

60 BGH v. 11.4.1956 – IV ZR 346/55, S. 7 (LM Nr. 5 § 606 ZPO).

61 In der Literatur waren viele Stimmen der Auffassung, dass die Anknüpfungsnormen gegen das Gleichheitsgrundrecht verstießen, s. zum Beispiel Ulmer auf dem 38. DJT, Verhandlungen 1950, 1951; Müller-Freienfels, Scheidungsstatut, in: *JZ* (1957), S. 151; Makarov, Die Gleichberechtigung, in: *RabelsZ* (1952), S. 382; Beitzke in seiner Monografie von 1961: Grundgesetz und Internationalprivatrecht.

62 BGH v. 25.6.1953 – IV ZR 135/51 (IPR-Rechtsprechung 1952/53 Nr. 298, S. 599 f.).

63 BGH v. 18.1.1954 – IV ZR 144/53 (*NJW* (1954), S. 837).

64 BGH v. 18.1.1954 – IV ZR 144/53 (*NJW* (1954), S. 837).

65 Dölle, Deutschland, in: *RabelsZ* (1953), S. 119, argumentierte zusätzlich mit der Historie, hielt aber die bestehende Regelung auch rechtspolitisch für gerechtfertigt, womit er schon zum Ausdruck brachte, was er von Art. 3 Abs. 2 GG hielt und was wohl auch sein Erkenntnisinteresse bei der Grundrechtsauslegung gewesen ist.

könnte, ist dem Senat kein Gedanke wert. Schaut man auf die Praxis, wurden durch den Verweis auf eine stark patriarchalische ausländische Rechtsordnung tatsächlich auch ständig nachteilige Regelungen für die Frauen angewandt, zum Beispiel das männliche Vorrecht im italienischen Sorgerecht[66] oder bei der väterlichen Gewalt in Ägypten nach dem Hanefitischen Recht.[67] Diese Ungleichbehandlungen hat der Senat schlicht ignoriert. Ob es letztlich an einem Problembewusstsein fehlte oder ob der Senat es auch gar nicht so genau wissen wollte, sei dahingestellt, die bereits oben geschilderte religiöse Prägung der Richter dieses Senates dürfte sich auch in diesem Punkt bemerkbar gemacht haben.

Insgesamt ist festzustellen, dass das Grundrecht des Art. 3 Abs. 2 GG dogmatisch gegenüber dem Rechtsinstitut Ehe nur eine geringe Bedeutung besaß und dass die Entscheidungen zum Familienrecht, speziell zur Gleichberechtigung von Mann und Frau noch von einem traditionell geprägten Rollenverständnis ausgehen, das – auch bei Berücksichtigung des damaligen Zeitgeistes – als rückwärtsgewandt einzuordnen ist. Sicher ist es problematisch, allein die heutige Sicht als Maßstab an die frühere Rechtsprechung anzulegen, aber ein Blick in die damalige Literatur zeigt, dass schon in den 1950er Jahren durchaus bereits weitsichtigere Auffassungen vertreten wurden.[68]

Und auch der V. Landwirtschafts-Senat war in diesem Punkt wenig aufgeschlossen. Eine Frau hatte beantragt, als Hoferbnachfolgerin festgestellt zu werden und dagegen geklagt, dass sie von ihrem jüngeren Bruder bei der Erbfolge des elterlichen Hofes, welcher von der Mutter (!) vererbt wurde, nach § 6 Abs. 3 HöfeO verdrängt worden war. Der Senat rechtfertigte die gesetzlich festgelegte männliche Bevorzugung bei der Hoferbfolge mit angeblich bestehenden objektiven und funktionalen Unterschieden der Geschlechter.[69] Insbesondere die körperlichen Anstrengungen in der Landwirtschaft wurden ins Feld geführt, denn den Anforderungen an die Leistungsfähigkeit sei die Frau „auf die Dauer nicht gewachsen.“[70] Der Senat gab allerdings zu, dass die Wirtschaftsfähigkeit bei der Bewirtschaftung eines Hofes durch eine Frau durchaus gegeben sein könne, dieser Aspekt habe aber nichts mit der Gleichberechtigung zu tun.[71] Das wird indes einfach behauptet, eine Begründung dafür bleibt der Senat schuldig. Aber wenn es überhaupt ein sachliches Kriterium für die Ungleichbehandlung geben sollte, dann doch wohl nur die Wirtschaftsfähigkeit, hinter der das öffentliche Interesse an der Erhaltung wirtschaftlich leistungsfähiger Betriebe steht.

66 Sachnormen ausländischen Rechts, die den Mann bevorzugten und trotz Art. 3 Abs. 2 GG durch den BGH angewandt wurden, sind insoweit Art. 330, 333 des italienischen *Codice civile* gewesen (BGH v. 18.6.1970 – IV ZB 69/69 (BGHZ 54, 123, 129)).

67 BGH v.18.6.1970 – IV ZB 6/70 (BGHZ 54, 132).

68 Die wissenschaftliche Literatur aus dieser Zeit trifft teilweise schon ganz andere Wertungen: Siehe zum Beispiel die ausführlicheren Werke von Wolf/Lüke/Hax, Scheidung; Müller-Freienfels, Ehe und Recht; Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts.

69 BGH v. 5.5.1959 – V BLw 47/58 (BGHZ 30, 50).

70 BGH v. 5.5.1959 – V BLw 47/58 (BGHZ 30, 54).

71 BGH v. 5.5.1959 – V BLw 47/58 (BGHZ 30, 55).

Unbeachtet ließen die Richter, dass schon in den 1930er Jahren – beispielsweise im westfälischen Münsterland – oft Frauen den Hof weiterführten und dass diese Praxis sogar von den Nationalsozialisten, die im Erbhofrecht zunächst allein die Männer als Erbhofbauern anerkennen wollten, aufgrund des bäuerlichen Widerstandes im Ergebnis akzeptiert worden ist.[72] Angesichts einer solchen Praxis fragt es sich, warum die körperliche Beschaffenheit des männlichen Bauern eine erbrechtliche Diskriminierung der Bäuerin rechtfertigen soll? Zu erklären ist dies nur mit einer entsprechenden Tradition der Landwirtschaft, in der seit Jahrhunderten die männliche Linie bevorzugt worden ist. Ob das für einen Grundrechtseingriff ausreicht, erfahren wir vom Senat nicht. In dem für Landwirtschaftssachen zuständigen V. Senat saßen mit dem Senatsvorsitzenden Friedrich Tasche aus Lemgo[73] und dem Richter Johannes Piepenbrock aus dem westfälischen Vechta[74] gleich zwei Richter, die aus einer Bauernfamilie stammten und mit den entsprechenden Leitbildern groß geworden sind. Auch der dritte beteiligte Richter, Herbert Hückinghaus, galt als ein Spezialist für Landwirtschaftssachen.[75] Dass diese Besetzung geballten Sachverstand in Landwirtschaftssachen mitbrachte, ist wohl anzunehmen, aber auch, dass sie nicht den Gleichberechtigungsartikel des Grundgesetzes gegen die Höfe-Ordnung ins Feld führt, verwundert wenig.

Die hier angedeutete These, dass bei den beteiligten Richtern insoweit eine grundsätzliche (Vor-)Einstellung zum Verhältnis von Mann und Frau bestand, wird untermauert durch eine weitere Entscheidung des Senats in einer Landwirtschaftssache, in der in der Sache keine Diskriminierung erfolgte, aber die Annahme einer Vorerbenstellung des überlebenden Ehegatten mit folgendem Beispiel begründet wurde:

> Es könnte, wenn keine gemeinsamen Abkömmlinge vorhanden sind, beispielsweise der Fall eintreten, dass ein erstehelicher Sohn des Vorverstorbenen als Hoferbe ausgeschlossen wäre und als weitere Hoferben nur Schwestern des überlebenden oder Töchter dieser Schwestern infrage kämen.[76]

Welch unmöglicher Gedanke! Die Wahl der Geschlechter in diesem vom Senat gewählten Beispiel dürfte nach dem Gesagten wohl kein Zufall gewesen sein, zumal, wie in Band 1 nachgewiesen, das Verhältnis von Mann und Frau auch in der konkreten Lebenswirklichkeit der Richterfamilien weitgehend sehr traditionell gewesen ist.[77]

---

72 Vgl. Kißener/Roth, Notare, S. 279 ff.

73 BA, Pers 101/48946, Personalblatt; BA, Pers 101/48947.

74 BA, Pers 101/76095, Personalblatt.

75 BA, Pers 101/39817, Personalblatt. Überdies waren an der Entscheidung auch noch zwei landwirtschaftliche Beisitzer beteiligt, die ähnlich sozialisiert gewesen sein dürften.

76 BGH v. 11.12.1956 – V BLw 30/56 (BGHZ 22, 317).

77 Siehe Band 1, Kap. 4.7, Soziale Lage der BGH-Richterschaft.

6.3 Die Staatshaftung

Unmittelbar konfrontiert wurde der BGH mit dem Grundgesetz, konkret mit der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, bei Fragen der Enteignung und der Amts- und Staatshaftung, für die konkret der III. Zivilsenat zuständig war, der deshalb auch als der speziell „öffentlich-rechtliche Senat“ bezeichnet wurde.[78] Ein gesetzliches Staatshaftungsrecht als einheitliches Rechtsgebiet existierte nicht, es gab lediglich den Amtshaftungsanspruch aus § 839 BGB, der sich gegen den Amtswalter und vorrangig gemäß Art. 34 GG (bzw. Art. 134 WRV) gegen den hinter dem Amtsträger stehenden Staat richtet. Zuständig war der BGH für die Eigentumsgarantie im weiten Sinne, das heißt für bürgerlich-rechtliche Vermögensrechte genauso wie für öffentlich-rechtliche Ansprüche und für Verletzungen immaterieller Güter, etwa Leben und Gesundheit durch staatliche Organe. Die Themen Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Aufopferung waren Sache der Rechtsprechung, und speziell hinsichtlich der Sekundäransprüche[79] ist diese Materie im Wesentlichen durch den BGH entwickelt worden. Die Zahl der beim BGH anhängigen Sachen in diesem Bereich nahm ständig zu, so dass der III. Senat häufiger wegen der dadurch bedingten großen Belastung Sachgebiete an andere Senate abgeben musste.

6.3.1 Die Amtshaftung

Wie bereits in anderen Rechtsgebieten aufgezeigt, war es auch im Rahmen der Amtshaftung so, dass die nationalsozialistische Zeit Probleme hinterlassen hatte, von denen der III. Senat einen tragischen Fall bereits im Juli 1951 zu entscheiden hatte.[80] Eine Frau machte Ansprüche aus Amtspflichtverletzung geltend, und zwar gegen einen Mann, der im März 1945 als Sonderbeauftragter zur Bekämpfung des Defaitismus zusammen mit seinem Sohn, dem zweiten Beklagten, den Ehemann der Klägerin und ihren Sohn erschossen hatte. Der erste Beklagte hatte den Ehemann der Klägerin festgenommen, weil dieser angeblich Listen mit den Namen von NSDAP-Parteiangehörigen zur Aushändigung an die Alliierten angefertigt hatte. Anschließend war er von dem zweiten Beklagten und einem anderen Soldaten erschossen worden. Der fahnenflüchtige Sohn der Klägerin war ebenfalls zunächst verhaftet und sodann von beiden Beklagten in einem Wald regelrecht hingerichtet worden. Die Täter beriefen sich darauf, hoheitlich gehandelt zu haben, so dass der Staat für die „Schäden“ aufkommen

78 Pagendarm, Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 314.

79 Mit Sekundäransprüchen bezeichnet man die Ansprüche auf Schadensersatz bzw. Entschädigung (Ansprüche wegen Amtshaftung, Enteignung, enteignungsgleichem Eingriff, Aufopferung), während die Primäransprüche auf Verhinderung oder Unterlassung behördlichen Handelns vor anderen Gerichten, etwa der Verwaltungsgerichtsbarkeit geltend zu machen waren.

80 BGH v. 12.7.1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 94).

müsse. Außerdem seien die Aktionen nicht rechtswidrig gewesen, sondern hätten dem Katastrophenbefehl Adolf Hitlers von März 1945 entsprochen. Im Verfahren vor dem BGH wegen Schadensersatzansprüchen ging es zunächst um die Frage, ob die beiden Täter hoheitlich gehandelt hatten. Dies bejahte der Senat, weil der erste Beklagte Aufgaben der Wehrmacht (und nicht nur der NSDAP) wahrgenommen habe. Damit stellte sich die weitere Frage, ob die beiden Täter persönlich haften. Denn das eigentlich haftende Deutsche Reich war untergegangen und existierte nicht mehr, so dass die Staatshaftung gem. Art. 131 Weimarer Reichsverfassung ins Leere lief. Sollte gleichwohl eine persönliche Amtshaftung bestehen? Der Wegfall des Reiches dürfe die beiden Männer nicht entlasten, meinte der BGH, dem stehe der Grundsatz der unzulässigen Rechtsausübung entgegen.[81] Der Senat bejahte auch die Rechtswidrigkeit der Handlungen mit Hinweis darauf, dass selbst wenn ein Befehl Hitlers existiert hätte, diesem die gesetzliche Rechtsgrundlage gefehlt hätte. Im Übrigen wäre einem solchen Befehl auch unabhängig von der Rechtsgrundlage wegen Verstoßes gegen das Naturrecht die Gefolgschaft zu versagen gewesen.[82] Der Senat bezog sich auf die Radbruchsche Formel, wonach ein Gesetz, das ein unerträgliches Maß an Widerspruch zur Gerechtigkeit erreicht habe, keine Gültigkeit beanspruchen könne, womit diese Entscheidung ganz auf der Linie der Rechtsprechung der strafrechtlichen Senate zur Strafbarkeit des NS-Unrechts liegt.[83] Und schließlich wurde der Subsidiarität des Amtshaftungsanspruchs die Geltung im konkreten Falle abgesprochen, weil eine Nichthaftung der beiden Mörder zu einem unerträglichen Ergebnis geführt hätte. Eine methodisch mutige, aber inhaltlich nachvollziehbare Entscheidung.

Und auch ein Schuhmacher, der im Jahr 1933 von SS-Männern misshandelt worden war, war mit seinen Schmerzensgeldanspruch aus Amtshaftung erfolgreich, obwohl das Bundesentschädigungsgesetz, das im vorliegenden Fall dem Betroffenen einen Anspruch gewährt hätte, eigentlich vorrangig gewesen wäre.[84] Aber der III. Senat meinte recht großzügig, dass die Sperrwirkung gemäß § 9 BEG nur bürgerlich-rechtliche Ansprüche betreffe; da dieses aber keine Schmerzensgeldansprüche enthalte, wurde dem Kläger ein Amtshaftungsanspruch gewährt. In diesen und ähnlichen Altfällen, in denen Amtspflichtverletzungen gegen eine nicht mehr bestehende Körperschaft, etwa das Deutsche Reich oder gegen das Land Preußen zu richten waren, bejahte der BGH bereits im Jahre 1952 auch eine Haftung derjenigen bundesrepublikanischen Körperschaft, die diese Funktion heute ausübt (und damit als Funktionsnachfolger des Deutschen Reiches zu sehen sei).[85]

Während in den geschilderten Altfällen die Subsidiaritätsklausel, wonach eine Amtshaftung nur eingreift, wenn der Geschädigte nicht woanders Ersatz finden kann,

81 BGH v. 12.7.1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 103 ff.).
82 BGH v. 12.7.1951 – III ZR 168/50 (BGHZ 3, 106 f.).
83 Siehe oben Band 2 Kap. 1.2.2
84 BGH v. 11.2.1954 – III ZR 62/53 (BGHZ 12, 278).
85 BGH v. 1.12.1952 – III ZR 114/52 (BGHZ 8, 169); BGH v. 9.7.1953 – III 193/51 (BGHZ 10, 220).

aus nachvollziehbaren Gründen nicht berücksichtigt wurde, wandte der Senat sie allerdings sonst strikt an und wies die grundsätzliche Kritik der Literatur an ihr[86] zurück. Er legte die Subsidiaritätsklausel als geltendes Recht zunächst weit aus und betonte, dass deren Sinn und Zweck auch eine Entlastung der öffentlichen Hand sei.[87] Erst ab dem Jahr 1977 wandte der BGH die Klausel dann restriktiver an.[88]

6.3.2 Die Enteignung

Neben der Amtshaftung steht vor allem die Enteignung für den klassischen Fall eines staatlichen Eingriffs in die Grundrechte, wobei die Themen „Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Aufopferung“ in den 1950er Jahren zu einer Materie ständiger Rechtsfortbildung durch den BGH wurden. Dass für solche Ansprüche die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte gegeben war, ließ sich unmittelbar aus Art. 14 Abs. 3 GG ableiten.[89] Dies entsprach langer Tradition, die Gegenauffassung, die die Verwaltungsgerichtsbarkeit für zuständig hielt, wurde zurückgewiesen. Der BGH sah seine Aufgabe in diesem Bereich vor allem im Schutz des Individuums, wie es der Große Senat formulierte:

> Der in den Staat eingegliederte einzelne bedarf, um unter seinesgleichen als Person, d. h. frei und selbstverantwortlich leben zu können und um nicht zum bloßen Objekt einer übermächtigen Staatsgewalt zu werden, also um seiner Freiheit und Würde willen einer rechtlich streng gesicherten Sphäre des Eigentums.[90]

Auch im Enteignungsrecht war ein Fall mit nationalsozialistischem Hintergrund zu entscheiden, nämlich die Klage einer früheren Bergwerkseigentümerin, die die Unwirksamkeit einer Enteignung geltend machte und eine Berichtigung des Grundbuchs begehrte.[91] Im Jahr 1942 waren aufgrund einer Verordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan,[92] Hermann Göring, mehrere Bergbauberechtigte zusammengeschlossen und an eine neu gegründete, nunmehr beklagte Gesellschaft übertragen worden, um die kriegswirtschaftlich wichtige Erzgewinnung zu konzentrieren. Die Klägerin machte unter anderem geltend, dass diese Enteignung zu ihren Lasten deshalb unwirksam gewesen sei, weil die der Maßnahme zu Grunde liegende Verordnung man-

86 Egon Schneider hat sie als „Schandfleck“ bezeichnet, s. Schneider, Anmerkung, *NJW* (1966), S. 1263, 1264.

87 BGH v. 12.4.1954 – GSZ 1/54 (BGHZ 13, 88, 104). Immerhin sollte der Geschädigte nicht auf einen anderen Entschädigungsanspruch verwiesen werden können, der aus öffentlichen Mitteln stammt (S. 104).

88 BGH v. 27.1.1977 – III ZR 174/74 (BGHZ 68, 217).

89 BGH v. 17.4.1953 – V ZR 116/52 (BGHZ 9, 242).

90 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270, 276).

91 BGH v. 8.0.1952 – V ZR 6/50 (BGHZ 5, 76, 85 ff.).

92 Verordnung des Beauftragten für den Vierjahresplan vom 13.11.1942.

gels gesetzlicher Grundlage nicht gültig gewesen sei. Es handelte sich um eine Verordnung Hitlers vom 18. Oktober 1936.[93] Der BGH hielt die damalige Verordnung trotz im Nachhinein bestehender Bedenken für wirksam.[94] Die Tatsache, dass die Rechtsgrundlage von Hitler allein und ohne gesetzliche Ermächtigung erlassen worden sei, habe der damals allgemein akzeptierten Rechtslage, also den Regeln der Diktatur, entsprochen. „Es ist anerkannten Rechts, dass eine gelungene Revolution neues Verfassungsrecht und neue Gesetzgeber schafft, die neues, formalrechtlich gültiges Recht setzen können." Das, so der Senat, entspreche naturrechtlichen Anschauungen.[95] Wieder muss das Naturrecht dafür herhalten, um einen Fall aus der Zeit der nationalsozialistischen Diktatur zu entscheiden, diesmal allerdings mit dem Ergebnis, dass das damalige Recht für wirksam erachtet wird. Unabhängig vom Ergebnis ist die Begründung jedenfalls problematisch.

Dass auch die Requisition eines Grundstücks seitens der britischen Besatzungsmacht nach dem Zweiten Weltkrieg zur Unterbringung von Besatzungsangehörigen keine entschädigungspflichtige Enteignung darstellt, ist weniger erstaunlich, genauso wurde es gesehen für die Untätigkeit der deutschen Behörden, denen vorgeworfen worden war, diesen Zugriff nicht verhinderten zu haben.[96]

Eine grundlegende Entscheidung des Großen Zivilsenats bereits aus dem Jahr 1952[97] betraf Wohnungseinweisungen, die in der Nachkriegszeit häufig vorgenommen werden mussten. Der III. Zivilsenat hatte dem Großen Zivilsenat anhand dreier solcher Fälle einige Fragen vorgelegt, unter anderem, ob diese Beschränkungen des Eigentumsrechts der Hauseigentümer als Eingriff in das Grundrecht aus Art. 14 GG zu werten seien. Zunächst stellte der Große Senat unter Mitwirkung seines Präsidenten Hermann Weinkauff klar, dass die ordnungsgemäß durchgeführte Zuweisung eines zahlungswilligen und zahlungskräftigen Wohnungssuchenden aufgrund des Kontrollratsgesetz Nr.18 rechtmäßig sei und keine Enteignung darstelle. Sei die Zuweisung allerdings rechtswidrig (wenn auch schuldlos) erfolgt, so stelle diese einen enteignungsgleichen Eingriff dar, der den Staat bei einem Mietausfall zur Entschädigung verpflichte.[98] Das gleiche gelte für eine solche Maßnahme, wenn sie ohne Rechtsgrundlage getroffen werde,[99] auch wenn das Wohnungsamt keine Schuld treffe. Damit war das Rechtinstitut des enteignungsgleichen Eingriffs als einer rechtswidrigen staatlichen Maßnahme etabliert, das neben der rechtmäßigen Enteignung zu einem wesentlichen Pfeiler des Staathaftungsrechts werden sollte. Wenn schon die rechtmäßige Enteignung eine Entschädigung auslöst, so müsse dies erst recht für eine rechtswidri-

93 RGBl I, 1936, 887.
94 BGH v. 8.2.1952 – V ZR 6/50 (BGHZ 5, 76, 85 ff.).
95 BGH v. 8.2.1952 – V ZR 6/50 (BGHZ 5, 76, 92).
96 BGH v. 22.12.1953 – V ZR 6/51 (BGHZ 12, 52).
97 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270). Bestätigt von BGH v. 22.12.1953 – V ZR 6/51 (BGHZ 12, 52).
98 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 271).
99 Eine solche Rechtsgrundlage fehlte vor dem Erlass des Gesetzes.

ge Maßnahme gelten. Überdies nahm der Senat einen entschädigungspflichtigen Eingriff nicht erst bei einem vollständigen Entzug eines Rechts, sondern bereits bei einer rechtswidrigen Beeinträchtigung von einer gewissen Schwere an. Entscheidend sei, dass die Grenze der zulässigen Inhaltsbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG) beziehungsweise seiner Sozialbindung (Art. 14 Abs. 2 GG) überschritten werde. Die damit notwendige Abgrenzung des entschädigungspflichtigen Sonderopfers von den hinzunehmenden geringeren Beeinträchtigungen, die lediglich Inhalt und Grenzen des Eigentums festlegen, war nicht immer leicht. Der V. Senat ordnete etwa die Wegnahme von Baumaterial aus Trümmergrundstücken auf Anordnung der britischen Militärregierung als Enteignung ein.[100] Noch im Jahr 1954 entschied der III. Senat, dass auch ein qualifiziertes Unterlassen entschädigungspflichtig sein kann,[101] was etwa bei der Verweigerung der Genehmigung eines Bauantrags infrage komme. Im Übrigen setze aber ein Eingriff positives Handeln voraus, eine generelle Enteignung durch Unterlassen sei nicht anzuerkennen.[102]

Die negativen Auswirkungen eines Grünflächenverzeichnisses auf ein Grundstück seien Ausdruck der Sozialgebundenheit des Eigentums und daher nicht zu entschädigen,[103] ebenso die Wertminderung eines Grundstücks, die durch eine neue Nutzbarkeit anderer Grundstücke eintrat, auch sie war aufgrund der Sozialbindung des Eigentums hinzunehmen.[104] Dagegen war eine Umlegung von Grundstücken für ein Bauvorhaben der öffentlichen Hand als Enteignung anerkannt.[105]

Bereits 1952 entwickelte der Senat diese Gedanken weiter, indem er feststellte, dass ein entschädigungspflichtiger Eingriff erst recht vorliege, wenn die Behörde schuldhaft gehandelt hat.[106] Vier Monate später wurde dann die noch vom Reichsgericht vertretene Einschränkung,[107] ein solcher Anspruch bestehe nicht, wenn der Eingriff unmittelbar auf einem Gesetz beruhe, zurückgewiesen,[108] auch dies eine wesentliche Ausweitung der Staatshaftung. Zum Verhältnis der Amtshaftung zum enteignungsgleichen Eingriff entschied der Große Senat, dass beide Ansprüche nebeneinander bestehen, es gebe keine Subsidiarität.[109]

Während fast alle geschilderten Tendenzen zu einer Erweiterung der Rechtsschutzmöglichkeiten der Bürger führten, gab es mitunter allerdings auch Restriktio-

100 BGH v. 14.7.1953 – V ZR 127/51 (BGHZ 10, 255, 263 ff.).
101 BGH v. 10.5.1954 – III ZR 45/53 (BGHZ 13, 241). Ergänzend argumentierte der Senat damit, dass entsprechende Enteignungen auch nach der Weimarer Reichsverfassung zulässig gewesen seien.
102 BGH v. 22.12.1953 – V ZR 6/51 (BGHZ 12, 52); BGH v. 21.10.1954 – III ZR 210/51 (BGHZ 15, 84, 86).
103 BGH v. 20.12.1956 – III ZR 82/55 (BGHZ 23, 30). Eine solche Sozialbindung wurde erst recht für kurzfristige Bausperren angenommen (BGH v. 25.6.1959 – III ZR 220/57 (BGHZ 30, 338)).
104 BGH v. 22.5.1967 – III ZR 124/66 (BGHZ 48, 46).
105 BGH v. 3.3.1958 – III ZR 157/56 (BGHZ 27, 15, 24).
106 BGH v. 16.10.1952 – III ZR 180/50 (BGHZ 7, 296).
107 RGZ 156, 305.
108 BGH v. 19.2.1953 – III ZR 208/51 (BGHZ 9, 83).
109 BGH v. 12.4.1954 – GSZ 1/54 (BGHZ 13, 88 = *NJW* (1954), S. 993).

nen: Eine Ersatzpflicht bestand etwa nicht gegenüber Ausländern,[110] und die gesetzlichen Haftungsbeschränkungen wie etwa § 21 Bundesnotarordnung galten auch in diesem Bereich.[111] Schließlich unterließ es der BGH, eine spezifische Gefährdungshaftung zu entwickeln, so dass bei Versagen einer Verkehrsampel eine Staatshaftung nicht bestand.[112]

Die Entschädigung wegen einer Enteignung war nicht auf das Grundrecht der Eigentumsgarantie beschränkt, bereits in der Weimarer Republik hatte eine Erweiterung des Schutzes vor Enteignung auf andere vermögenswerte Rechte des Bürgers stattgefunden, eine Sicht, die der Große Senat des BGH übernommen hat.[113] Begründet wurde dies mit der Überlegung, dass der moderne Staat nach allen möglichen Rechten der Bürger greife, so dass auch der verfassungsrechtliche Schutz umfassend gewährt werden müsse.

6.3.3 Die Aufopferung

Ergänzend gab es, wie schon vom Reichsgericht entwickelt, Aufopferungsansprüche, die die Fälle erfassten, in denen der Staat nicht zielgerichtet in Rechte Privater eingegriffen hatte, sondern Schäden staatlichen Handelns ungewollt entstanden. Unter Bezugnahme auf den im Allgemeinen Preußischen Landrecht enthaltenen Rechtsgrundsatz[114] sind beispielsweise etwa der klassische Manöverschaden anerkannt worden[115] oder ein Anspruch für den Inhaber eines landwirtschaftlichen Betriebes, der durch Bauarbeiten auf der benachbarten Autobahn in Mitleidenschaft gezogen worden war.[116] Der BGH-Senat erweiterte jedoch die Rechtsprechung nicht unwesentlich, denn das Reichsgericht hatte Ansprüche ausgeschlossen gegenüber gesetzlich angeordneten Maßnahmen. Der BGH sprach jedoch auch Schadensersatz wegen Impfschäden zu, so bei einer Zwangsimpfung gegen Pocken, die nach dem Impfgesetz von 1874 vorgeschrieben war.[117] Die Haftung wurde wenige Jahre später noch auf die Konstellation erweitert, dass die Impfung zwar nicht gesetzlich verpflichtend vorgeschrieben war,

110 BGH v. 10.5.1954 – III ZR 45/53 (BGHZ 13, 241).

111 BGH v. 23.4.1953 – III ZR 103/52 (BGHZ 9, 289).

112 BGH v. 15.10.1970 – III ZR 169/67 (BGHZ 54, 332).

113 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270) bestätigt in BGH v. 19.2.1953 – III ZR 208/51 (BGHZ 9, 83).

114 Das war jahrzehntelang aus § 75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten von 1794 abgeleitet worden.

115 BGH v. 15.3.1962 – III ZR 211/60 (BGHZ 37, 44).

116 BGH v. 15.6.1967 – III ZR 23/65 (BGHZ 48, 98).

117 BGH v. 19.2.1953 – III ZR 208/51 (BGHZ 9, 83); diese Entscheidung bezeichnete Hußla als „geradezu revolutionär" (Aus der Rechtsprechung des III. Zivilsenats, S. 34); genauso sah es der Große Zivilsenat: BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270). Weitere Entscheidung zu einem Impfschaden: BGH v. 15.10.1956 – III ZR 226/55 (BGHZ 22, 43). Auch der Mutter eines Impflings, die sich bei ihrem Kind angesteckt hatte, wurde ein Aufopferungsanspruch zugesprochen, allerdings unter Berücksichtigung eines Mitverschuldens (BGH v. 6.6.1966 – III ZR 167/64 (BGHZ 45, 290, 296)).

aber staatliche Behörden psychisch Druck dahingehend ausgeübt hatten, sich impfen zu lassen.[118] Dem hoheitlichen Zwang wurde damit der psychische an die Seite gestellt. Anders als das Reichsgericht, das noch auf den jeweiligen Einzelakt abgestellt hatte, wandte der BGH nunmehr die Sonderopfertheorie an und sah den entschädigungspflichtigen Eingriff in der erwähnten Grundsatzentscheidung vom Juni 1952 darin,

> dass sie dem einzelnen oder einer Gruppe eine Belastung zumutet, die ihm (oder der Gruppe) im Vergleich zu anderen ein Sonderopfer abverlangt, was ihn unter Verletzung des Gleichheitssatzes besonders trifft.[119]

Allerdings führte die Sonderopfertheorie nicht immer zu einem überzeugenden Ergebnis: So wurde etwa ein Anspruch eines Landwirts aus dem Rheinland abgelehnt, der 1940 aufgrund eines Beschlusses des Erbgesundheitsgerichts sterilisiert worden war,[120] und zwar, wie sich im Nachhinein herausstellte, aufgrund einer fehlerhaften Diagnose.[121] Da die Anordnung der Maßnahme durch das Erbgesundheitsgericht ein Akt der Rechtsprechung gewesen sei, lehnte der III. Senat einen Amtshaftungsanspruch (gem. § 839 Abs. 2 BGB) ab. Aber auch ein Aufopferungsanspruch sei nicht gegeben.[122] Zwar sei dem Kläger zweifellos ein Opfer abverlangt worden, da er sich ja nicht freiwillig habe sterilisieren lassen. Dieses Opfer habe ihn jedoch nicht ungleich getroffen, weil die Pflichtenlage für alle Bürger bestanden habe. Ersetzbar wären lediglich Schäden, die über die Sterilisation hinausgingen, während hier Folgen eingetreten seien, die der Einzelne nach dem Willen des Gesetzgebers hinzunehmen hätte. Mehrfach wird in der Entscheidung die Impfung zum Vergleich herangezogen. Wenn im Einzelfall ein über die Unfruchtbarmachung als solche hinausgehender Schaden als mittelbare Schädigung aufgrund der Sterilisation eingetreten wäre, zum Beispiel eine schwere seelische Störung, so könnten – in Parallele zu den Impfschäden – die Voraussetzungen für einen Aufopferungsanspruch gegeben sein, soweit die Maßnahme rechtswidrig gewesen war.[123] Der Senat lehnte in dem konkreten Fall den Anspruch jedoch ab, weil die Rechtswidrigkeit zwar bestanden habe, aber nur aufgrund einer fehlerhaften Entscheidung des Erbgesundheitsgerichts; und Fehlentscheidungen eines unabhängigen Gerichts seien als allgemeines Lebensrisiko hinzunehmen.[124]

---

118 So bejaht bei einem Tuberkulose-Impfblatt für Eltern hinsichtlich einer Impfung ihrer Kinder (BGH v. 18.3.1957 – III ZR 212/55 (BGHZ 24, 45); zur „Merkblattimpfung“ auch: BGH v. 23.11.1959 – III ZR 146/58 (BGHZ 31, 187)).

119 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270, 280).

120 BGH v. 19.2.1962 – III ZR 23/60 (BGHZ 36, 379).

121 Anlass der Maßnahme war eine angebliche Schizophrenie gewesen.

122 So das Urteil v. 30.11.1953 – III ZR 234/52. Ursprünglich hatte der Senat damit argumentiert, die Regelung zur Kostentragung im Gesetz von 1933 sei abschließend, dann aber gemerkt, dass dies zu kurz greift (S. 388).

123 BGH v. 19.2.1961 – III ZR 23/60 (BGHZ 36, 379, 391). Eine „normale“ Unfruchtbarmachung hätte, so der Senat, kein Sonderopfer bedeutet (S. 390 f.).

124 BGH v. 19.2.1961 – III ZR 23/60 (BGHZ 36, 379, 393).

Problematisch an dieser Entscheidung ist unter anderem der nicht passende Vergleich zwischen einer Sterilisation und einer Impfung, da der Zweck der beiden Gesetze ein ganz unterschiedlicher war.[125] Denn die Impfpflicht soll eine konkrete, mitunter sogar aktuelle Gefahr (für die Volksgesundheit) bekämpfen, während eine eugenische Maßnahme wie die Zwangssterilisation sich erst auf spätere Generationen auswirkt. Ferner wird letztere sehr selektiv angewandt und trifft dadurch gerade nicht alle Menschen gleich. Dies stellt einen entscheidenden Unterschied zu einer Impfung dar, die vielleicht auch nicht alle Menschen, die im Geltungsbereich eines Gesetzes leben, trifft, aber deutlich weniger aussortiert als die Sterilisationsregelung. Da hilft auch der Hinweis auf die Alliierten, die das Erbgesundheits-Gesetz nicht für unwirksam erklärt haben, sowie der Hinweis auf Sterilisationsgesetze anderer Länder vor dem Zweiten Weltkrieg wenig. Denn das Gesetz von 1933 trägt bereits in seiner Tendenz, aber erst recht in seiner praktischen Handhabung Aspekte einer menschenverachtenden Selektionspolitik in sich, unabhängig davon, ob andere Länder damals ähnlich gedacht haben. Ein Sonderopfer hätte man insoweit durchaus auch bejahen können.

6.3.4 Der Gewerbebetrieb

In einer Reihe von weiteren Fällen waren weder das Eigentum noch der Körper der Kläger beeinträchtigt, sondern der Gewerbebetrieb. Auch dieser hatte, so die weitgehend akzeptierte Rechtsprechung, Anteil am Grundrechtsschutz für das Eigentum, so dass eine dahingehende Verletzung auch einen Anspruch aus enteignungsgleichem Eingriff auslösen konnte. In vielen Fällen erwiesen sich allerdings die Klagen als nicht erfolgreich, weil es an der von der Rechtsprechung geforderten Unmittelbarkeit beziehungsweise Betriebsbezogenheit des Eingriffs fehlte, so etwa die Klage von Krabbenfischern, die aufgrund eines Dammbaues in der Elbmündung einen Umweg zu ihren Fanggründen machen mussten,[126] oder eines Brotherstellers, der sich durch eine Zollherabsetzung für schwedische Backwaren in seiner wirtschaftlichen Existenz gefährdet sah.[127] Ein Schutzzoll sei kein Wert, der dem Gewerbebetrieb zugehöre. Ebenso wenig wurde eine Minderung der Einnahmen erstattet, die dadurch bedingt war, dass durch den Bau einer Umgehungsstraße weniger Verkehr an dem an der Rheinuferstraße liegenden Gaststättenbetrieb des Klägers vorbeigeführt wurde,[128] denn die Rahmenbedingungen seien nicht als „Bestandteile“ des Gewerbebetriebes anzusehen und insoweit auch nicht geschützt. Dies galt auch für die Klage eines Imkers, der geltend

125 Die Presse hat überwiegend kritisch über die Entscheidung berichtet: Die *WELT*, 6.7.1962; *FAZ*, 6.7.1962.

126 BGH v. 31.1.1966 – III ZR 110/64 (BGHZ 45, 150).

127 BGH v. 31.1.1966 – III ZR 127/64 (BGHZ 45, 83), denn der Schutzzoll gehöre nicht zum Gewerbebetrieb des Klägers.

128 BGH v. 29.5.1967 – III ZR 143/66 (BGHZ 48, 58).

machte, durch die Schädlingsbekämpfung seitens der Gemeinde seien seine Bienen geschädigt worden,[129] und auch eine Bausperre sei aus Planungsgründen hinzunehmen, wenn damit eine sinnvolle Bebauung eines Gebietes ermöglicht werden soll.[130] Die Aufstellung von Verkaufsbaracken auf einem Grundstück unmittelbar neben einer Gastwirtschaft wurde dagegen als unzulässiger Eingriff gewertet.[131]

Hinsichtlich der Rechtsfolge blieb der BGH bei der Linie, dass zwar eine Entschädigung geleistet, aber keine vollständige Naturalrestitution gewährt wurde,[132] das heißt das schädigende „Ereignis" wurde nicht beseitigt. Anderenfalls würde ja, etwa bei der Aufhebung von Verwaltungsakten, die Zivilrechtsprechung in das Verwaltungsrecht hinübergreifen.[133] Der Anspruch war gegen den Begünstigten zu richten, das war entweder der Staat oder die Gemeinde. Wenn ein Bürgermeister, dem 1945 viele Flüchtlinge vom Bundesland zugewiesen wurden, diese rechtswidrig in einer Pension untergebracht hatte, sei letztlich das Land begünstigt und somit entschädigungspflichtig.[134] Für Handlungen der britischen Militärverwaltung hafte grundsätzlich der Staat, da die Alliierten der Sache nach die Staatsgewalt in Deutschland ausgeübt hätten.[135] Die Ansprüche aus Enteignung beziehungsweise enteignungsgleichem Eingriff, die vor der Währungsumstellung entstanden waren, wurden vom Großen Senat des BGH insoweit privilegiert behandelt, als sie nicht der Währungsumstellung unterfielen, sondern im Verhältnis 1:1 zu zahlen waren.[136]

Die BGH-Rechtsprechung in dieser Zeit lässt sich dahingehend zusammenfassen, dass sich die Entschädigungen wegen Enteignung beziehungsweise wegen eines enteignungsgleichen Eingriffs im Wesentlichen an der Auferlegung eines Sonderopfers orientierten. Zukunftsweisend war die Rechtsprechung insoweit, als sie einerseits die Eigentums- und Enteignungslehre ausweitete und andererseits die Entschädigungspflicht des Staates davon unabhängig machte, ob die enteignende Maßnahme rechtmäßig war oder nicht oder ob die Entschädigung in einem Gesetz vorgesehen war. Im Vergleich mit dem Bundesverwaltungsgericht, das auf die psychische Schwere des Eingriffs als Kriterium abgestellte, vertrat der BGH letztlich einen weitergehenden Enteignungsbegriff.[137] In einzelnen Entscheidungen haben die Zivilsenate durchaus auch

129 BGH v. 28.2.1955 – III ZR 136/54 (BGHZ 16, 366).

130 BGH v. 25.6.1959 – III ZR 220/57 (BGHZ 30, 338), sogenanntes Freiburger Bausperren Urteil.

131 BGH v. 28.1.1957 – III ZR 141/55 (BGHZ 23, 157).

132 Schon in BGH v. 23.4.1954 – III ZR 103/52 (BGHZ 9, 289).

133 So die Begründung des Großen Zivilsenats: BGH v. 19.12.1960 – GSZ 1/60 (BGHZ 34, 99).

134 BGH v. 10.6.1954 – III ZR 89/53 (BGHZ 13, 395); BGH v. 1.6.1954 – III ZR 9/53 (BGHZ 13, 371).

135 BGH v. 14.7.1953 – V ZR 127/51 (BGHZ 10, 255, 263 ff.).

136 BGH v. 16.11.1953 – GSZ 5/53 (BGHZ 11, 156, 162 ff.). In diesem Punkt waren der III. und der V. Zivilsenat unterschiedlicher Auffassung gewesen.

137 Schließlich hat das Bundesverfassungsgericht die Inhalts- und Schrankenbestimmungen des Eigentums erweitert und damit die Rechtsprechung des BGH in einem wesentlichen Punkt zurückgefahren (BVerfG v. 12.6.1979 – 1 BvL 19/76 (BVerfGE 52, 1 ff.); BVerfG v. 15.7.1981 – 1 BvL 77/78 (sogenannter Nassauskiesungs-Beschluss – BVerfGE 58, 300 ff.).

materielle Gesichtspunkte gelten lassen, ohne auf einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz abzustellen.[138] Als Fazit ist festzuhalten, dass der BGH das weitgehende Fehlen gesetzlicher Regeln im Staatshaftungsrecht durch seine Rechtsprechung kompensiert und letztlich die Individualrechtsgüter, vor allem das Eigentum, gestärkt hat, dies vor allem aufgrund der skeptischen Haltung gegenüber einem Staat, der nach allen möglichen Rechtsgütern seiner Bürger greife.

Die Personen, die an dieser Rechtsprechung beteiligt waren, haben sehr unterschiedliche Biografien gehabt: Willi Geiger, der an mehreren der geschilderten Entscheidungen, zum Teil als Vorsitzender, beteiligt war, ist im ersten Teil bereits ausführlich geschildert worden. Den Vorsitz führte mitunter auch Otto Riese, der sich in der NS-Zeit als Honorarprofessor in Lausanne, wie es eine Bemerkung in der Personalakte ausdrückt, vor dem Nationalsozialismus versteckt habe. Die meisten Richter waren in der NS-Zeit bereits im Justizdienst und in der Partei gewesen, etwa Wilhelm Meiss, Erich Hußla, Hellmuth Delbrück. Wilhelm Weber, der nicht NSDAP Mitglied war, sowie Herbert Arndt sind in der Wehrmachtsjustiz tätig gewesen. Kurt Pagendarm und Georg Rietschel waren dagegen nicht Parteimitglieder, ja geradezu Gegner des NS-Systems gewesen.

6.4 Die Anwendung der Grundrechte im Zivilrecht

6.4.1 Der *ordre publique* – Ein Einfallstor für die Grundrechte in das Privatrecht?

Die Frage, welche Rechtsordnung bei einem Sachverhalt mit Auslandsberührung anzuwenden ist, bestimmt sich nach den Anknüpfungsregeln des Internationalen Privatrechts,[139] die weitgehend noch unverändert so bestanden, wie sie 1900 in Kraft getreten waren. Die nationalsozialistische Zeit hatte in diesem Bereich auch kaum Spuren hinterlassen,[140] was zum Teil damit erklärt wird, dass die nationalsozialistische Ideologie an internationalen Sachverhalten wenig interessiert gewesen war.[141] Aber auch die Umstände, dass die Richter mit der Materie wenig vertraut gewesen seien[142] beziehungsweise dass die Auswanderung wichtiger Persönlichkeiten aus der Rechtswissenschaft Kompetenz gekostet habe, wurden zum Teil als Grund angeführt.[143] Ganz generell stellte sich in den 1950er Jahren jedenfalls das Problem, inwieweit einer ausländischen Vorschrift die Anwendbarkeit zu versagen ist, weil das ausländische Recht mit elementaren Grundsätzen der bundesdeutschen Rechtsordnung, konkret

138 Zum Beispiel: BGH v. 25.6.1959 – III ZR 220/57 (BGHZ 30, 338).
139 Art. 7 bis 31 EGBGB.
140 Raiser, Die Rechtsprechung, S. 168; Külper, Die Gesetzgebung, S. 247 ff.
141 Weber, Die Theorie der Qualifikation, S. 137 f.
142 Raiser, Die Rechtsprechung, S. 168.
143 Weber, Die Theorie der Qualifikation, S. 138.

den Grundrechten, nicht in Einklang stand – sogenannter *ordre publique* (damals Art. 30 EGBGB aF). Ob das Grundgesetz, speziell die Grundrechte, im Rahmen dieser Prüfung eine Rolle spielten, war noch nicht geklärt. In diesem Punkt übte der BGH große Zurückhaltung und hat einen Grundrechtsverstoß eher verneint oder – trotz einer festgestellten Diskrepanz mit den Grundrechten – der ausländischen Rechtsordnung die Geltung gleichwohl nicht abgesprochen.[144]

Insbesondere die Bedeutung der in Art. 6 Abs. 1 GG unstreitig enthaltenen Eheschließungsfreiheit wurde vom Gericht nicht mit dem notwendigen Gewicht gewürdigt: Eine fehlende Scheidungsmöglichkeit einer ausländischen Rechtsordnung wurde selbst bei starkem Inlandbezug in ihrer Wirksamkeit nicht in Zweifel gezogen.[145] So wollte im Jahre 1964 eine ursprünglich deutsche Frau[146] von ihrem niederländischen Ehemann geschieden werden, die beiden hatten zunächst in Duisburg gelebt, bevor der Mann sie und die Kinder hatte sitzen lassen. Weil er wegen Diebstahls von der Polizei gesucht wurde, war er in die Niederlande geflohen. Der IV. Senat meinte, der Scheidungsgrund der böslichen Verlassung sei nicht gegeben, weil der Mann ja im Ausland einen neuen Wohnsitz begründet habe. Da dieses Recht (nur) dem Ehemann zustand, war nicht mehr Duisburg der eheliche Wohnsitz, sondern die Niederlande. Für die Scheidung galt niederländisches Recht, und da die dafür (nach niederländischem Recht) notwendige Voraussetzung der böslichen Verlassung nicht vorlag, war der Frau die Scheidung verwehrt. Dies sei hinzunehmen,[147] eine Haltung des IV. Zivilsenats, die sich in seine oben geschilderte scheidungsfeindliche Tendenz einfügt.

Ähnlich sah es auch für eine – geschiedene – Deutsche aus, die einen Spanier heiraten wollte. Dem stand das spanische Recht entgegen, denn katholische Spanier konnten nach spanischem Recht nur eine kanonische Ehe eingehen; und danach war die Ehe des Spaniers mit einer geschiedenen Person nicht möglich. Der Antrag des spanischen Verlobten auf Befreiung vom Ehefähigkeitszeugnis wurde abgelehnt. Dies, so der BGH, verstoße nicht gegen den deutschen *ordre publique*.[148] Die Ausführungen des Senats zum Grundgesetz in dem Urteil fallen recht knapp aus: Art. 6 Abs. 1 GG gewährleiste die Ehe lediglich im Bereich der bestehenden Gesetze.[149] Das kanonische

144 Soweit die Verpflichtungsbefugnis der Erben durch einen Testamentsvollstrecker nach Schweizer Recht beschränkt wird, mag man das Ergebnis (kein Verstoß gegen die Grundrechte) auch durchaus nachzuvollziehen (BGH v. 3.10.1962 – V ZR 212/60 (*NJW* (1963), S. 46)).

145 BGH v. 13.3.1964 – IV AR 45/63; BGH v. 19.4.1963 – IV AR 10/63 (Italien); BGH v. 19.4.1963 – IV AR 8/63 (Argentinien) und BGH v. 27.5.1964 – IV AR 14/64 (Spanien); BGH v. 29.4.1964 – IV ZR 93/63 (BGHZ 42, 7 = *NJW* (1964), S. 2013).

146 Mit der Heirat hatte die Frau allerdings die niederländische Staatsangehörigkeit ihres Ehemannes erworben.

147 BGH v. 29.4.1964 – IV ZR 93/63 (BGHZ 42, 7 = *NJW* (1964), S. 2013).

148 BGH v. 12.2.1964 – IV AR 39/63 (BGHZ 41, 136, 147). Der BGH schloss sich in der Sache zwar dem Reichsgericht (RGZ 150, 61, 64) an, zu dessen Zeit allerdings das GG noch nicht galt.

149 Das *impedimentum ligaminis* sei vom deutschen Gesetzgeber akzeptiert worden. Außerdem sei das Verbot im konkreten Fall auch zum Schutz der deutschen Frau sinnvoll, deren neuer Ehemann sich anderenfalls einfach nach Spanien begeben und auf die Nichtexistenz der Ehe verweisen könnte.

Recht erhielt nach dieser Auslegung als traditionell überliefertes Recht Vorrang gegenüber dem Grundgesetz.

In diesem Bereich musste erst das Bundesverfassungsgericht den BGH in die richtige Richtung stoßen, indem es im Jahr 1971 dem Senat widersprach und den *ordre publique*-Grundsatz zum Einfallstor für die Grundrechte machte.[150] Der Haltung des BGH-Senats wird zugutegehalten, dass er sich damals in guter Gesellschaft befunden habe,[151] denn nicht nur Teile der Literatur, sondern auch die damalige Bundesregierung hielt das geltende Recht für akzeptabel. Allerdings ist der Hinweis auf die Bundesregierung, die 1958 in der Tat keine Änderung des Gesetzes wünschte, ein schwaches Argument, weil auch sie kein Vorkämpfer für die Durchsetzung der Grundrechte in diesem Bereich gewesen ist.

In einem anderen Punkt war beim Senat von Zurückhaltung indes nichts zu spüren, und zwar hinsichtlich der Frage, ob eine ausländische Norm gegen unsere wichtigsten Wertvorstellungen verstößt, nämlich beim sogenannten Kranzgeldanspruch aus § 1300 BGB aF. Diese Vorschrift gewährte einer Frau einen Schadensersatzanspruch gegen ihren (früheren) Verlobten, wenn der Mann die Verlobung gelöst und sie ihm die voreheliche Beiwohnung gestattet hatte. In einem Fall, in dem österreichisches Recht anzuwenden war, welches einen solchen Anspruch nicht kannte, wurde der deutschen Frau gleichwohl ein Anspruch aus § 1300 BGB (aF) gegen den österreichischen Verlobten zugesprochen und dies mit dem *ordre publique* begründet. Die Nichtanerkennung eines solchen Anspruchs sollte also gegen elementare deutsche Rechtsgrundsätze verstoßen.[152] Konkret ging es dem Senat schlicht um ein rechtspolitisches Ziel:

> Ins Gewicht fällt, daß die Zahl der Verlöbnisse zwischen deutschen Mädchen und Ausländern in den letzten Jahren, begünstigt durch die äußeren Verhältnisse, erheblich zugenommen hat, und daß es notwendig ist, den deutschen Partnerinnen bei Missbräuchen einen wirksamen Schutz zu gewähren.[153]

Der Schutz deutscher Frauen vor einem – angeblichen – Ausnutzen durch ausländische Männer spielte also eine größere Rolle als, wie gezeigt, die Eheschließungsfreiheit des Art. 6 Abs. 1 GG. Dieses Ergebnis ist insoweit erstaunlich, weil die Vorschrift des § 1300 BGB aF schon damals kritisch gesehen worden war,[154] auch wenn es noch drei Jahrzehnte dauern sollte, bis sie für verfassungswidrig erklärt wurde.[155] Die Diskrepanz, die in der Haltung des IV. Senats bei der Beurteilung der Wertigkeit des

150 BVerfG v. 4.5.1971 – 1 BvR 636/1968.

151 Rühl, Der Einfluss, S. 126.

152 BGH v. 21.11.1958 – IV ZR 107/58 (BGHZ 28, 375, 381 ff.). Ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz war verneint worden durch den Senat in der Entscheidung v. 10.3.1956 – IV ZR 315/55 (BGHZ 20, 195).

153 BGH v. 21.11.1958 – IV ZR 107/58 (BGHZ 28, 386.

154 Gernhuber, Lehrbuch des Familienrechts, § V 2; Nitschke, § 1300 BGB, in: *FamRZ* (1968), S. 424.

155 BVerfG, in: *FamRZ* (1993), S. 662; das Gericht hat eine entsprechende Beurteilung des AG Münster nicht beanstandet.

Rechts auf Scheidung und der Möglichkeit eines Anspruchs auf Kranzgeld zum Ausdruck kommt, dürfte mit der persönlichen Einstellung der Senatsmitglieder zusammenhängen, die bereits oben beim Eherecht dargestellt worden ist. Es ist schon befremdlich, wenn die damals zumindest rechtspolitisch bereits fragwürdige Norm nicht nur als verfassungskonform, sondern sogar als Teil der elementaren Rechtsgrundsätze des deutschen Rechts angesehen wurde.

6.4.2 Die Anfänge der unmittelbaren Grundrechtsanwendung

Ob und inwieweit die Grundrechte im Zivilrecht überhaupt gelten, hat der BGH zunächst nicht erörtert, die grundsätzliche Frage der mittelbaren Drittwirkung wurde erst später zu einem Thema in Rechtsprechung und Literatur. Immerhin hat der I. Zivilsenat im Jahr 1954 ein erstes Zeichen gesetzt und für das aus dem Grundgesetz abgeleitete allgemeine Persönlichkeitsrecht eine Außenwirkung konstatiert: Es entfalte als absolutes Recht Wirkung für und gegen alle – auch im Privatrecht.[156] Und ebenfalls in einer Entscheidung zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht findet sich die Aussage des VI. Senats (im Jahr 1957),[157] dass dieses Recht, obwohl es nicht einfachgesetzlich verankert ist,[158] im Zivilrecht anzuerkennen sei, weil die Grundrechte aus Art. 1 und 2 GG auch im Privatrechtsverkehr gelten; insoweit müsse das Bürgerliche Recht dem Grundgesetz weichen.[159] Ein klares Statement zugunsten des Grundgesetzes und seiner Wirkung im Privatrecht.

Das Verhältnis verschiedener Grundrechte in einem Privatrechtsstreit wurde vor allem dann relevant, wenn zwei Grundrechte miteinander konkurrierten, worauf – mittelbar – der IV. Familiensenat im Jahr 1956 im Rahmen des Eltern-Kind-Verhältnisses einging.[160] Das elterliche Erziehungsrecht sei zwar in Art. 6 Abs. 2 GG verankert, finde aber im Recht des Kindes, nicht zu einer religiösen Handlung gezwungen zu werden (Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Weimarer Reichsverfassung) seine Grenze.[161] Interessant ist, dass zugunsten des Kindes nicht dessen Grundrecht auf Religionsfreiheit (Art. 4 Abs. 1 GG) herangezogen wird. Es scheint, als scheue sich der Senat vor dem unmittelbaren Konflikt zwischen den Grundrechten der Eltern und denen des Kindes, um die elterliche Autorität nicht zu beschädigen, eine Haltung, die das Familienrecht (vor allem im Sorgerecht) lange Zeit bestimmt hat. Immerhin wurden dem elterlichen Handeln in kleinem Rahmen Grenzen gezogen.

156 BGH v. 25.5.1954 – I ZR 211/53 (BGHZ 13, 334 ff.).
157 Dazu gleich unten.
158 Das war vor allem der in der Literatur geäußerte Kritikpunkt.
159 BGH v. 2.4.1957 – VI ZR 9/56 (BGHZ 24, 72, 76 f.).
160 BGH v. 25.9.1956 – IV ZB 96/56 (BGHZ 21, 340).
161 BGH v. 25.9.1956 – IV ZB 96/56 (BGHZ 21, 352 f.).

6.4.3 Die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts

Die frühe BGH-Rechtsprechung hat wesentlich zur Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts beigetragen und seine Bedeutung für die Praxis gerade auch im Verhältnis zu den Medien (Zeitungspresse, Rundfunk) stark beeinflusst.[162] Nicht zufällig sind die ersten Sachverhalte solche, in denen es um Konflikte mit der Presse ging. Zur Begründung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts hat das Gericht vor allem das Grundgesetz und speziell die Grundrechte herangezogen. Eine frühe Entscheidung des I. Senats aus dem Jahr 1954[163] unterstellte „jede sprachliche Festlegung eines bestimmten Gedankeninhalts“ dem Schutz dieses Rechts und wertete eine presserechtliche Veröffentlichung eines Anwaltsschreibens ohne Zustimmung des Betroffenen als Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Autors.

> Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde und das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt [...], muß das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht angesehen werden.[164]

Obwohl keines der in § 823 Abs. 1 BGB aufgeführten Rechte verletzt war, stützte der I. Senat den Schadensersatzanspruch auf diese Norm, da das Persönlichkeitsrecht ein sonstiges Recht darstelle.[165] Begründet hat er diese Abweichung von der Rechtsprechung des Reichsgerichts[166] mit dem Grundgesetz, konkret mit dem Grundrecht auf Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) sowie dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG).[167] Das subjektive private Persönlichkeitsrecht wurde unmittelbar aus den Grundrechten abgeleitet. Auch wenn das Verhältnis von Grundgesetz und Bürgerlichem Gesetzbuch nicht näher beleuchtet wird, stellt dieses Urteil doch einen Meilenstein für die weitere richterrechtliche Marschroute dar, die die Rechtsentwicklung wesentlich beeinflusst hat. In dieser Entscheidung aus dem Jahr 1954 war Berichterstatterin im I. Senat Gerda Krüger-Nieland,[168] eine der ersten Frauen am BGH, die wohl ganz entscheidend Einfluss auf die hier geschilderte Entwicklung ausgeübt haben dürfte. Dies wird unter anderem auch daran deutlich, dass sie zu jenem Thema publiziert hat. Ihr Einfluss und ihr Ansehen im Senat wird nicht

162 Hierzu auch: Alexander, Der Einfluss des Verfassungsrechts, S. 65 ff.
163 BGH v. 25.5.1954 – I ZR 211/53 (BGHZ 13, 334).
164 BGH v. 25.5.1954 – I ZR 211/53 (BGHZ 13, 338).
165 So Nipperdey, Allgemeiner Teil § 78 I 2; kritisch allerdings: Larenz, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: *NJW* (1955), S. 521, 523 f.
166 Das Reichsgericht hatte lediglich die konkret geregelten Persönlichkeitsrechte geschützt, etwa bspw. das Recht am eigenen Bild gemäß dem Kunst- und Urhebergesetz, aber kein darüberhinausgehendes Allgemeines Persönlichkeitsrecht anerkannt (RGZ 69, 401, 403 ff.; RGZ 113, 413).
167 BGH v. 25.5.1954 – I ZR 211/53 (BGHZ 13, 334, 338).
168 BA, Pers 101/75960; Nachruf von Bornkamm/Danckwerts, Eine große Rechtspersönlichkeit, in: *GRUR* (2010), S. 761.

zuletzt auch dadurch bestätigt, dass Gerda Krüger-Nieland 1966 Senatspräsidentin wurde. Und über ihre Rolle beim Gutachten zur Gleichberechtigung ist ja schon oben berichtet worden.

6.4.4 Die Ausweitung des Persönlichkeitsrechts

Bei der Ausdehnung des Persönlichkeitsrechts über den Tod hinaus zog derselbe Senat im Jahr 1954 das Grundgesetz erneut heran,[169] wenn auch die Begründung im wesentlichen urheberrechtlichen Gedanken folgt, was wohl – wieder – auf Krüger-Nieland zurückzuführen sein dürfte, die sich schon vor ihrer Berufung an den BGH im Urheberrecht einen Namen gemacht hatte.[170] In der folgenden sogenannten Paul Dahlke-Entscheidung[171] brauchte der Senat das Grundgesetz nicht zu bemühen, denn es ging um eine Bildaufnahme eines Schauspielers, die von einer Firma zu Werbezwecken benutzt worden war, und das Recht am eigenen Bild war ja durch das Kunst- und Urhebergesetz (KUG) von 1907 bereits einfachgesetzlich geschützt. Mit diesem Urteil von 1956 wurde das Persönlichkeitsrecht aber entscheidend erweitert: Die Interessen eines prominenten Abgebildeten müssten zwar gegenüber den Informationsinteressen der Allgemeinheit unter Umständen zurückstehen, etwa bei Bildern von Personen der Zeitgeschichte (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG). Doch gebühre dem Persönlichkeitsrecht auf jeden Fall der Vorrang vor dem Interesse, ein solches Bild kommerziell nutzen zu wollen.[172]

Im Herrenreiter-Fall[173] wurde der Rechtsschutz bei einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts hinsichtlich der Rechtsfolgen konkretisiert. Nunmehr gewährte der BGH auch Schadensersatz in Geld bei der Verletzung durch die Veröffentlichung eines Fotos ohne Einwilligung der abgebildeten Person, obwohl das BGB ausdrücklich einen Ersatz des immateriellen Schadens in Konstellationen, die nicht im Gesetz genannt waren, ausschloss (§ 253 BGB aF). Methodisch begründete der Senat die Abweichung vom Gesetz[174] – ähnlich wie der VI. Senat ein paar Monate zuvor[175] – mit dem höher-

169 Es ging um die Frage, wem die Tagebücher Cosima Wagners, der verstorbenen Witwe Richard Wagners gehören.

170 BGH v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 (BGHZ 15, 249, 257 f.).

171 BGH v. 8.5.1956 – I ZR 62/54 (BGHZ 20, 345).

172 BGH v. 8.5.1956 – I ZR 62/54 (BGHZ 20, 350 ff.), in Abweichung zu RGZ 125, 80 – Abbildung eines Fußballspielers). Der BGH versuchte allerdings die Diskrepanz zum RG-Urteil zu relativieren, indem er auf die Unterschiede der beiden Fälle verwies.

173 BGH v. 14.2.1958 – I ZR 151/56 (BGHZ 26, 349).

174 Zusätzlich stützt sich der Senat – sehr angreifbar – auf eine Analogie zu § 847 BGB aF, die aber in den Folgeentscheidungen nicht mehr auftaucht. Der VI. Senat hat dagegen immer von einer Entschädigung in Geld (statt Schmerzensgeld) gesprochen (BGH v. 19.9.1961 – VI ZR 259/60 (BGHZ 35, 363); BGH v. 5.3.1963 – VI ZR 55/62 (BGHZ 39, 124 – Fernsehansagerin).

175 BGH v. 18.3.1959 – VI ZR 182/58 (BGHZ 30, 7).

rangigen Grundgesetz, wobei dahinter letztlich die pragmatische Überlegung stand, dass die Verletzung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts eine wirksame Sanktionierung benötigt.[176] Im Ergebnis hat der BGH bereits vor der Grundsatzentscheidung (Lüth) des BVerfG,[177] mit dem dieses im Jahr 1958 die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte billigte, wesentliche Maßstäbe zur Wirkung der Grundrechte im Zivilrecht entwickelt, die überwiegend auf Zustimmung gestoßen sind und sich letztlich durchgesetzt haben. Auch wenn die dogmatische Begründung des Senats angreifbar sein mag, erwies sich diese richterrechtliche Weiterentwicklung des Rechts dennoch als zukunftsweisend. Bis heute ist anerkannt, dass in derartigen Fällen eine – nicht immer einfache – Abwägung verschiedener Grundrechtspositionen vorzunehmen ist, wobei vor allem das Persönlichkeitsrecht und die Presse- (Art. 5 Abs. 2 GG) sowie Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) häufig miteinander kollidieren.[178] Dazu ein Beispiel aus dem Jahre 1957: Eine Vermieterin wollte ihrer Mieterin untersagen, einen Spätheimkehrer in die Wohnung aufzunehmen,[179] was zunächst zu Unmutsäußerungen in der Bevölkerung führte, die dann von einer Illustrierten aufgegriffen und geschürt worden waren; das Blatt hatte über die Vermieterin berichtet, ihr Bild abgedruckt und zum Boykott ihres Geschäftes aufgerufen. Dagegen wehrte sich die Betroffene und hatte vor dem BGH Erfolg, da die Berichterstattung zwar grundsätzlich zulässig, aber die Verwendung des Bildes im Zusammenhang mit einem rechtswidrigen Boykottaufruf nicht mehr von der Pressefreiheit gedeckt sei. Aufgrund der mittlerweile ergangenen Lüth-Entscheidung des BVerfG[180] konnte der IV. Senat ein Jahr später auf eine mittlerweile gefestigte Rechtsprechung zurückgreifen und die Werbung mit dem Bild einer Künstlerin (Caterina Valente) für Zahnprothesen ohne ihre Zustimmung als einen rechtswidrigen Eingriff in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht feststellen.[181]

176 Dies hat der VI. Senat hervorgehoben: BGH v. 18.3.1959 – VI ZR 182/58 (BGHZ 30, 7).

177 BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 (BVerfGE 7, 198).

178 Eine solche Abwägung zwischen Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 5 GG hat der VI. Senat bereits 1959 eingefordert (BGH v. 22.12.1959 – VI ZR 175/58 (BGHZ 31, 308, 312)); es ging um einen Bericht des Wochenmagazins *Der Spiegel* über einen Alten Herrn einer Burschenschaft, dessen Stellungnahme zu einem Ausschluss aus der Verbindung verkürzt und inhaltlich fehlerhaft wiedergegeben worden war.

179 BGH v. 10.5.1957 – I ZR 234/55 (BGHZ 24, 200).

180 BVerfG v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51 (BVerfGE 7, 198).

181 BGH v. 18.3.1959 – IV ZR 182/58 (BGHZ 30, 7). Problematisch war allerdings der Schaden, weil die Klägerin angegeben hatte, ihre Person nicht für Werbezwecke zur Verfügung zu stellen, so dass eine übliche Vergütung nicht festzustellen war (S. 16 ff.).

6.4.5 Die Abwägung verschiedener Grundrechte

Nachdem in der Entscheidung über die Tagebücher Cosima Wagners anerkannt worden war, dass das Allgemeine Persönlichkeitsrecht über den Tod hinauswirkt,[182] entwickelte der I. Senat dieses Thema im „Mephisto-Urteil“ aus dem Jahr 1968[183] weiter. In dem Roman *Mephisto* von Klaus Mann hatte dieser den Schauspieler und Intendanten Gustav Gründgens zum Vorbild der Hauptfigur gemacht, die in der NS-Zeit durch Anbiederung an das System Karriere gemacht hatte. Die Angehörigen des verstorbenen Intendanten wandten sich nun gegen die Veröffentlichung. Letztlich war die Frage zu klären, ob das postmortale Persönlichkeitsrecht von Gründgens der im Grundgesetz ebenfalls verbrieften Kunstfreiheit (Art. 5 Abs. 3 GG) Grenzen setzt. Der Senat führte aus, dass der Tote nicht nur in seinen Taten und Werken fortwirke, sondern auch in sonstigen Ausstrahlungen seiner Persönlichkeit. Genauer drückte dies das Senatsmitglied Krüger-Nieland aus:

> Denn für das Handeln und die Empfindungen eines Lebenden ist es nicht ohne Einfluss, mit welchem Schutz seiner ideellen Belange er nach seinem Ableben rechnen kann. Wer beispielsweise nicht darauf vertrauen kann, dass die Achtung seines Willens, vertrauliche Aufzeichnungen der Öffentlichkeit vorzuenthalten, unter dem Schutz der Rechtsordnung steht, wird sich gezwungen sehen, diese Aufzeichnungen auch dann zu vernichten, wenn er an sich wünschte, sie für bestimmte Personen zu erhalten.

Daher seien

> gesetzliche Garantien zum Schutze seiner Persönlichkeitssphäre über den Tod hinaus geeignet und erforderlich, der Entfaltung seiner Persönlichkeit zu Lebzeiten den angemessenen Freiheitsspielraum zu sichern.[184]

Das Gericht hat daher dieses Recht abgewogen mit dem Recht des Künstlers, auch frei erfundene Handlungen zu schildern und als Vorbild für die künstlerische Gestaltung tatsächlich existierende Personen zu wählen. Die Grenze der Kunstfreiheit zog der Senat dort, wo das menschliche Vorbild in seinen Charakterzügen grundlegend negativ entstellt wird. Das wurde für die Darstellung, mit der Klaus Mann den Schauspieler und Intendanten Gustav Gründgens und sein Verhalten in der nationalsozialistischen Zeit in dem Roman bedacht hatte, bejaht und insoweit als ein rechtswidriger Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Verstorbenen gewertet.[185] Die Entscheidung wurde zwar dafür kritisiert, dass sie die Kunstfreiheit zu gering eingeschätzt habe, bedeut-

182 BGH v. 26.11.1954 – I ZR 266/52 (BGHZ 15, 249, 250); zu dieser Entscheidung mehr unten.

183 BGH v. 20.3.1968 – I ZR 44/66 (BGHZ 50, 133 = *GRUR* (1968), S. 552).

184 Krüger-Nieland, Persönlichkeitsschutz, in: *GRUR* (1968), S. 524.

185 Rechtsfolge war folgerichtig ein Unterlassungsanspruch, der von den nächsten Angehörigen des Verstorbenen geltend gemacht werden könne.

sam bleibt sie aber für den Persönlichkeitsschutz Verstorbener und die methodische Vorgabe der Grundrechtsabwägung.

Und der VI. Senat setzte die von den Kollegen eingeschlagene Linie fort. Ein Arzt hatte dagegen geklagt, dass er in einem Fernsehbeitrag gezeigt worden war, in dem seine unrühmliche Rolle als Zeuge in einem Prozess vor dem Volksgerichtshof dargestellt wurde. Damals hatte der Arzt als Belastungszeuge gegen einen Kollegen ausgesagt und diesen denunziert. In dem Fernsehbericht waren Bilder von ihm in seiner jetzigen Wohnungs- und Lebenssituation zu sehen, wogegen sich der Arzt wehrte. Der Senat entschied, dass diese Art der Berichterstattung unzulässig gewesen sei. Rechtlich unproblematisch wäre es gewesen, so das Gericht, Bild- oder Filmmaterial aus den 1940iger Jahren zu verwenden, weil insoweit ein Sachbezug gegeben sei. Aber es bestehe kein allgemeines Interesse daran, die aktuelle Lebenssituation des Klägers zu erfahren.[186] Die Kritiker der BGH-Entscheidung machten geltend, es dürfe keine staatliche Überprüfung geben, ob ein allgemeines Interesse an einer Berichterstattung existiere, die Pressefreiheit sei sonst gefährdet.[187] Nun hat der Senat nicht ein staatliches Zensurrecht etabliert, sondern zutreffend festgestellt, dass eine Bildberichterstattung grundsätzlich ein Einverständnis des Abgebildeten voraussetzt, das eben nur übergangen werden kann, wenn andere Interessen dies rechtfertigen. Damit kommt man um eine Abwägung nicht herum. Entscheidend war im konkreten Fall, dass der Arzt nicht als Person der Zeitgeschichte eingeordnet wurde.[188] Das mag man anders sehen, wenn man, wie Arndt,[189] das Recht am Bild für relativ schwach hält, gleichwohl ist die Abwägung sicher nicht so eindeutig, wie er glauben machen will.

Die Presse- und Meinungsfreiheit und das Persönlichkeitsrecht prallten in privaten Auseinandersetzungen oft aufeinander, so dass hier ein klassischer Anwendungsbereich der Grundrechte im Privatrecht bestand. Ansprüche wegen Verletzung eines Gewerbebetriebs wurden sogar häufiger nicht gegenüber dem Staat, sondern gegenüber privaten Eingriffen geltend gemacht, und schon früh stellte der BGH klar, dass das Recht auf den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nur in seinem Bestand geschützt sei,[190] sondern darüber hinaus in seinen verschiedenen Erscheinungsformen vor unberechtigten Störungen Schutz genieße. Insoweit könnten Ansprüche auch gegenüber geschäftsschädigenden Äußerungen in Betracht kommen, selbst wenn Kläger und Beklagte nicht in unmittelbarem Wettbewerb stünden.[191] Ein Kirchenblatt des Bistums Münster hatte die Zeitschrift *Constanze* hart kritisiert, die sich gegen mehrere Formulierungen in dem Artikel (unter anderem die Polemik, das Blatt sei „eine Blüte aus dem Sumpf der fragwürdigen Kulturerzeugnisse“) delikts-

186 BGH v. 16.9.1966 – VI ZR 268/64 (*NJW* (1966), S. 2353).
187 So Arndt, in: *NJW* (1967), S. 1845 f.
188 BGH v. 16.9.1966 – VI ZR 268/64 (*NJW* (1966), S. 2353).
189 *NJW* (1967), S. 1846.
190 Diese Beschränkung hatte das Reichsgericht vertreten.
191 BGH v. 26.10.1951– I ZR 8/51 (BGHZ 3, 270 = *NJW* (1952), S. 660).

rechtlich zur Wehr gesetzt hatte. Der I. Senat zog im Jahr 1951 (Constanze I)[192] die Grenzen des Meinungskampfes bei geschäftsschädigenden Werturteilen recht eng, indem er eine unnötig scharfe Polemik, die über die sachliche Kritik hinausging, für nicht mehr zulässig hielt.[193] So seien

> rechtsverletzende Äußerungen nur dann durch die Wahrung berechtigter Interessen gerechtfertigt, wenn sie objektiv nach Inhalt, Form und Begleitumständen das geborene und notwendige Mittel zur Erreichung eines rechtlich gebilligten Zweckes bilden.[194]

Im konkreten Fall sah der Senat wegen der zu scharfen Wortwahl die zulässige Grenze überschritten. Eine andere Wertung nahm 14 Jahre später der VI. Senat vor,[195] als er in einer Auseinandersetzung zwischen der Zeitschrift *Der stern* und dem Blatt *Echo der Zeit* (sog. „Höllenfeuer"-Fall) auch starke Angriffe, die gegenüber dem *stern* geäußert worden waren (Vorwurf des „Dummenfangs") für noch von der Meinungsfreiheit gedeckt ansah, jedenfalls als Reaktion auf einen ebenfalls nicht immer sachlichen Artikel. Eine solche Antikritik dürfe im nicht immer moderaten Meinungskampf auch polemische Elemente enthalten. Bedeutsam bleibt aber die Tatsache, dass die Grundrechte auch im Privatrecht gelten und gegeneinander abgewogen werden müssen.

Der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs war aber nicht nur gegenüber betriebsschädigenden Äußerungen geschützt, sondern auch gegenüber allen möglichen anderen Eingriffen. Allerdings sollte dieses Recht, das als ein Minus gegenüber dem Eigentumsrecht angesehen wurde, nicht in größerem Maße geschützt werden als das grundrechtlich verbriefte Eigentum. Daher verlangte die Rechtsprechung, dass ein Eingriff in den Gewerbebetrieb nur dann ersatzfähig ist, wenn er den Betrieb unmittelbar trifft und insoweit betriebsbezogen ist. Im Stromkabelfall wurden diese Voraussetzungen konkretisiert: Durchtrennt ein Baggerfahrer fahrlässig ein Stromkabel mit der Folge, dass ein Gewerbebetrieb als Stromkunde durch den Stromausfall einen Schaden erleidet, so sei dieser nicht zu ersetzen.[196] Es fehle an der Unmittelbarkeit und Betriebsbezogenheit[197] des Eingriffs.

Die dargestellte Abwägung zwischen verschiedenen Grundrechten spielte bis in den strafrechtlichen Bereich hinein, so bei der Kollision der Meinungsfreiheit mit dem Schutz der Ehre bei dem Straftatbestand der Beleidigung. Auch bei diesem Thema wurden die Belastungen aus der Vergangenheit in Verfahren vor dem BGH deutlich: So entschied der 5. Strafsenat, dass die Bezeichnung eines Widerstandskämpfers als „Landesverräter" eine Beleidigung darstellt.[198] Schwieriger war es bei Pauschalat-

192 BGH v. 26.10.1951 – I ZR 8/51 (BGHZ 3, 270).
193 Eine Beleidigungsabsicht sei nicht erforderlich.
194 BGH v. 26.10.1951– I ZR 8/51 (BGHZ 3, 270, 281).
195 BGH v. 21.6.1966 – VI ZR 261/64 (BGHZ 45, 296).
196 BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57 (BGHZ 29, 65).
197 BGH v. 9.12.1958 – VI ZR 199/57 (BGHZ 29, 65, 70, 74).
198 BGH v. 6.5.1958 – 5 StR 14/58 (BGHSt 11, 329).

tacken, etwa bei einer Schmähung des Berliner Abgeordnetenhauses; die Formulierung „Abgeordnete verletzen die Verfassung“ stelle noch keine Beschimpfung des Landes dar, weil nicht der Staat getroffen werden solle.[199] Bei Personenmehrheiten wurde die Beleidigungsfähigkeit eher abgelehnt. Dementsprechend hat das Oberlandesgericht Frankfurt die Beleidigungsfähigkeit der Juden in Deutschland verneinen wollen, wohingegen der 1. Strafsenat des BGH diese als verfolgte Personengruppe durchaus für beleidigungsfähig erkannte,[200] da der Kreis der Betroffenen eindeutig bestimmbar sei.[201]

6.4.6 Fazit

Die Grundrechte, vor allem das Eigentumsrecht und das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, wurden vom BGH einem besonderen Schutz unterstellt, was eine bedeutende Rechtsfortbildung der 1950er Jahre darstellt, die bis heute nachwirkt. Im Wesentlichen ist dies das Werk des I. Senats gewesen, der allerdings in der Frage der Gleichberechtigung der Geschlechter gespalten war, da ein Teil des Senates eine rückwärtsgewandte Sicht vertrat, was aber auch für weite Teile der Richterschaft des BGH in dieser Zeit galt. Die Abwägung verschiedener Grundrechte, vor allem des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf der einen mit dem Recht der Meinungsfreiheit beziehungsweise der Pressefreiheit auf der anderen Seite, erhält bereits Ende der 1950er Jahre die Konturen, die Jahrzehnte galten, bevor der Europäische Gerichtshof in diesem Bereich neue Kriterien für maßgeblich bestimmte.

6.5 Die Justizgrundrechte – Die Rückkehr zu rechtsstaatlichen Verfahren

6.5.1 Die Verfahrensgrundsätze

Wie wichtig das Verfahrensrecht für einen funktionierenden Rechtsstaat ist, war gerade durch die massiven Rechtsverletzungen in den zwölf Jahren von 1933 bis 1945 sehr deutlich geworden. Die im Wesentlichen im 19. Jahrhundert erkämpften Verfahrensgrundsätze der Mündlichkeit, der Öffentlichkeit und der Unmittelbarkeit des Strafverfahrens sowie der Grundsatz des gesetzlichen Richters waren in der NS-Zeit massen-

199 BGH v. 2.10.1957 – 3 StR 28/57 (BGHSt 11, 11).

200 BGH v. 28.2.1958 – 1 StR 387/57 (BGHSt 11, 207 = *NJW* (1958), S. 599). Der Angeklagte hatte geäußert: „Der Jude ist wie eine Laus, die setzt sich in Pelz und geht nicht mehr raus. Der Hitler hat so schön aufgeräumt mit dieser Gesellschaft, jetzt sind sie schon wieder da.“

201 Grundsätzlich hatte der 1. Senat klargestellt, dass auch juristische Personen Ehrenschutz genießen können (BGH v. 8.1.1954 – 1 StR 260/53 (BGHSt 6, 186)).

haft missachtet beziehungsweise abgeschafft worden, verbotene Vernehmungsmethoden bis zur Folter waren in den Ermittlungsverfahren an der Tagesordnung. Die rechtsstaatlichen Anforderungen an ein Verfahren mussten nach dem Krieg wieder ins Bewusstsein gebracht, aber auch konkretisiert und zum Teil weiterentwickelt werden. Das Grundgesetz hat mit seinen Justizgrundrechten in Art. 101 GG und 103 GG ein entsprechendes Zeichen gesetzt, und der BGH trug in diesem Bereich – auch wenn es manche Kritik in Einzelfragen gab – wesentlich dazu bei, dass das deutsche Verfahrensrecht rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt und dass die unteren Instanzen diese Grundsätze (überwiegend) ernst nehmen.

Der gesetzliche Richter

Viele BGH-Entscheidungen im verfahrensrechtlichen Bereich betreffen das Gebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs 1. S. 2 GG). Dabei ging es häufig um formale Fragen der Besetzung eines Kollegialgerichts, etwa bei Verhinderung eines Mitglieds oder ein Einspringen eines Richters bei Überlastung eines Kollegen. In Modifikation der Auffassung des Reichsgerichts erkannte der BGH eine Verletzung des Geschäftsverteilungsplans als Revisionsgrund an,[202] entsprechend wurde immer wieder der Geschäftsverteilungsplan eines Gerichts als unzulässig angegriffen: War dieser nicht ordnungsgemäß erstellt[203] oder in der Praxis fehlerhaft angewandt worden,[204] konnte dies eine erfolgreiche Revision begründen,[205] zum Beispiel in einer Situation, in der nach einer Absage mehrerer Hilfsschöffen der Präsident sich nicht anders zu helfen wusste als durch Los einen Hauptschöffen zu bestimmen.[206] Unzulässig sei es ferner, Richter nicht für ein Geschäftsjahr, sondern nur bis zur Erledigung bestimmter Verfahren einer Kammer zuzuweisen,[207] ebenso die kurzfristige Zuweisung von Beisitzern, ohne dies im Voraus für das Geschäftsjahr festzulegen,[208] denn es gehe hier um einen wichtigen rechtsstaatlichen Grundsatz.[209] Nicht zulässig sei es schließlich, bei

202 BGH v. 6.1.1953 – 2 StR 162/52 (BGHSt 3, 353): hier war der absolute Revisionsgrund des § 338 Nr. 1 StPO (unvorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts) gegeben; BGH v. 28.9.1954 – 5 StR 275/53 (BGHSt 7, 23); BGH v. 8.2.1955 – 5 StR 561/54 (BGHSt 7, 205); zur Bedeutung und zu den Unterschieden im Verhältnis zum Reichsgericht: Sarstedt, Strafverfahren, in: *DRiZ* (1960), S. 349.

203 BGH v. 28.11.1958 – 1 StR 398/58 (BGHSt 12, 159). In dieser Entscheidung hat der 1. Senat zwar die Zuweisung eines Ersatzes für ein verhindertes Kammermitglied gebilligt; dies dürfe allerdings nicht generell für das ganze Jahr erfolgen, sondern bedürfe jeweils einer besonderen Verfügung.

204 BGH v. 22.11.1957 – 4 StR 497/57 (BGHSt 11, 106): Allerdings wurde ein Verstoß gegen den gesetzlichen Richter in dieser Variante nur angenommen, wenn die Anwendung willkürlich anmutete.

205 Eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans vor Beginn des Geschäftsjahres war dagegen ohne besondere Gründe zulässig (BGH v. 20.3.1959 – 4 StR 416/58 (BGHSt 13, 53).

206 BGH v. 24.9.1957 – 1 StR 532/56 (BGHSt 10, 384). Zum Auslosen von Schöffen auch: BGH v. 6.3.1962 – 1 StR 554/61 (BGHSt 17, 176).

207 BGH v. 20.10.1955 – 4 StR 326/55 (BGHSt 8, 252).

208 BGH v. 15.11.1955 – 5 StR 408/55 (BGHSt 8, 240).

209 BGH v. 15.11.1955 – 5 StR 408/55 (BGHSt 8, 241). Dies mache auch Art. 101 GG deutlich.

Überlastung einer Kammer bestimmte, ausgesuchte Verfahren einer anderen Kammer zuzuweisen.[210] Wenn ein Landgerichtsdirektor durch seine Tätigkeit in zwei Kammern so überlastet war, dass er in der einen keinen wesentlichen Einfluss auf die Entscheidungen nehmen konnte, sei eine vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts nicht gegeben.[211] Eine solche Situation sei nur vorübergehend hinzunehmen, wobei in diesem Punkt allerdings relativ großzügig fünf Monate veranschlagt wurden.[212]

Die Zulässigkeit des Einsatzes von Hilfsrichtern wurde durch den BGH zwar – trotz Kritik daran – grundsätzlich als zulässig eingestuft,[213] aber Beschränkungen unterworfen:[214] Den Hilfsrichtern dürften bestimmte Aufgaben nur vorübergehend zugewiesen werden, die Daueraufgaben seien dagegen von den fest angestellten Richtern wahrzunehmen,[215] was sich aus dem Grundsatz der Stetigkeit der Rechtspflege ergebe. Bei einer hilfsrichterlichen Tätigkeit über mehrere Jahre sah der BGH das Gebot des gesetzlichen Richters verletzt.[216] – Liest man die vielen Entscheidungen, mag vieles vor allem für den Nichtjuristen möglicherweise kleinteilig wirken, angesichts der aktuellen Entwicklung auch in Ländern der Europäischen Union, in denen Justiz„reformen“ mit dem Ziel einer Lenkung der Gerichte durchgeführt wurden und geplant sind, wird aber klar, dass die Manipulationsmöglichkeiten im Kleinen beginnen und dass der BGH hier zu Recht einen strengen Maßstab angelegt hat.

Etwas großzügiger war er gegenüber einem Nickerchen: Der Schlaf eines Schöffen wurde nicht als Revisionsgrund (gem. § 338 Nr. 1 StPO) angesehen, weil der Richter „nur ganz vorübergehend in seiner Aufmerksamkeit beeinträchtigt gewesen“ sei,[217] das „power-napping“ wurde offensichtlich vom 2. Strafsenat in seiner später dann auch medizinisch bestätigten positiven Wirkung bereits erkannt.

Die Öffentlichkeit der Verfahren

Insbesondere bei publikumswirksamen Verfahren, die auch viele Pressevertreter anziehen, wird das Thema der Öffentlichkeit des Verfahrens auch heute noch relevant, etwa bei der Wahl des Sitzungssaales im Prozess gegen die Hauptangeklagte der sogenannten NSU-Morde, Beate Zschäpe. Im Jahr 1953 meinte der 5. Strafsenat, der Öffentlichkeitsgrundsatz sei verletzt, wenn für eine Zeugenvernehmung ein zu kleiner Saal

210 BGH v. 28.9.1954 – 5 StR 275/53 (BGHSt 7, 23).

211 BGH v. 21.6.1955 – 5 StR 177/55 (BGHSt 8, 17).

212 BGH v. 21.6.1955 – 5 StR 177/55 (BGHSt 8, 19).

213 Generell sei es nicht gesetzlich geboten, die Kammern und Senate nur mit der Zahl von Richtern zu besetzen, die regelmäßig bei der Entscheidung mitzuwirken haben (BGH v. 12.5.1956 – IV ZR 86/55 (BGHZ 20, 355)), anderenfalls wäre wohl ein ordnungsgemäßer Betrieb kaum möglich.

214 BGH v. 18.4.1956 – IV ZR 198/55 (*NJW* (1956), S. 992). Die Einbeziehung von Hilfsrichtern wegen Geschäftsüberlastung einer Kammer oder eines Senates müsse begleitet werden von organisatorischen Maßnahmen, den Mangelzustand abzuschaffen.

215 BGH v. 29.9.1955 – 3 StR 463/54 (BGHSt 8, 159); BGH v. 16.12.1953 – II ZR 41/53 (BGHZ 12, 1, 3).

216 BGH v. 13.3.1956 – 2 StR 361/55 (BGHSt 9, 107).

217 BGH v. 23.11.1951 – 2 StR 491/51 (BGHSt 2, 14, 15).

gewählt wurde.[218] Auch ein Ausschluss der Öffentlichkeit mit der taktischen Überlegung, dass dann der Angeklagte eher bereit sein könnte, belastende Tatsachen einzuräumen, wurde als Verstoß gewertet,[219] ebenso wenn der für die Vernehmung des Angeklagten an sich zulässige Ausschluss der Öffentlichkeit weitergehend auch auf die folgende Beweisaufnahme erstreckt wurde.[220]

Die neuen technischen Errungenschaften wie Tonband und Fernsehen waren ebenfalls in diesem Rahmen relevant. Ganz grundsätzlich entschied der I. Senat, dass § 169 GVG, der die Öffentlichkeit des Gerichtsverfahrens vorschrieb, nur die unmittelbare Beteiligung der Bürger im Gerichtssaal meinte und nicht das Interesse schütze, zu Hause eine Fernsehübertragung der Verhandlung sehen zu können. Der Ausschluss von Bildaufnahmen während der Verhandlung wurde daher als zulässig und umgekehrt ein Verstoß dagegen sogar als eine Beschränkung der Rechte der Verteidigung gesehen.[221]

> Wird das Fernsehen in der Hauptverhandlung zugelassen, sehen sich Zeugen oder Angeklagte einer technischen Apparatur gegenüber, die ihre Worte in Ausdruck und Tonfall und am Ende zusätzlich noch ihr Gesicht, die sich in ihm ausdrückenden Spannungen und Gefühlsbewegungen festhält. Sie haben damit zu rechnen, dass eine solche Veranstaltung einer nach fremdem Gutdünken zu Recht geschnittenen Schau dient, welche ihr Auftreten im Gerichtssaal einem anonymen Publikum von vielen Tausenden von Menschen darbietet. Sie werden unter diesen Umständen in aller Regel in eine Bewusstseinslage geraten, die auf ihr Verhalten wirken muss und sie zu Äußerungen bestimmen kann, die der theatralischen Situation angepasst sind.[222]

Konsequent war es dann auch, dass bei der Tonbandaufnahme des Schlussplädoyers des Verteidigers gegen seinen Willen keine Verletzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit angenommen wurde, da hier (wie auch beim Verbot von Fernsehaufnahmen während der Hauptverhandlung) nur die mittelbare Öffentlichkeit betroffen sei,[223] während die reine Gerichts-Öffentlichkeit ja gewahrt bliebe. Ein heimlicher Tonbandmitschnitt sei somit eher eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Strafverteidigers und eine Beschränkung der Verteidigerrechte,[224] was damals allerdings umstritten war.[225] Auch eine heimliche Tonbandaufnahme der Einlassung des Angeklagten ohne seine Zustimmung sei unzulässig,[226] während eine Aufnahme mit Zustimmung

218 BGH v. 10.11.1953 – 5 StR 445/53 (BGHSt 5, 75).
219 BGH v. 23.5.1956 – 6 StR 14/56 (BGHSt 9, 280).
220 BGH v. 24.2.1955 – 3 StR 543/54 (BGHSt 7, 218): Verstoß gegen § 338 Nr. 6 StPO, § 172 GVG.
221 BGH v. 8.2.1957 – 1 StR 375/56 (BGHSt 10, 202); BGH v. 13.6.1961 – 1 StR 179/61 (BGHSt 16, 111).
222 BGH v. 13.6.1961 – 1 StR 179/61 (BGHSt 16, 113).
223 BGH v. 8.2.1957 – 1 StR 375/56 (BGHSt 10, 202).
224 BGH v. 8.2.1957 – 1 StR 375/56 (BGHSt 10, 205).
225 Wie der BGH: Sarstedt, Rundfunkaufnahmen, in: *JR* (1956), S. 121; a. A. Gerland, Literaturbericht, in: *ZStW* 55, S. 677, 704; differenzierend BayObLG, in: *NJW* (1956), S. 390.
226 BGH v. 14.6.1960 – 1 StR 683/59 (BGHSt 14, 358).

des Betroffenen als Gedächtnisstütze für den Richter nicht zu beanstanden sei.[227] Ganz grundsätzlich kommt in den Entscheidungen – entsprechend der Vorgabe der Gesetzgebung – eine starke Zurückhaltung gegenüber der Bildberichterstattung zum Ausdruck, was aber nicht gleichbedeutend ist mit einem schlechten Verhältnis zur Presse, wie in Band 1 dieser Untersuchung bereits aufgezeigt worden ist.

Unmittelbarkeit / Mündlichkeit des Strafverfahrens

Der Anspruch, im Strafverfahren müsse der gesamte Prozessstoff der Hauptverhandlung entnommen werden und die wesentlichen Tatsachen seien dort mündlich vorzutragen, wirft bis heute das Problem auf, inwieweit zuvor gemachte Aussagen verlesen werden können. Auch in diesem Bereich sind durch den BGH in seinen Anfangsjahren wesentliche Weichenstellungen erfolgt. Generell war häufiger die Situation gegeben, dass ein Zeuge vor der Hauptverhandlung vernommen worden war und nunmehr von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch machte. Die Verlesung seiner früheren Aussage war wegen Verstoßes gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz unzulässig, das war bereits im Gesetz (§ 252 StPO) geregelt. Fraglich war, ob die Norm auch ein umfassendes Verwertungsverbot enthält, das heißt ob statt der Verlesung der Aussage wenigstens die Vernehmung der Verhörsperson in Betracht kam.[228] Der BGH leitete aus der Entstehungsgeschichte der Norm und ihrem Zweck grundsätzlich ein Verwertungsverbot ab,[229] so dass auch die Vernehmungspersonen nicht als Zeugen gehört werden konnten.[230] Lediglich ein Richter konnte seinerseits als Zeuge zu dieser früheren, von ihm selbst durchgeführten Vernehmung aussagen, soweit die Person, die der Richter vernommen hatte, damals über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden war.[231] Das Verwertungsverbot der Zeugenaussage gelte aber nicht bei einem Zeugnisverweigerungsrecht für Personen, die Gefahr laufen, sich durch die Aussage selbst zu belasten (§ 55 StPO), weil dieses Recht nicht dem Schutz des Angeklagten diene.[232] Belastende Tatsachen, die ein Sachverständiger bei einer Befragung des zu Untersuchenden außerhalb der Hauptverhandlung gewonnen hatte, sollten ebenfalls nicht verlesen werden dürfen.[233] Unstreitig zulässig war indes die Anhörung eines Zeugen vom Hörensagen, also einer Person, die nicht im Rahmen einer Vernehmung, sondern in anderem Zusammenhang Äußerungen eines Zeugen oder des Beschuldig-

227 BGH v. 4.2.1964 – 1 StR 510/63 (BGHSt 19, 193).

228 BGH v. 12.7.1956 – 4 StR 236/56 (BGHSt 10, 77); BGH v. 14.10.1959 – 2 StR 249/59 (BGHSt 13, 394); BGH v. 14.3.1967 – 5 StR 540/66 (BGHSt 21, 218).

229 BGH v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51 (BGHSt 2, 99). Dem schloss sich der 4. Senat an (BGH v. 17.1.1952 – 4 StR 600/51).

230 BGH v. 14.3.1967 – 5 StR 540/66 (BGHSt 21, 218).

231 BGH v. 15.1.1952 – 1 StR 341/51 (BGHSt 2, 99); BGH v. 18.7.1956 – 3 StR 219/56; BGH v. 14.10.1959 – 2 StR 249/59 (BGHSt 13, 394).

232 BGH v. 13.4.1962 – 3 StR 6/62 (BGHSt 17, 245).

233 BGH v. 13.2.1959 – 4 StR 470/58 (BGHSt 13, 1).

ten gehört hatte. Deren Wahrnehmung könne nunmehr vor Gericht wiedergegeben werden, denn es habe sich ja nicht um eine formelle Vernehmung gehandelt.[234] Stand nur einem von mehreren Angeklagten ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, so bedeutete dies gleichwohl auch ein Verwertungsverbot zugunsten der Mitangeklagten, wenn der strafrechtliche Vorwurf nicht trennbar war.[235]

Rechte des Angeklagten / rechtliches Gehör

Aus dem Grundsatz der Einheit der Hauptverhandlung, zu deren gesamten Verlauf der Verteidiger Stellung zu nehmen berufen sei, ergebe sich, dass die wesentlichen Teile der bisherigen Verhandlung wiederholt werden müssen, wenn erst während der Hauptverhandlung bemerkt wird, dass dem Angeklagten ein Verteidiger von Amts wegen bestellt werden muss (sogenannte notwendige Verteidigung).[236]

Bei einem Verteidigerwechsel hatte das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen zu prüfen, ob eine Unterbrechung des Verfahrens für die Vorbereitung des Anwalts genüge oder sogar eine Aussetzung notwendig sei, um eine sachgerechte Verteidigung zu gewährleisten.[237] Wurde rechtswidrig auf die Beiordnung eines Pflichtverteidigers verzichtet, führte das in der Regel zur Aufhebung des Urteils.[238] Über die Pflichtverteidigung, die zum Beispiel nach dem Wegfall eines Wahlverteidigers notwendig geworden war, hatte der Tatrichter den Angeklagten genau zu belehren.[239]

Auch bei der Terminierung hatte das Gericht auf die geschützten Interessen der Angeklagten/Verteidiger Rücksicht zu nehmen: Die Verhandlung gegen einen gläubigen Juden am ersten Tag des Laubhüttenfestes verletze dessen Grundrecht auf rechtliches Gehör, wenn er sich aus religiösen Gründen nicht in der Lage sehe, an diesem Tag auszusagen.[240]

Während die meisten der bisher dargestellten Entscheidungen zugunsten der Verfahrensrechte der Beschuldigten ausgingen, gab es auch ein Thema, bei dem gegenüber dem BGH der Vorwurf erhoben wurde, den grundrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör zu unterwandern. Es ging um die Frage, inwieweit ein V-Mann, der einen Angeklagten belastete, vor Gericht erscheinen musste. Der 3. Senat hat die Geheimnisinteressen des Staates für vorrangig gehalten, so dass ein Zwang, vor Gericht

234 BGH v. 30.10.1951 – 1 StR 67/51 (BGHSt 1, 373).

235 BGH v. 3.2.1955 – 4 StR 582/54 (BGHSt 7, 194).

236 BGH v. 29.6.1956 – 2 StR 252/56 (BGHSt 9, 243). Liest ein Schöffe während der Verhandlung in der Akte, um die Aussagen (des Angeklagten oder eines Zeugen) mit denen der Ermittlungsergebnisse zu vergleichen, sei ebenfalls der Grundsatz der Unmittelbarkeit verletzt (BGH v. 17.11.1958 – 2 StR 188/58 (BGHSt 13, 73)).

237 BGH v. 30.10.1959 – 1 StR 418/59 (BGHSt 13, 337); der Mitschrift einer Beweisaufnahme wurde kein Beweiswert zuerkannt (BGH v. 8.2.1961 – 2 StR 625/60 (BGHSt 15, 347)).

238 BGH v. 26.6.1952 – 5 StR 534/52 (BGHSt 3, 78).

239 BGH v. 18.5.1954 – 5 StR 206/54 (BGHSt 6, 140); BGH LM Nr. 13 zu § 140 StPO.

240 BGH v. 5.5.1959 – 5 StR 92/59 (BGHSt 13, 123).

zu erscheinen, für solche Ermittler abgelehnt wurde.[241] Während dies von den Kritikern noch akzeptiert wurde, war die weitere Auffassung des BGH, eine dritte Person könne zu der Aussage des V-Mannes vernommen werden,[242] heftigen Angriffen ausgesetzt.[243] Insbesondere die Tatsache, dass der BGH die Regeln über den Zeugen vom Hörensagen angewandt hatte, wurde kritisiert. Denn anders als ein normaler Zeuge vom Hörensagen, könne in den Fällen der V-Leute der Zeuge nicht zur Person desjenigen, von dem er die Information hatte, befragt werden. Das sei mit dem Fragerecht des Angeklagten nicht vereinbar und daher ein Verstoß gegen Art. 103 GG.[244]

Verbotene Vernehmungsmethoden

Spektakulär und von weitreichender Wirkung war die Entscheidung des 1. Strafsenats im Jahr 1954, in der ein Einsatz eines Polygraphen, auch Lügendetektor genannt, als nicht zulässig eingestuft wurde.[245] Ein solches Gerät, mit dem in den USA bereits einige Jahrzehnte Erfahrungen gesammelt worden waren, sollte anhand von Messungen der menschlichen Atmung, des Pulses, des Blutdrucks und des Schweißausstoßes ermitteln, ob die aussagende Person die Wahrheit sagt oder nicht. Begründet hat der Senat das Verbot damit, dass der mit einem solchen Test verbundene „Blick in die Seele“ des Angeklagten gegen die Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG verstoße. Daher sei dieses Beweismittel nicht einmal dann zulässig, wenn der Angeklagte es beantrage. Nicht die Fragwürdigkeit der durch die Technik erzielten Ergebnisse, sondern ganz grundsätzliche Erwägungen standen hinter dieser Entscheidung, wie auch Heinrich Jagusch, einer der beteiligten Richter, in einer Rundfunksendung deutlich erklärte: „Hier triumphiert die Maschine und dringt in das letzte Reservat der Persönlichkeit vor.“[246] Zwischen dem Lügendetektor und der Hypnose bestehe nur noch ein kleiner Unterschied. Dieses überwiegend auf Zustimmung gestoßene Urteil wurde allerdings im Nachhinein als eine typische technikfeindliche Haltung der Nachkriegszeit gedeutet.[247] Auch wenn dieser Aspekt mitgespielt haben mag, greift diese Kritik zu kurz, denn das Problem der Zulässigkeit eines solchen Beweismittels zeigt sich gerade auch in den Auswirkungen auf ein Verfahren, in dem ein Angeklagter diesen Test ablehnt. Lässt sich wirklich ausschließen, dass eine solche Weigerung nicht doch in die Beweiswürdigung, und sei es auch nur unbewusst einfließt? Andererseits: Kann das Recht einem

241 BGH v. 1.8.1962 – 3 StR 28/62 (BGHSt 17, 382 = *NJW* (1962), S. 1876).

242 AaO. vorige Fn.

243 Meilicke, in: *NJW* (1963), S. 425, 427; Arndt, in: *NJW* (1963), S. 132, 433; für die Lösung des BGH sprach sich aus: Schmidt, Anmerkung, in: *JZ* (1962), S. 760.

244 Meilicke, in: *NJW* (1963) S. 427.

245 BGH v. 16.2.1954 – 1 StR 578/53 (BGHZ 5, 322 = *NJW* (1954), S. 649).

246 SWR Hörfunkarchiv, W0127397.

247 Seiterle, Weit entfernt vom Einblick in die Seele, in: Legal tribune online, URL: https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/luegendetektor-im-strafprozess-weit-entfernt-vom-einblick-in-die-seele/ [abgerufen am 26.5.2024].

Angeklagten einen solchen Entlastungsbeweis allein mit einer möglichen Wirkung in anderen Verfahren verweigern?

Öfter wurde der BGH mit verbotenen Vernehmungsmethoden anderer Art konfrontiert, meist mit der sich an die Vernehmung anschließenden Frage, ob bei einem Verstoß gegen das jeweilige Verbot ein Verwertungsverbot hinsichtlich der daraus gewonnenen Erkenntnisse folgt (§ 136a StPO). Die Gabe eines Medikaments (Pervitin) fiel darunter,[248] ebenso die Herbeiführung von Übermüdung[249] oder der Versuch, den – vermeintlichen – Täter zur Leiche zu führen, um ihn gesprächiger zu machen.[250] In diesem Punkt müsse nicht unbedingt ein finales Handeln des Gerichts vorliegen: Der 3. Strafsenat wies darauf hin, dass eine Hauptverhandlung zur Nachtzeit zwar grundsätzlich möglich sei,[251] aber auch ohne Vorsatz auf Seiten des Gerichts ein Verstoß gegen § 136a StPO gegeben sein könne, wenn eine Übermüdungssituation beim Angeklagten vorliege.[252]

Immer wieder war zu klären, ob ein Geständnis verwertet werden kann, wenn der Angeklagte geltend machte, dazu unzulässig gedrängt worden zu sein. Vorhaltungen gegenüber einem Beschuldigten, dass es keinen Sinn mache, weiter zu leugnen, oder der Hinweis auf mögliche Milderungen bei einem Geständnis wurden als zulässig eingestuft.[253] Das Gleiche galt für das Verhalten eines Polizeibeamten, der bei einem Beschuldigten dessen Gesprächsbereitschaft dadurch fördern wollte, dass er ihm Zigaretten in Aussicht stellte.[254] Problematisch war dagegen das Verhalten eines Staatsanwalts, der die Entlassung aus der Untersuchungshaft anbot, wenn ein Geständnis erfolge.[255]

Dass heimliche Tonbandaufzeichnungen sowie Tagebücher des Angeklagten ohne seine Einwilligung nicht verwertet werden durften, erscheint heute selbstverständlich, musste aber in den 1960er Jahren noch höchstrichterlich entschieden werden.[256]

Auch für Beschlagnahmen von Post des Beschuldigten durch die Ermittlungsbehörden waren strenge Voraussetzungen aufgestellt. In einem Fall hatte der Zoll zwar seine Befugnisse nicht überschritten,[257] gleichwohl sei eine solche Maßnahme rechtswidrig, wenn die Staatsanwaltschaft gar nicht beabsichtige, anschließend ein Verfah-

248 BGH v. 4.3.1958 – 5 StR 7/58 (BGHSt 11, 211).

249 BGH v. 24.3.1959 – 5 StR 27/59 (BGHSt 13, 60).

250 BGH v. 7.10.1960 – 4 StR 342/60 (BGHSt 15, 187).

251 Zum Beispiel, um bei einem Verkehrsunfall den Ort realistisch durch Augenschein zum Unfallzeitpunkt einschätzen zu können.

252 BGH v. 16.1.1959 – 4 StR 468/58 (BGHSt 12, 332); BGH v. 30.10.1951 – 1 StR 393/51 (BGHSt 1, 376 = *NJW* (1952), S. 152).

253 BGH v. 30.10.1951 – 1 StR 363/51 (BGHSt 1, 387); ähnlich der Hinweis auf mildernde Umstände in BGH v. 1.4.1960 – 4 StR 36/60 (BGHSt 14, 189).

254 BGH v. 7.5.1953 – 5 StR 934/52 (BGHSt 5, 290).

255 BGH v. 14.9.1956 – 5 StR 307/65 (BGHSt 20, 268 = *NJW* (1965), S. 2262).

256 BGH v. 14.6.1960 – 1 StR 683/59 (BGHSt 14, 358 = *NJW* (1960), S. 1580) für den Tonbandmitschnitt ohne Einwilligung; für ein Tagebuch: BGH v. 21.2.1964 – 4 StR 519/63 (BGHSt 19, 325).

257 Das war durch das ZollG gedeckt.

ren einzuleiten.[258] Die Beschlagnahme schriftlicher Mitteilungen zwischen Ehegatten könne rechtmäßig sein, wenn im Verfahren gegen den Mann dessen Ehefrau als Mittäterin in Betracht kommt. Allerdings könne das Material nicht verwertet werden für Taten, bei denen kein Verdacht einer Mittäterschaft der Frau bestünde.[259]

6.5.2 Die richterliche Beweiswürdigung

Eigene Sachkunde?

Obwohl die freie richterliche Beweiswürdigung der Tatsacheninstanz eine Selbstverständlichkeit sein sollte, hat der BGH doch hin und wieder bestimmte Grundsätze in Erinnerung gerufen, die eingehalten werden müssten. Dies galt beispielsweise für die Schwierigkeiten des Zeugenbeweises, als ein Landgericht die Wiedererkennung eines Missbrauchstäters durch zwei Mädchen im Alter von 11 und 13 Jahren vorschnell für glaubwürdig gehalten hatte.[260] Der 2. Strafsenat wies auf verschiedene Fehlerquellen bei einer Gegenüberstellung und der anschließenden Zeugenaussage der beiden Mädchen hin, die eine genauere Bewertung der Aussage notwendig mache.

Ganz generell ging es in diesem Zusammenhang darum, wann das Gericht noch auf die eigene Sachkunde vertrauen darf und wann es auf eine auswärtige Expertise zurückgreifen muss.[261] Während in technischen Fragen meist vom Gericht selbst die eigene Sachkunde für zu gering eingeschätzt und daher ein Sachverständiger eingeschaltet wurde, war dies bei der Glaubwürdigkeit von Zeugen häufig anders. Vor allem bei kindlichen Zeugenaussagen stellte sich die Frage, ob ein Sachverständiger ein Glaubwürdigkeitsgutachten erstellen soll.[262] Während der 5. Strafsenat die Einschaltung für sinnvoll und im Einzelfall für notwendig ansah,[263] meinte der 2. Senat einige Jahre später, die Glaubwürdigkeit eines Kindes (in einem Missbrauchsverfahren) könne das erkennende Gericht selbst feststellen.[264]

Mit der zunehmenden Komplexität in fast allen gesellschaftlichen Bereichen wurde auch die Rolle des Sachverständigen in Gerichtsverfahren der Nachkriegszeit zunehmend wichtiger und sein Verhältnis zum Richter häufig auch Thema in Entscheidungen des BGH. Grundsätzlich sei der Richter Herr des Verfahrens und dürfe sich das Ergebnis nicht vom Sachverständigen vorschreiben lassen:

---

258 BGH v. 7.9.1956 – 1 Bjs 182/55 (BGHSt 9, 351).
259 BGH v. 23.1.1963 – 2 StR 534/62 (BGHSt 18, 227).
260 BGH v. 28.6.1961 – 2 StR 194/61 (BGHSt 16, 204).
261 BGH v. 5.7.1955 – 1 StR 195/55 (BGHSt 8, 130).
262 BGH v. 24.6.1952 – 1 StR 130/52 (BGHSt 3, 27).
263 BGH v. 14.12.1954 – 5 StR 416/54 (BGHSt 7, 82); so auch Sarstedt, Strafverfahren, in: *DRiZ* (1960), S. 350.
264 BGH v. 23.5.1962 – 2 StR 213/62.

> Es ist ein häufiger Verfahrensfehler, dass der Richter den Sachverständigen kurzerhand nach dem Ergebnis seiner Beurteilung fragt. Dieser Verfahrensfehler geht (ebenfalls nicht selten) in einen sachlichrechtlichen Fehler über, wenn der Tatrichter nur feststellt, zu welchem Ergebnis der Sachverständige gekommen ist, ohne zu sagen, ob das Gericht sich dieses Ergebnis zu eigen macht, und weshalb.[265]

Und wenn ein Gutachter eingeschaltet wurde, stellte sich die Frage, ob er zur Zeugenaussage selbst hinzugezogen werden soll, beziehungsweise muss.[266]

Aber es gab auch das umgekehrte Problem: Inwieweit sich Richter selbst überschätzen, ist eine heikle Frage, die freilich kaum generalisierend zu beantworten ist. Mehrfach musste jedenfalls der Entschädigungssenat bei Fragen der Gesundheitsschäden von Verfolgten die Vorinstanzen ermahnen, sie dürften nicht „ärztlich dilletieren“, wie der Senat sich ausdrückte.[267] Gemeint war die Praxis, dass Gerichte glaubten, aufgrund ihrer Erfahrungen in entsprechenden Verfahren bereits eine Sachkenntnis erworben zu haben, mit der sie die medizinische Lage beurteilen könnten, ohne einen entsprechenden Gutachter hinzuzuziehen. Gerade in diesen Entschädigungssachen standen oft medizinische Fragen im Mittelpunkt, und häufig wurden tatsächlich medizinische Gutachten eingeholt. Es hatte sich jedoch in der Praxis einiger unterer Gerichte eingebürgert, dass die begutachtenden Ärzte auch die Vorgeschichte der Verfolgten erfragten und dadurch den Sachverhalt selbständig aufklärten. Das wies der BGH als fehlerhaft zurück und stellte klar, dass die maßgeblichen Beurteilungstatsachen (wie beispielsweise auch der jeweilige Verfolgungsgrund) den medizinischen Sachverständigen ausschließlich vom Gericht mitgeteilt werden müssten.[268] Soweit Unterlagen unvollständig waren oder vorhandene Unterlagen durch den Sachverständigen nicht oder nicht ausreichend gewürdigt wurden, bildete dies jeweils einen Revisionsgrund.[269]

Die Auswahl des Gutachters liegt grundsätzlich beim Gericht, eine Ausnahme ließ der IV. Zivilsenat in Entschädigungsfragen zu, wenn der Gesundheitszustand eines im Ausland lebenden Verfolgten begutachtet werden sollte. Dann könne auch die deutsche Auslandsvertretung den Gutachter auswählen.[270]

Die Vaterschaftsgutachten

Ein Thema, bei dem die Gutachten eine zentrale Rolle spielten, war die Vaterschaftsfeststellung beziehungsweise umgekehrt der Ausschluss einer Vaterschaft. In diesem Bereich änderte sich die Erkenntnisgrundlage gerade Anfang der 1950er Jahre, denn die bis dahin üblichen anthropologischen Gutachten wurden in dieser Zeit durch sol-

265 BGH v. 26.4.1955 – 5 StR 86/55 (BGHSt 8, 113, 118).
266 BGH v. 22.7.1964 – 2 StR 247/64 (BGHSt 19, 367).
267 BGH v. 20.2.1960 – IV ZR 252/59; BGH v. 28.6.1961 – 2 StR 194/61 (BGHSt 16, 204).
268 BGH v. 14.7.1964 – IV ZB 253/64 (*RzW* (1964), S. 474).
269 BGH v. 10.6.1960 – IV ZR 20/60 (*RzW* (1960), S. 502).
270 BGH v. 14.5.1965 – IV ZB 189/65.

che, die sich auf Blutgruppen stützten, abgelöst. 1951 wurde noch ein Ähnlichkeitsgutachten bei einem zweijährigen Kind durchgeführt,[271] doch schon im gleichen Jahr sprach der Familiensenat einem Blutgruppengutachten, nach welchem aufgrund einer Bestimmung der Blutgruppen A, B oder 0 die Vaterschaft eines Mannes ausgeschlossen ist, eine absolute Beweiskraft zu.[272] Diese absolute Verlässlichkeit wurde 1953 auf weitere Blutgruppenfaktoren erstreckt,[273] während bei anderen Blutgruppenfaktoren ein solcher Beweiswert (noch) nicht angenommen werden konnte. Zuvor hatte ein Oberlandesgericht Zweifel an der Aussagekraft erbbiologischer Gutachten geäußert[274] und diese Zweifel zum Anlass genommen, auf ein solches Gutachten zu verzichten. Der BGH-Familiensenat hat zu Recht darauf verwiesen, dass natürlich auch Beweismittel, die keine hundertprozentige Sicherheit bieten, verwendet werden können – und gegebenenfalls müssen. Und umgekehrt: Das Oberlandesgericht Bremen hatte einem Gutachten absoluten Beweiswert zugesprochen,[275] der BGH verwies jedoch auf den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung, der auch in diesem Zusammenhang gelte.[276]

In einem weiteren Verfahren, in dem zwei sich widersprechende Gutachten vorlagen, wurde das eine Gutachten von einer der Prozessparteien als nicht ganz gesicherte Erkenntnis angegriffen. In seiner Entscheidung von Dezember 1953 machte der Senat grundsätzliche Ausführungen zu den Gutachten und zum Verhältnis zwischen Tatsachen- und Revisionsinstanz:[277]

> Erfahrungssätze des Lebens oder der Wissenschaft bringen im allgemeinen eine mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit für die Gestaltung eines Sachverhalts oder eines Geschehensablaufs zum Ausdruck. Diesen Beweiswert zu ermitteln oder abzuschätzen ist an sich Sache der freien Beweiswürdigung des Tatrichters und somit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht entzogen.[278]

Und ein halbes Jahr später:

> Die Auffassung, dass ein Verfahren von der Mehrzahl der Wissenschaftler als ein noch völlig ungeeignetes Beweismittel abgelehnt werde, während es sich bei den Anhängern dieser Methode um wenige Außenseiter handele, enthält ein Werturteil über die freie Vertrauenswürdigkeit dieser Wissenschaftler der einen oder der anderen Richtung. Darüber hat der Tatsachenrichter zu entscheiden.[279]

271 BGH v. 21.6.1951 – IV ZR 66/50.
272 BGH v. 12.4.1951 – IV ZR 151/50 (BGHZ 2, 6 ff.).
273 BGH v. 17.12.1953 – IV ZR 195/52 (BGHZ 12, 22).
274 BGH v. 19.6.1952 – IV ZR 205/51; zu den verschiedenen Gutachten auch: BGH v. 29.4.1954 – IV ZR 196/53.
275 BA, B 283/48973, Bl. 7 ff., Entscheidung des OLG Bremen.
276 BGH v. 19.9.1956 – IV ZR 352/55 (BGHZ 21, 337).
277 BGH v. 17.12.1953 – IV ZR 159/52 (BGHZ 12, 22).
278 BGH v. 17.12.1953 – IV ZR 159/52 (BGHZ 12, 22, 23).
279 BGH v. 29.4.1954 – IV ZR 196/53, S. 11.

Die Beweiswirkung als Indiz könne daher auch dem kritisierten Verfahren nicht abgesprochen werden[280] – ein klares Statement zur Stärkung der Tatsacheninstanz, mit dem der BGH die eigene Prüfungsdichte zurücknahm. Ob jedoch einem Erfahrungssatz die Bedeutung eines Naturgesetzes zukomme, so dass seine Geltung vernünftigerweise nicht angezweifelt werden könne, unterliege der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Diese Aussage des Senats ist nicht so selbstverständlich, denn die Differenzierung zwischen Methoden, die nur eine Indizwirkung entfalten und solchen, die Gewissheit vermitteln, bezieht sich nicht auf qualitative Unterschiede, sondern schlicht auf einen unterschiedlich hohen Grad an Wahrscheinlichkeit. Ob dies jetzt eine Tatsachen- oder eine Rechtsfrage ist, kann man sicher diskutieren.

Den Wahrscheinlichkeitsgrad für einen allgemein gültigen Satz sah der Senat bei 99,73 Prozent beziehungsweise 99,8 Prozent.[281] Voraussetzung war natürlich die einwandfreie serologische Durchführung des Tests und dass die Blutgruppen richtig und eindeutig bestimmt sind, was sich leicht bestreiten lässt.[282] Zweifeln an der korrekten Durchführung des Testverfahrens könne Rechnung getragen werden, indem ein zweites Gutachten eingeholt würde. Im Ergebnis trat jedenfalls ab Mitte der 1950er Jahre der Beweiswert des blutgruppengestützten Gutachtens an die Stelle der vorher üblichen erbbiologischen,[283] und in den 1960er Jahren hatte sich die neue wissenschaftliche Erkenntnis auch in der Forensik durchgesetzt.[284]

Um das Gericht, aber auch die Parteien nicht völlig dem Gutachten auszuliefern, stellte sich die Frage der Anwesenheit des Gutachters in der mündlichen Verhandlung. 1956 meinte der Senat, dass wegen des Gutachtens und dessen sicherem Beweiswert eine Vernehmung der Kindesmutter entbehrlich sei, allerdings plädierte der Berichterstatter August Raske dafür, dass der Sachverständige geladen werden solle, damit ihm Fragen gestellt werden könnten,[285] ein wichtiger Baustein im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Entsprechend stellte der Senat dann auch im Urteil selbst klar, dass ein Sachverständiger geladen werden müsse, wenn eine Partei dies verlange.[286]

Das Beispiel der Vaterschaftsgutachten veranschaulicht die zunehmende Abhängigkeit menschlichen und richterlichen Wissens von neuen wissenschaftlichen/techni-

280 BGH v. 17.12.1953 – IV ZR 38/53 (BGHZ 12, 41).

281 BGH v. 17.12.1953 – IV ZR 159/52 (BGHZ 12, 30).

282 BA, B 283/48973, Bl. 20 f. Zum Beispiel: Revisionsbegründung.

283 BGH v. 19.9.1956 – IV ZR 352/55 (BGHZ 21, 337). Zu den verschiedenen Gutachten auch: BGH v. 27.6.1956 – IV ZR 40/56. Zum Beweiswert nochmals: BGH v. 5.4.1961 – IV ZR 216/60; BGH v. 12.2.1964 – IV ZR 46/63. Gleichwohl blieben Schwierigkeiten, etwa wenn die Mutter mit zwei Männern verkehrt hatte oder bei bestimmten Blutgruppen-Kategorien.

284 BGH v. 5.2.1964 – IV ZR 56/63 (vgl. BGH v. 13.7.1962 – IV ZR 55/62 und BGH v. 17.10.1962 – IV ZR 15/62).

285 BGH v. 27.2.1957 – IV ZR 290/56 (BGHZ 24, 9); Berichterstatter war Raske (BA, B 283/49212).

286 BGH v. 27.2.1957 – IV ZR 290/56 (BGHZ 24, 9).

schen Erkenntnissen.[287] Damit stellte sich die Frage, wie stark ein Gutachten eines Sachverständigen das Gericht binden kann. Unstrittig war, dass der Richter Herr des Verfahrens ist und die Würdigung des Gutachtens grundsätzlich auch unter die freie richterliche Beweiswürdigung fällt. Auf der anderen Seite lag es auf der Hand, dass mit der zunehmenden Komplexität in den verschiedensten Bereichen (Medizin, Psychologie, Materialtechnik, Ballistik) auch den Möglichkeiten einer eigenständigen Beurteilung des Sachverhalts durch den Richter Grenzen gesetzt waren.

Weil die Forderung, jedes Gericht müsse ein Gutachten eigenständig werten, nur bedingt möglich ist, hat der BGH konzediert, dass sich der Richter auch einfach dem Gutachten anschließt; aber es müssten in einem solchen Fall doch wenigstens die Anknüpfungstatsachen im Urteil angegeben werden.[288] Das Instanzgericht müsse das Gutachten eigenständig würdigen, es könne selbstverständlich auch davon abweichen, was dann aber ausführlich zu begründen sei.[289] Allerdings ist auch gegenüber dem BGH der Vorwurf erhoben worden, dass Sachverständige aus dem Ministerium in Staatsschutzsachen starken Einfluss auf den Senat ausgeübt hätten,[290] während Günther Willms sich und den Senat mit der Bemerkung verteidigte, ihm sei „nie ein Fall vorgekommen in dem er die Sachverständigenfrage und ihre Beantwortung nicht voll überblickt habe.“[291] In der Tat hat der Senat in seinem Spiegel-Beschluss vom 13. Mai 1965 die Stellungnahme der Bundesregierung auch in ihren Einzelheiten kritisch gewürdigt, während Gutfleisch eine Entscheidung aus dem Jahr zuvor anführt, in der das Gericht jegliche eigene kritische Auseinandersetzung mit den Auskünften der Bundesregierung habe vermissen lassen.[292]

Grundsätzlich wurde die freie richterliche Beweiswürdigung in den Strafverfahren ernst genommen, indem in Abgrenzung zum Reichsgericht[293] darauf Wert gelegt wurde, dass für eine Verurteilung die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten entscheidend sei.[294] Bestünden letzte Zweifel beim Richter, dürfe das Revisionsgericht darüber nicht mit Überlegungen zu einem hohen Grad der Wahrscheinlichkeit hin-

287 Und auch ideologische Aspekte konnten eine Rolle spielen, wie die „Rassegutachten“ nach 1933 zeigen, die von Rassekundlern, etwa von Egon von Eickstedt, in Abstammungsverfahren für das Reichssippenamt erstellt worden waren, s. Medvedkin/Falkenburger, Die Anfänge, S. 378 ff.

288 BGH v. 26.4.1955 – 5 StR 86/55 (BGHSt 8, 113, 118); BGH v. 18.12.1958 – 4 StR 399/58 (BGHSt 12, 311, 314 hinsichtlich eines KFZ-Sachverständigengutachtens).

289 BGH v. 28.6.1961 – IV ZR 75/61 (*RzW* (1962), S. 76).

290 Maihofer, Pressefreiheit, in: *AfP* (1963), S. 391; Pitzer, Zur Verfassungsmäßigkeit, in: *NJW* (1962), S. 2236.

291 Willms, Der Sachverständige, in: *NJW* (1963), S. 190.

292 Gutfleisch, Staatsschutzstrafrecht, S. 291.

293 RGSt 61, 202, 206.

294 BGH v. 9.2.1957 – 2 StR 508/56 (BGHSt 10, 208).

weggehen,[295] denn nicht ein hoher Grad an Wahrscheinlichkeit, sondern die persönliche Gewissheit des Richters sei entscheidend.[296]

6.5.3 Die Durchbrechung der Rechtskraft

Der BGH benutzte im Anschluss an das Reichsgericht die Norm des § 826 BGB, wonach eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung zum Schadensersatz verpflichtet, als Hebel, um in Ausnahmefällen die Rechtskraft eines Urteils zu durchbrechen. Anerkannt war dies, wenn eine Prozesspartei vorsätzlich sittenwidrig ein falsches Urteil erschlich und aus diesem Titel vollstrecken wollte. Dann sei eine vorsätzlich sittenwidrige Schädigung zu bejahen mit der Konsequenz, dass ein Schadensersatzanspruch bestehe, der auf Herausgabe des Urteils gerichtet sei. Der III. Senat bejahte einen solchen Schadensersatzanspruch noch weitergehender auch in einem Fall, in dem das fehlerhafte Urteil von dem Begünstigten zwar nicht vorsätzlich herbeigeführt worden war, er aber im Wissen um die Unrichtigkeit dieses Urteils daraus zu vollstrecken versuchte.[297] Es sei nicht hinzunehmen, so der BGH in Übernahme der Reichsgerichtsfloskel, „dem Unrecht den Stempel des Rechts zu geben“. In der Literatur ist diese Auffassung kritisiert und als Danaergeschenk bezeichnet worden.[298] Denn der in der Rechtsprechung liegende Einbruch in die Rechtssicherheit sei bedenklich, weil das Vertrauen in die Justiz erschüttert werde, zumal die Kriterien, nach denen die Rechtsprechung die Rechtskraft durchbrechen lasse, völlig unbestimmt seien.[299] Gleichwohl blieb der BGH bei seiner Haltung, wenn auch im Jahre 1958 der IV. Senat gewisse Modifikationen vornahm: In einer Scheidungssache ließ er es für die Durchbrechung der Rechtskraft nicht genügen, dass ein Ehegatte nur den Schuldspruch des Scheidungsurteils für unrichtig hielt, sondern zu der Ausnutzung des Urteils müssten weitere Umstände hinzu-

295 So aber das Reichsgericht mit der Formulierung, dass nicht zu hohe Anforderungen an die Überzeugung von der Schuld gestellt werden dürften.

296 BGH v. 9.2.1957 – 2 StR 508/56 (BGHSt 10, 208). Anders war dies in Zivilverfahren, in denen es vielfach vorkommt, dass eine für das Verfahren entscheidende Tatsache nicht bewiesen werden kann, was dann zur Folge hat, dass der Prozess nach der Beweislast entschieden werden muss. Die Verteilung der Beweislast erfuhr durch den BGH einige Konkretisierungen: So hat zum Beispiel der I. Senat dem eigentlich nicht beweispflichtigen Beklagten eine Darlegungslast auferlegt, wenn es um Tatsachen geht, die sich in seinem Erkenntnisbereich bewegen und die außerhalb des Geschehensablaufs des Klägers liegen. Dies geschah zum Beispiel in einem Verfahren, in dem es um den Vorwurf irreführender Werbung ging, weil ein Spirituosenhersteller seinen „Bärenfang nach einem alten ostpreußischen Rezept herstellt“, was der Konkurrent bestritt, ohne natürlich die Rezeptur zu kennen; hier müsse der Beklage sein Rezept offenlegen (BGH v. 13.7.1962 – I ZR 43/61 (*NJW* (1962), S. 1149). Siehe auch: BGH v. 20.1.1961 – I ZR 79/59 (*NJW* (1961), S. 826).

297 BGH v. 21.6.1951 – III ZR 210/50 (*NJW* (1951), S. 759).

298 Rosenberg, Lehrbuch, § 157 mit Nachweisen über die Rechtsprechung des Reichsgerichts; G. Reinicke, Die Kollision, in: *NJW* (1952), S. 3; Wieczorek, Zivilprozessordnung-Kommentar, 1960 § 322 C III b.

299 Dies bemängelte vor allem H. Reinicke, Die Kollision, in: *NJW* (1952), S. 3 ff.

treten, die die Zulassung der Verwertung des Urteils in hohem Maße unbillig und geradezu unerträglich machen.[300] Ob diese Formulierung mehr Klarheit gebracht hat, kann man bezweifeln, sie dürfte eher Geister gerufen haben, die man später schwer wieder los wurde: Denn derselbe Senat sah sich 1963 veranlasst, darauf hinzuweisen, dass die Unrichtigkeit eines – rechtskräftigen – Urteils nicht dadurch angegriffen werden könnte, indem eine Partei dieselben Beweismittel wie im Vorprozess vorbringt.[301]

6.6 Die Kontroverse zwischen dem Bundesgerichtshof und dem Bundesverfassungsgericht[302]

In insgesamt drei Veröffentlichungen[303] zur Beamtenversorgung beschwor der BGH einen Konflikt mit dem Bundesverfassungsgericht herauf, einen Konflikt, der deshalb besondere Aufmerksamkeit verdient, weil es auch um die Deutung der Auswirkungen der zwölf Jahre zwischen 1933 und 1945 ging. Außerdem stellten sich ganz grundsätzliche verfassungsrechtliche Fragen: Inwieweit sind die Grundrechte bereits auf Rechtsakte vor 1949, etwa solche der Alliierten anzuwenden? Waren das Deutsche Reich und mit ihm die Beamtenverhältnisse mit dem Kriegsende erloschen? Ist der BGH an die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts gebunden?

Unmittelbarer Anlass der Auseinandersetzung war die Frage, ob das Ausführungsgesetz zu Art. 131 GG,[304] das für bestimmte Beamtengruppen einen Anspruch auf Wiedereinstellung abgelehnt hatte,[305] einen möglicherweise unzulässigen Eingriff in die Versorgungsbezüge von Beamten bedeutete.[306] Die von dem Gesetz Betroffenen, konkret frühere Mitarbeiter der Geheimen Staatspolizei, hatten geklagt und (unter anderem) eine Verletzung ihrer Grundrechte gerügt. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Verfassungsbeschwerden im Dezember 1953 negativ beschieden,[307] doch glaubte

300 BGH v. 5.3.1958 – IV ZR 307/57 (BGHZ 26, 391): Im konkreten Fall wurde die Sache zur weiteren Prüfung zurückverwiesen.

301 BGH v. 5.6.1963 – IV ZR 136/62 (BGHZ 40, 130). In Scheidungssachen machte die Anwendung des § 826 BGB noch Sinn, soweit eine Partei sich gegen unberechtigte Unterhaltsansprüche wehrte; denn dadurch wurde die Rechtskraft des Scheidungsurteils ja nicht in Zweifel gezogen.

302 Siehe auch Kirn, Verfassungsumsturz, S. 150–166, S. 209–226 („Der kämpferische Beschluß des BGH“); Frei, Vergangenheitspolitik, S. 69 ff., speziell zum BGH: S. 94 ff.

303 Es handelt sich um einen Beschluss und zwei Gutachten: BGH, Beschluss v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 265) und Gutachten v. 6.10.1952 – VRG 10/52 (BGHZ 11, Anhang S. 2 ff.) und v. 6.9.1953 – I VRG 11/53 (BGHZ 11, Anhang, 81).

304 Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Art. 131 des Grundgesetzes fallenden Personen v. 11.5.1951 (BGBl I, 307).

305 § 3 Nr. 4 des Gesetzes v. 11.5.1951 (BGBl I, 307).

306 Weitere Entscheidungen zum Beamtenrecht aufgrund des Art. 131 GG durch den dritten Senat: BGH v. 5.7.1954 – III ZR 30/53 (BGHZ 14, 138) und v. 21.10.1954 – III ZR 210/51 (BGHZ 15, 84) – dazu unten.

307 BVerfG v. 24.4.1953 – 1 BvR 102/51 (BVerfGE 2, 237); BVerfG v. 17.12.1953 – 1 BvR 147/52 (BVerfGE 3, 58).

der BGH, an diese Entscheidung nicht gebunden zu sein.[308] Der Große Senat war der Auffassung, § 31 BVerfGG, der den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft zuspricht, beziehe sich nur auf die Entscheidungsformel, während nicht einmal die tragenden Gründe den BGH binden würden.[309]

In der Sache hatte schon vorher, nämlich in einem im Jahr 1952 erstatteten Gutachten,[310] der I. Zivilsenat unter Mitwirkung seines Präsidenten Hermann Weinkauff betont, dass das von der amerikanischen Besatzungsmacht erlassene Befreiungsgesetz aus dem Jahr 1946 nicht rechtsgültig sei, soweit es vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis entziehe,[311] weil dem die Grundrechte entgegenstünden.[312] Die Versorgungsansprüche wurden, so das Gericht ein Jahr später, unter die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG gefasst,[313] denn die in Art. 129 Weimarer Reichsverfassung genannten wohlerworbenen Rechte der Beamten, speziell ihre Versorgung, seien gleichbedeutend mit dem von Art. 14 GG gewährten Schutzbereich: „Wohlerworbene Rechte ist ein altrechtlicher Ausdruck für das, was man heute Eigentumsgarantie nennt.“[314]

Diese Überlegung wurde nunmehr auch dem Bundesverfassungsgericht entgegengehalten. Der Große Zivilsenat meinte, die Beamtenverhältnisse seien durch den „Untergang“ des Reiches nicht erloschen, und er bejahte schließlich einen Verstoß des Ausführungsgesetzes zu Art. 131 GG gegen die Art. 3 GG, Art. 14 GG und Art. 33 Abs. 5 GG.[315] Das Weiterbestehen der Beamtenverhältnisse trotz des Zusammenbruchs Deutschlands begründete er damit,[316] dass Art. 129 WRV diesen Zusammenbruch überdauert habe.[317] Der Große Zivilsenat hatte bereits 1952 im Rahmen einer Entscheidung zur Enteignung zu der grundsätzlichen Frage Stellung genommen, ob bei Eingriffen in das Eigentum, die im Jahr 1948 vorgenommen worden waren, also vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes im Jahr 1949, Art. 14 GG anzuwenden ist.[318] Er hat zwar ausdrücklich offengelassen, ob das Grundgesetz Rückwirkung entfaltet, aber im Ergebnis letztlich doch genau das vertreten. Ganz im Geist seiner naturrechtlichen Ausrichtung

308 BGH v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 265, 271–291).

309 BGH v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 265). Jahre später wurde diese Frage allerdings entgegen der BGH-Auffassung entschieden, denn auch die tragenden Gründe einer Entscheidung des BVerfG haben an der Gesetzeswirkung des § 31 BVerfGG Anteil.

310 Im Rahmen der Auseinandersetzung in der Sache wurde auch über das Begutachtungsrecht der oberen Bundesgerichte nach § 80 Absatz 1 BVerfGG aF gestritten (Vgl. Kirn, Verfassungsumsturz, S. 228 ff.).

311 BGH v. 8.6.1953 – I VRG 5/53 (BGHZ 11, Anhang, S. 81, 83).

312 BGH v. 8.6.1953 – I VRG 5/53 (BGHZ 11, Anhang, S. 84).

313 BGH v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 265, 317).

314 BGH v. 20.05.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 317).

315 Einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz sah das Gericht darin, dass bestimmte Beamtengruppen ungleich behandelt wurden gegenüber anderen Beamten.

316 BGH v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 293–306).

317 Gutachten des I. Senats vom 6.10.1952 – VRG 10/52 (BGHZ 11, Anhang, S. 2, 15 f.).

318 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 270).

leitete das Gericht aus dem übergesetzlichen Charakter der Grundrechte ab, dass auch für die Zeit vor ihrer Geltung gesetzliche Eingriffe in die Grundrechte nicht deren Wesensgehalt antasten dürfen.[319] Denn der Einzelne bedürfe „um seiner Freiheit und Würde willen einer rechtlich streng gesicherten Sphäre des Eigentums.“[320]

Es ist bezeichnend für die damalige Sichtweise des I. Zivilsenats sowie des Großen Senats, dass er die Beamtenrechte mit allen Mitteln, auch mit dem Argument einer Rückwirkung der Grundrechte, verteidigte.[321] Das war zwar nach der oben dargestellten Naturrechtslehre, wie sie von den meisten Senaten vertreten wurde, zunächst einmal konsequent, gleichzeitig aber insofern problematisch, als das Gericht in anderen Fragen die Grundrechte nicht rückwirkend auf die Zeit vor 1949 angewandt hat, sonst hätte es viele Rechtsakte aus der nationalsozialistischen Zeit für verfassungswidrig und möglicherweise nichtig halten müssen.[322]

Der Hauptstreitpunkt zwischen den beiden Gerichten kreiste um die historische Wertung, ob die Beamtenverhältnisse in der nationalsozialistischen Zeit eine entscheidende Veränderung erfahren hätten. Der Große Zivilsenat des BGH hat eine Umgestaltung nicht gesehen, sondern einen überpositiven Grundsatz der Kontinuität postuliert, der für das Beamtenverhältnis insgesamt maßgeblich sei. Schon vom Wesen des Berufsbeamtentums her sei die Möglichkeit einer rechtserheblichen Umgestaltung zu leugnen.[323] Letztlich sah der Große Senat den Staat unabhängig von seiner Verfassung als ein rein formales Gebilde, so dass auch das Verhältnis der Beamtenschaft zum Staat keine entscheidenden Veränderungen erfahren könne. Entscheidend, so der Große Senat, sei nicht die Veränderung des eine Institution beherrschenden positiven Rechts, hinzukommen müsse die innere Zustimmung der in der Institution tätigen Amtsträger. Er suggerierte den Fortbestand einer rechtsstaatlichen Beamtenverfassung, obwohl die Beamten durch einen – angeblichen – Rückzug in die innere Emigration den Nationalsozialisten das Feld überlassen hatten. Wie hat man sich insoweit Rechtstaatlichkeit vorzustellen? Bei einer solchen, fast schon metaphysisch zu nennenden Kontinuität[324] ist es schon sehr bemerkenswert, dass er dem Bundesverfassungsgericht vorwarf, eine Auslegung auf der Basis eines geschichtlichen Werturteils zu betreiben und außerrechtlich zu argumentieren. Sicher hat das Bundesverfas-

319 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 275).

320 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 276).

321 Zu der Frage, ob die Entziehung der Versorgungsbezüge in dem konkreten Fall richtig gewesen ist, soll hier nicht Stellung genommen werden. Die Einzelheiten und Unstimmigkeiten der BGH-Argumentation sind von Kirn, Verfassungsumsturz, S. 213 ff., aufgezeigt worden.

322 Beispielsweise erwähnt seien die Strafrechtsurteile des Reichsgerichts zu den Rassegesetzen. Aber auch die Urteile einiger Standgerichte oder des Volksgerichtshofes hätten insoweit rechtswidrig sein müssen. Auch die (fehlende) Verurteilung von NS-Richtern wegen Rechtsbeugung (vgl. BGH v. 19.6.1956 – 1 StR 50/56 – abgedruckt in: Rüter, Justiz und NS-Verbrechen, Bd. XIII, 344–358: dazu Wolf, Das Verfahren) ist vor diesem Hintergrund nicht ganz konsequent.

323 BGH v. 10.6.1952 – GSZ 2/52 (BGHZ 6, 295).

324 So Kirn, Verfassungsumsturz, S. 222.

sungsgericht in dieser Frage eine politische Wertentscheidung getroffen. Aber umgekehrt gilt für die Haltung des BGH dasselbe: Sein Ergebnis wird ebenfalls nicht aus einer rein juristischen Betrachtung gewonnen.

Und auch die historische Situation wurde vom BGH anders gesehen: Allein die Tatsache, dass im Nationalsozialismus ein Einparteienstaat geherrscht habe und das Regime das Beamtenverhältnis für sich ausgenutzt habe, sei nicht relevant, denn die Beamten seien wie andere Bürger auch von der Diktatur Betroffene, letztlich also Opfer gewesen:[325] „Der überwiegende Teil der Beamten fühlte sich in erster Linie dem Staate und seinen legitimen Aufgaben verpflichtet", sie hätten die aufgezwungenen Bindungen an das NS-Regime „[...] überwiegend nur unwillig, unter scharfer innerer Ablehnung und unter schärfstem Terror ertragen."[326]

Die Rechtsanwender in Justiz und Verwaltung werden vom BGH als Opfer gesehen, lediglich die Führer des „Systems" als Täter, eine Sicht, die das Gericht ja, wie oben gezeigt, auch in seinen vielen strafgerichtlichen Urteilen vertreten und konkret angewandt hat.[327] Und diese Sicht entsprach nicht nur dem eingangs erwähnten Narrativ des Positivismus, sondern auch der Meinung weiter Teile der bundesdeutschen Nachkriegsgesellschaft.

Diese Auffassung hat das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1957 in einem ausführlich begründeten Urteil deutlich zurückgewiesen,[328] indem es auf die vielfältigen Verstrickungen der Beamten in die Verfolgung der jüdischen Bevölkerung, nicht nur seitens der Geheimen Staatspolizei, sondern auch zum Beispiel seitens der Finanzverwaltung hinwies.[329] Die eigentlich unpolitische Funktion des Beamten habe nach 1933 einen mehr oder minder starken politischen Gehalt erhalten, die politische Infiltrierung vor allem von Ermessensentscheidungen habe alle möglichen Bereiche erfasst. Als Beispiele werden unter anderem genannt: Die Politisierung des gesamten Schulunterrichts, die ständige Rechtsprechung der höchsten Disziplinargerichte in Beamtensachen, die Unrechtsrechtsprechung des Volksgerichtshofs und des Reichskriegsgerichts sowie die Rechtsprechung des Reichsgerichts, unter anderem zur Kriegssonderstrafrechtsverordnung, sowie die unzähligen, durch Beamte vollzogenen diskriminierenden Maßnahmen gegenüber der jüdischen Bevölkerung. Schließlich habe die Beamtenschaft in beachtlichem Umfang die Pflicht zu jederzeitigem Eintreten für den Nationalsozialismus als gesetzliche Pflicht aus dem Beamtenverhältnis ernst genommen und bejaht.

---

325 So Kirn, Verfassungsumsturz, S. 298.

326 Kirn, Verfassungsumsturz, S. 299.

327 S. Band 2, Kap. 1.2.1.

328 BVerfG v. 19.2.1957 – 1 BvR 357/52 (BVerfGE 6, 132–222 = *NJW* (1957), S. 579).

329 Da es in diesem Buch um die Geschichte des Bundesgerichtshofs geht, soll das Beamtenurteil des Bundesverfassungsgerichts hier nicht eingehender analysiert werden (siehe dazu aber Kirn, Verfassungsumsturz, S. 205 ff., 259 ff.).

Beide Sichtweisen, die einer Beamtenschaft als Opfer und die einer Mitverantwortung auch der Ausführenden, haben lange Zeit in der bundesdeutschen Gesellschaft um die Deutungshoheit gerungen.[330] Erst spät setzte sich die Auffassung durch, dass die Täter nicht nur die wenigen Befehlsgeber gewesen waren. Interessant ist in der Auseinandersetzung der beiden Gerichte ein weiteres Argument für das Geschichtsbild des Großen Senats: Er ging – wie damals die ganz herrschende Meinung – vom Fortbestand des deutschen Staates nach 1945 aus und begründete dies damit, dass sich das deutsche Staatsvolk für diese Lösung entschieden habe.[331] Die DDR könne nicht Nachfolgestaat sein, da das ostdeutsche Volk nicht habe frei entscheiden können. Inwiefern und auf welche Art und Weise sich tatsächlich die „Westbürger" für eine Fortsetzung des Deutschen Reiches ausgesprochen hatten, wird allerdings nicht vertieft. Auch hätte sich die Frage stellen können, ob nach dem Krieg die Souveränität für eine solche Entscheidung überhaupt bestanden hat. Aber auf diese Details ging der Große Senat nicht ein. Ihm ging es in erster Linie um die Aufrechterhaltung eines an der Positivismuslegende ausgerichteten Geschichtsbildes und ferner konkret um einen Schutz der damaligen Beamtenschaft.

Dass hier Weinkauff maßgeblichen Anteil hatte, ist wahrscheinlich, immerhin war es sein Senat, der sich erstmals 1953 zum Thema gutachterlich äußerte, und der Große Senat bot unter seinem Vorsitz dem Bundesverfassungsgericht die Stirn. Und Weinkauff hat im Großen Senat besonderen Einfluss ausgeübt, was von anderen Senatsmitgliedern bestätigt worden ist.[332] Allerdings zeigt die Beteiligung anderer Senatspräsidenten, dass die Haltung im BGH zumindest verbreitet war; immerhin waren an der Stellungnahme zehn Richter beteiligt. Und das waren nicht alles oder überwiegend NS-Belastete, sondern auch Unbelastete wie beispielsweise Kurt Pagendarm. Beteiligt waren zum großen Teil ältere Richter, aber mit Robert Fischer und Gerda Krüger-Nieland auch ein Richter und eine Richterin der jüngeren Generation.

Es wäre allerdings verfehlt, in diesem Zusammenhang von einer generellen Auffassung des BGH zu sprechen. Denn der III. Zivilsenat hatte unter dem Vorsitz von Wilhelm Schelb und unter Mitwirkung von Kurt Pagendarm, Hellmuth Delbrück, Walter Lisco und Wilhelm Meiß[333] bereits 1951 in zwei Entscheidungen zur Beamtenversorgung eine moderatere Linie vertreten.[334] Auffällig ist, dass Schelb,[335] Lisco[336] und

330 Lange Zeit wurden die Fakten um den Holocaust von großen Teilen der deutschen Gesellschaft verdrängt: So ist es wohl kein Zufall, dass beispielsweise das 1961 erschienene Buch von Raul Hilberg (The Destruction of the European Jews), das gerade auch die starke Beteiligung des Beamtenapparats in den Holocaust minutiös auflistete, erst 1982 von einem kleinen Verlag ins Deutsche übersetzt wurde (Die Vernichtung der europäischen Juden).

331 BGH v. 20.5.1954 – GSZ 6/53 (BGHZ 13, 265, 294).

332 Fischer, Der Große Senat, in: *DRiZ* (1960), S. 304.

333 BA, Pers 101/48868.

334 BGH v. 15.3.1951 – III ZR 153/50 (BGHZ 1, 274); BGH v. 10.5.1951 – III ZR 184/50 (BGHZ 2,117).

335 Personalangaben: JMBW Nr. 1577; StA Freiburg D 180/2/9731.

336 BA, Pers 101/48852.

Pagendarm[337] nie in der NSDAP gewesen waren und im Gegenteil Nachteile in der NS-Zeit erlitten hatten. Delbrück war ebenfalls unbelastet[338] und Meiß wurde zumindest zunächst von den Nationalsozialisten als zentrumsnah und daher unzuverlässig eingestuft.[339] Vielleicht könnten diese Richter auch wegen der geschilderten persönlichen Erfahrungen weniger Verständnis für frühere Beamte mit Parteigeschichte gehabt haben. Und im September 1954 hat derselbe Senat dann – zeitlich nach dem dargestellten Beamtenurteil des Großen Senats – eine Kompromissentscheidung gefällt, in der er einen Verstoß des Gesetzes Nr. 131 gegen das Grundgesetz „jedenfalls für den hier vorliegenden Fall" verneint hat, womit er sich zumindest zwischen den Zeilen in einen Gegensatz zu den Kollegen vom Großen Zivilsenat gesetzt hat. Diese zweite Entscheidung erging unter dem Vorsitz von Willi Geiger, Berichterstatter war Kurt Pagendarm, der ja bereits an den beiden Entscheidungen aus dem Jahre 1951 beteiligt gewesen war und unter dem nationalsozialistischen Regime wegen seiner antinationalsozialistischen Haltung Probleme bekommen hatte. Und der Vorsitzende Willi Geiger war gleichzeitig auch Richter am Bundesverfassungsgericht, so dass er wahrscheinlich auch deshalb die Linie Weinkauffs nicht mitgetragen hat. Dass die unterschiedlichen Wertungen mit den persönlichen Voreinstellungen zusammenhängen, dürfte plausibel sein, was auch durch die Tatsache erhärtet wird, dass Hermann Weinkauff als Verfechter der Bestandskräftigkeit der Beamtenverhältnisse selbst ein mittelbar Betroffener war. Denn er hatte im Jahr 1946 versucht, seine eigenen Beamtenbezüge wegen seiner Tätigkeit beim Reichsgericht höher einstufen zu lassen, was aber vom Bayerischen Staatsministerium zurückgewiesen worden war.[340]

Neben der Sachfrage war aber zusätzlich die Konkurrenzsituation mitursächlich. Der Konflikt spielte genau in einer Zeit, in der das Bundesverfassungsgericht sich noch nicht in seiner endgültigen Rolle etabliert hatte und erst kurz zuvor in der Auseinandersetzung mit der Bundesregierung seinen Status zu erkämpfen versuchte.[341] Der BGH-Präsident sowie weitere Richter seines Gerichts hofften, ebenbürtig auf einer Stufe mit den Verfassungsrichtern zu stehen. Dazu passt das Urteil des Staatsschutzsenats aus dem Jahre 1954, in dem dieser die Auffassung vertrat, dass die Beurteilung der Verfassungsfeindlichkeit einer politischen Organisation nicht allein vom Bundesverfassungsgericht zu beurteilen sei, sondern dass dem BGH die gleiche Kompetenz zukomme.[342] Die Frage, ob das Bundesverfassungsgericht als eines von mehreren Fachgerichten neben dem BGH einzuordnen ist oder als eigenes Verfassungsorgan

337 BA, Pers 101/4884, Personalblatt; BA, Pers 101/4886.

338 BA, Pers 101/39951.

339 BA, Pers 101/48868, Personalblatt; BA, Pers 101/48870, wo ein entsprechendes Schreiben der NSDAP-Gauleitung vorliegt. Meiß ist dann 1937 der NSDAP beigetreten und hat einige Anbiederungen an das System vorgenommen.

340 S. Herbe, Hermann Weinkauff, S. 203; mit Nachweis aus der Personalakte.

341 Höpker-Aschoff, Statusdenkschrift, in: *JöR* 6 (1957), S. 144.

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

über den Fachgerichten „throhnt“, ist wahrscheinlich spätestens mit dieser Episode endgültig im letzteren Sinne entschieden.

III. Schlussfazit

Die Darstellung der unterschiedlichen Materien in den einzelnen Kapiteln dürfte bereits deutlich gemacht haben, dass eine einheitliche Bewertung der BGH-Rechtsprechung im Untersuchungszeitraum nicht möglich ist. Es ist schon mehrfach auf die Banalität hingewiesen worden, dass es **die** Rechtsprechung des BGH nicht gegeben hat, sondern allenfalls eine Rechtsprechung der einzelnen Senate.

Aber es gibt doch ein paar Gemeinsamkeiten, die vielleicht zumindest für den überwiegenden Teil der BGH-Rechtsprechung zutreffen. Da fällt natürlich zunächst die Naturrechtsepoche auf, die mit ihrer bewussten Abwendung vom Positivismus neue Zeichen in methodischer Hinsicht setzen möchte. Die geschilderte Phase wird zu Recht als eine Besonderheit gedeutet, die nur vor dem Hintergrund der Rechtsperversion zwischen 1933 und 1945 zu erklären ist. Sie diente der Selbstvergewisserung, sollte eine Abkehr vom Bösen und eine Rückwendung zum „guten alten Recht" bewirken, wobei Bezugspunkt der Rückkehr meist die Zustände vor Weimar gewesen sind. Denn letztlich wurde mit diesen knapp zehn Jahren „Naturrecht" nicht wirklich eine neue Methodik eingeführt. Aber die intendierte, vorübergehende Distanzierung vom Nationalsozialismus ist nur die eine Seite dieser kurzen Epoche, die andere drückt einen tieferliegenden Faktor mit zukunftsträchtiger Wirkung aus: Das in ihr zum Ausdruck kommende Selbstbewusstsein deutet auf ein Richterleitbild, das auch im ersten Teil dieser Untersuchung anhand von Beispielen dargestellt worden ist:[1] Es zeigt Richter, die sich als unabhängig verstehen und dem Stereotyp eines Subsumtionsautomaten eine klare Absage erteilen. Diese Grundhaltung sollte auch nach Abklingen der Naturrechtsphase Bestand haben, denn die BGH-Richter wollten nicht nur Rechtsanwender sein, sondern Beschützer des Rechts und – großen Teils – Rechtsfortbilder. Diese Rechtsfortbildung findet sich mitunter sogar beim konservativen Familiensenat, etwa wenn dieser praktisch ein Recht des Kindes auf Kenntnis der eigenen Abstammung kreiert, auch wenn er dieses noch nicht so bezeichnet. Allerdings, auch das ist eine Gemeinsamkeit zumindest der Zivilsenate, erfolgte eine solche Rechtsfortbildung nur sehr behutsam.

Ein zweiter, die Senate übergreifender Aspekt betrifft die Kontinuität, die vor allem in der Fortsetzung der Rechtsprechung des Reichsgerichts oder eben umgekehrt dem Bruch mit ihr zu sehen ist. Hier ist eine klare einheitliche Linie nicht auszumachen. Gleichwohl ist unübersehbar, dass die Reichsgerichtsrechtsprechung immer den Referenzrahmen bildet, entweder eben zur Fortsetzung einer bereits eingeschlagenen Linie oder aber, um sich von ihr abzusetzen. Das ist auch gut erklärlich, da Gesetze wie das BGB (von 1900) oder das HGB (von 1874), aber auch die meisten Vorschriften des StGB (entsprechend dem RStGB von 1871) bereits vom Reichsgericht ausgelegt worden waren. Dezidiert fortgeschrieben wird die Reichsgerichts-Rechtsprechung von

1 Band 1, Kap. 4.4.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-017

den Strafsenaten, vor allem im Rahmen des Sexualstrafrechts, hier bestehen auch keine Hemmungen, an die späte Reichsgerichts-Rechtsprechung aus der NS-Zeit anzuknüpfen und nicht an die frühere liberalere Auffassung. Generell ist bei den Strafsenaten ein starker Hang zu beobachten, eine autoritäre Rechtsprechung des Strafrechts fortzusetzen, wobei dies nicht immer die der nationalsozialistischen Zeit sein muss, sondern auch eine entsprechende Praxis des Kaiserreichs. Aber auch für die Diskontinuität gibt es Beispiele, etwa beim Familiensenat, der im Scheidungsrecht im Rahmen seiner Urteile zur sogenannten Heimtrennungsklage eine konservative und scheidungsfeindliche Rechtsprechung entwickelt hat, die in diametralem Gegensatz zur nationalsozialistisch geprägten Reichsgerichts-Rechtsprechung mit einer Scheidungserleichterung stand, wobei letztere nicht als fortschrittlich zu bezeichnen sein dürfte.[2]

Ein dritter Faktor, der in diesen Jahren zu beobachten ist, ist eine Tendenz zur Verfachlichung, die sich im Bereich der juristischen Praxis bereits seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts beobachten lässt.[3] Damit ist vor allem eine Spezialisierung angesprochen, die in erster Linie mit der komplexer werdenden Rechtsordnung leicht erklärt werden kann. Die Zuordnung der Richter zu den einzelnen Senaten zeigt, dass bestimmte Spezialisten für bestimmte Materien ausgesucht werden, etwa für den neu gegründeten Senat für Patentrecht; eine Spezialistin im Urheberrecht wie Gerda Krüger Nieland wurde dem für dieses Rechtsgebiet zuständigen I. Zivilsenat zugewiesen. 1958 wurde ein eigener Kartellsenat gegründet, 1963 ein Senat, der sich auf das Patentrecht spezialisierte,[4] in den dann auch Spezialisten wie etwa Ulrich Weiß und Werner Birnbach kamen. Auch die öffentlich-rechtlichen Themen der Staatshaftung (Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Amtshaftung) waren einem darauf spezialisierten (dritten) Senat zugewiesen. Die Bildung des Staatsschutzsenats gehört auch in diese Reihe, wobei hier allerdings weniger die fachliche Nähe maßgebend war als vielmehr die staatspolitische Haltung. Verwendungsbreite, die bis heute häufig von Justizjuristen gern gesehen wird, wird am BGH zunehmend verdrängt durch eine Expertise in einem bestimmten Gebiet. Das gilt nicht nur für die Auswahl seitens des Gerichts, sondern auch umgekehrt: Bestimmte Richter suchten sich ihre Materien, wofür wieder der Staatsschutzsenat als Beispiel dienen kann, denn zumindest für die Erstbesetzung im Jahre 1952 dürfte es zutreffen, dass die betreffenden Personen der Übernahme dieser Aufgabe nicht negativ gegenüber gestanden hatten, während es in den 1960er Jahren auch Richter gegeben hat, die eher unwillig den Vorsitz dieses Senats übernommen haben, sicher bedingt durch die starke Kritik aus Wissenschaft und Presse, als Beispiel sei etwa Eberhard Rotberg genannt. Und dass im Familiensenat überwiegend religiös geprägte Juristen tätig waren und dort über anderthalb Jahrzehnte verblieben, dürfte auch kein Zufall sein. Es ist auffällig, dass gerade in diesem Senat überwie-

2 Insoweit sind die Bewertungen als „konservativ“ oder „fortschrittlich“ immer etwas problematisch.
3 Zum Begriff: Naucke, Verfachlichung.
4 Zunächst firmierte dieser Senat als Ia Senat, ab 1968 als X. Zivilsenat. Er war seit Errichtung des Bundespatentgerichts auch für Beschwerden gegen dessen Entscheidungen zuständig.

gend Menschen mit einem stark christlich orientierten Weltbild geurteilt haben. Wahrscheinlich haben bestimmte Personen mit besonderen Charaktereigenschaften sich genau das für sie passende Rechtsgebiet ausgesucht. Das dürfte auch für das Handels- und Gesellschaftsrecht und Robert Fischer gelten, möglicherweise auch für Georg Kuhn. Dieser Aspekt ist bei den Strafsenaten nicht so eindeutig, denn hier erfolgt im Untersuchungszeitraum eine Spezialisierung nur in Teilbereichen, etwa beim Staatsschutzrecht oder hinsichtlich des Verkehrsstrafrechts (4. Senat), für das Herbert Kleinewefers als ausgewiesener Spezialist zu nennen wäre. In den anderen strafrechtlichen Bereichen gab es keine Spezialisierung und deshalb war auch ein Wechsel der Richter zwischen den Senaten nicht so selten, während die Kontinuität der Besetzung in den Zivilsenaten auffällig, aber aus den geschilderten Grünen erklärlich ist. Zum Stichwort Verfachlichung gehört schließlich auch die Professionalisierung im Sinne einer Abkehr vom laienhaften Verständnis der gerichtlichen Verfahren. Dies wird deutlich zum Beispiel im Strafprozess beim Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. Dieser Grundsatz wurde bereits seit seiner Einführung im Rahmen der französischen Revolution kritisiert, weil der hehre Grundsatz mit seiner damals radikal verstandenen Subjektivität[5] viel zu unbestimmt, irrational und unjuristisch sei, was dazu führe, dass die Entscheidungen nicht nachvollzogen werden könnten.[6] Der Ruf nach einer gewissen Kontrolle ist daher nie verstummt, aber erst das Revisionsrecht, wie es sich vor allem nach dem Zweiten Weltkrieg durch die BGH-Rechtsprechung herausgebildet hat, konnte eine solche wirksame Kontrolle erreichen. Das wiederum hatte zur Folge, dass in schwurgerichtlichen Verfahren das Thema der „Revisionsfestigkeit“ zu einem, den ganzen Strafprozess bestimmenden Aspekt geworden ist, der sich allerdings nur dem absoluten Profi erschließt[7] und dem Laien unverständlich bleibt.

Ein Dauerthema der ersten zwei Jahrzehnte des BGH war die Überlastung fast aller Senate, beim IV. Zivilsenat Anfang der Fünfzigerjahre bedingt durch die Ehescheidungssachen und, nachdem diese Mitte des Jahrzehnts zurück gingen, die Entschädigungssachen, die einen immensen Arbeitsanfall auslösten. Die Staatshaftungssachen erlebten in den 1950er Jahren einen kontinuierlichen Anstieg, bis sie Anfang der 1960er Jahre zurückgingen. Die Straßenverkehrssachen nahmen eigentlich stetig zu. Dieses Problem des sehr hohen Arbeitsanfalls war beständiger Anlass für Klagen der Präsidenten und ist zu Beginn der 1960er Jahre verstärkt diskutiert worden, denn damals war vor allem mit einer Reform um die Einführung der Grundsatzrevision die Hoffnung verbunden, mit diesem Rechtsinstitut die Überlastung reduzieren zu kön-

5 Nachweise bei Roth, Strafverfahren, S. 54 ff.

6 „Er öffnet dem Irrationalen, der Beliebigkeit und dem Unkontrollierbaren Tür und Tor“, s. Peters, Strafprozeß, S. 281.

7 BA, B 141/403654. Der Vorsitzende des 5. BGH-Strafsenats, Werner Sarstedt, wies in einem Interview mit der Zeitschrift *Der Lichtblick* vom 21.2.1969 auf die Schwierigkeiten der Revisionsbegründung in Strafsachen auch für Rechtsanwälte hin.

nen.[8] Aber über den ganzen Untersuchungszeitraum mussten die BGH-Präsidenten immer wieder aufgrund von Krankheiten von Richtern Lücken stopfen und konnten sich keine Vakanzen der Stellen erlauben.[9]

Bei der Sicht auf einzelnen Rechtsgebiete fällt zunächst vor allem die Ambivalenz auf, die in der Rechtsprechung vieler Senate und in den unterschiedlichsten Materien zu beobachten ist. Das ist deutlich bei den Entscheidungen zum nationalsozialistischen Unrecht: Sowohl bei der Bestrafung der NS-Täter als auch bei der Entschädigung der Opfer haben sich die zuständigen Senate deutlich vom Unrecht der Zeit zwischen 1933 und 1945 distanziert. Befehle wurden als rechtswidrig, ja als Verstoß gegen das Gebot der Wahrung eines Mindestmaßes an Gerechtigkeit eingeordnet, so dass aus ihnen keine Rechtfertigung für ein bestimmtes Handeln abgeleitet werden konnte. Gleichwohl bleibt Kritik: Schwer fiel es den Strafsenaten, Angeklagte zu verurteilen, die sich damit verteidigten, das Unrecht der damaligen Taten nicht erkannt zu haben. Eine solche Einlassung führte häufig zum Schuldausschluss, bei den Richtern der NS-Zeit wurde bei einer solchen Einstellung sogar die Strafbarkeit an sich verneint. Der Grund für diese Zurückhaltung gegenüber einer, von den Kritikern geforderten strengeren Bestrafung dürfte auch, vielleicht sogar in erster Linie in biografischen Ursachen zu suchen sein. Dabei ist vor allem an die Tatsache zu denken, dass die Richter in der großen Mehrheit selber in die Justiz der nationalsozialistischen Zeit verstrickt gewesen sind, nicht alle in dem Sinne, dass sie formal oder inhaltlich nationalsozialistisch belastet gewesen sind, sondern auch in dem Sinne, dass sie diese Zeit aktiv im Dienst miterlebt und insoweit in gewisser Weise „mitgemacht“ haben.

Ganz ähnliche Beobachtungen einer Ambivalenz kann man beim Entschädigungssenat machen: Gesetze der nationalsozialistischen Zeit wie das Schächtungsverbot oder die Strafbarkeit für das Hören von „Feindsendern“ wurden als politische Verfolgung eingeordnet, so dass ihre Nichtbefolgung Entschädigungsansprüche auslösen konnte. Gleichzeitig haben die Richter sich schwergetan, diese Distanzierung konsequent in allen Entscheidungen umzusetzen. Bei den Kommunisten hatte der Gesetzgeber einen Ausschluss der Entschädigung bereits angeordnet, was den Senat möglicherweise ermutigt haben könnte, diese Linie auszuweiten. Denn auch Sinti und Roma wurden entschädigungsrechtlich diskriminiert, genauso Widerständler, die den Wehrdienst verweigerten. Von einer Entschädigung ausgeschlossen wurden ferner Personen, die als Verfolgte ein Schicksal erlitten, das auch Nicht-Verfolgte hätten erleiden können. In allen diesen Konstellationen bewerteten die Richter das Verhalten der Betroffenen nach eigenen Maßstäben, um aus ihrer Sicht ungerechtfertigte Anträge auszuschließen.

---

8 BA, B 3010a, Bd. 1/1000175, Schreiben des Präsidenten vom 15.2.1963, in dem er den Anstieg mit Zahlen belegt. Die Lage sei „bedrohlich“. S. a. eine 32-seitige Schrift Heusingers vom 30.7.1963 zu dem Thema; BA, B 3010a, Bd. 1/1000175, Bl. 79 ff., Stellungnahme der Senatspräsidenten zur Grundsatzrevision.

9 S. Band 1.

Die Gleichberechtigung von Frau und Mann war, so muss man es sagen, kein Anliegen der BGH-Senate. Sowohl der Familiensenat als auch der erste Zivilsenat haben ein klares Bild von der Rollenverteilung zwischen Mann und Frau in der Familie und in der Gesellschaft im Auge gehabt und in entsprechenden gerichtlichen Entscheidungen durchgesetzt. Die Erklärung dafür liegt auf der Hand, wenn man sieht, dass die Entscheidungen fast ausschließlich von überdurchschnittlich alten Männern gefällt wurden, die mit einem entsprechenden Leitbild großgeworden sind und auch in ihren eigenen Ehen dieses Rollenbild wie selbstverständlich gelebt haben. Überdies entsprach die Unterordnung der Frau unter den Mann dem tradierten Muster in der Gesellschaft der 1950er Jahre. Aber auch in diesem Punkt ist die geschilderte Ambivalenz im BGH zu konstatieren, etwa wenn die Stellungnahme zum Gleichberechtigungsgesetz seitens des ersten Senates in einer Sequenz eine moderne Sicht des Artikels 3 Abs. 2 GG enthält. Und es ist kein Zufall, dass diese Sicht von einer Frau formuliert wurde, die auch noch deutlich jünger war als ihre männlichen Kollegen.[10] Im Großen und Ganzen überwiegt jedoch eindeutig ein patriarchalisches Verständnis, das sich natürlich vor allen Dingen in den familienrechtlichen Entscheidungen des IV. Senates ausgewirkt hat. Die Familie war in den Augen dieser Richter eine über dem Gesetz stehende Institution, die ganz im Sinne eines christlichen Weltbildes vor liberalen Tendenzen zu schützen war. Sie sahen es als ihre Aufgabe an, allzu freizügige Auffassungen von Ehe und Familie in die Schranken zu weisen und den sittlichen Gehalt der Ehe ohne Rücksicht auf die begrenzten Möglichkeiten einer Durchsetzung den Beteiligten aufzuzwingen. Gerade auf diesem Gebiet wird deutlich, wie stark die Charaktereigenschaften der Richter auch die Ergebnisse der Rechtsprechung beeinflusst haben: Religiös geprägte Männer ließen ihre Vorstellungen von der rechten Ehe als einer von Gott gestifteten Gemeinschaft in ihre Entscheidungen einfließen.

Im Bereich des Sexualstrafrechts haben die Strafsenate eine sehr konservative Linie verfolgt, die sicher im Wesentlichen der konservativen Überzeugung eines Großteils der Nachkriegsgesellschaft entsprochen haben dürfte. In Einzelfällen haben sie allerdings auch deutlich über den Zeitgeist hinaus moralisierend geurteilt, getrieben von dem Impetus, als unsittlich bewertete Haltungen in der Gesellschaft bekämpfen zu müssen. Zu erklären dürfte dies auch damit sein, dass die meisten dieser Richter im Kaiserreich groß geworden und entsprechend sozialisiert worden waren.

Der Einfluss gesellschaftlicher und politischer Überzeugung gilt wohl auch – oder besonders? – für das Staatsschutzrecht, für das ein spezieller Senat mit ganz konkret ausgesuchten Personen gebildet worden ist, von denen anzunehmen ist, dass sie sich nicht gesträubt haben, diese Aufgabe zu übernehmen. Dass gerade auch in diesem Bereich das Personal eine Richtung vorgab, ist bereits oben ausführlicher dargestellt worden. Die stark etatistische Ausrichtung, die in den entsprechenden Urteilen der 1950er Jahre zum Ausdruck kommt, dürfte auch mit der vorherigen Tätigkeit der Senatsmitglieder zu erklären sein. Darüber hinaus entsprach eine kommunistenfeindli-

10 Das bezieht sich auf das Durchschnittsalter, im Einzelfall gab es auch gleich alte Kollegen.

che Rechtsprechung nicht nur dem vorherrschenden Zeitgeist in der Bundesrepublik, konkret den Auffassungen der Bundesregierung, sondern war auch im Sinne der Alliierten, wie ein Blick auf die Ära McCarthy in den USA zur gleichen Zeit veranschaulicht.

Auch die zwei konträren Entscheidungen zum Züchtigungsrecht der Lehrer belegen eindrucksvoll, dass die Voreinstellungen der Richter das Ergebnis der Entscheidungen maßgeblich geprägt haben. Während die einen das Grundgesetz ernst nehmen und neuere pädagogische Erkenntnisse berücksichtigen, klammern sich die anderen an das althergebrachte Gewohnheitsrecht.

Im Wirtschaftsrecht ist der methodische Ansatz einer Rechtsfortbildung, insbesondere ab Mitte der Fünfzigerjahre am meisten ausgeprägt. Vergangene Sachverhalte werden mit Pragmatismus einer sachgerechten Lösung zugeführt, die neuen, durch das „Wirtschaftswunder" hervorgerufenen Probleme werden mit Sachverstand angegangen, ohne dass allerdings die Eingriffe in die Gesetze unzulässig ausgedehnt würden. Auffällig ist eine gewisse Kongruenz der Rechtsprechung mit der ordo-liberalen Wirtschaftspolitik dieser Zeit.

Die Rechtsprechung des BGH zu den Grundrechten ist von einem starken Bezug zu den Individualrechten geprägt, die Richter verstanden die Grundrechte, ihrer Entstehungsgeschichte entsprechend, vor allem als Abwehrrechte gegenüber einem als zu mächtig empfundenen Staat, sicher ein Verständnis, das Gesetzgeber und Rechtsprechung als Lehre aus der Zeit des Unrechts zuvor mitgenommen haben. Insoweit ist es erklärlich, dass der Schutz der Eigentumsgarantie aus Art. 14 GG im Vordergrund steht, etwa bei den Ansprüchen aus Enteignung und Aufopferung, aber auch bei einem Einsatz für die Beamtenrechte. Und schließlich gehört auch die Anerkennung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts hierher, die Sanktionierung seiner Verletzung, aber auch seine Grenzen, die unter anderem durch Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit gezogen werden. Die stärkere Gewichtung des Individualrechts der Persönlichkeit gegenüber den eher politischen Grundrechten der Meinungs- und Pressefreiheit in den Anfangsjahren zeugt allerdings auch hier von einem gewissen konservativen Grundverständnis, das sich vor allem in den Entscheidungen des ersten Zivilsenats gezeigt hat und mit dem Selbstverständnis des hier tätigen Richterpersonals, allem voran des ersten Präsidenten, Hermann Weinkauf, zu erklären ist.

Auch wenn diese Untersuchung nicht das Dilemma der rechtssoziologischen Forschung lösen kann, dass bei Entscheidungen von Kollegialgerichten der Nachweis konkreter Ursachen für ganz konkrete Entscheidungen nicht möglich ist, hat die Untersuchung gleichwohl punktuell gezeigt, dass langfristige Überzeugungen und Bindungen der Richter sich auf die Rechtsprechung ausgewirkt haben. Inwieweit persönliche Erfahrungen ein Verständnis der Richter für soziale Probleme von Mietern geweckt haben, weil viele Mitglieder des zuständigen VIII. Zivilsenats selbst von Wohnungsnot betroffen gewesen waren, bleibt indes Spekulation.

Ein anderer Einflussfaktor ist noch schwieriger nachzuweisen: Inwieweit haben Meinungen von außen die Richter und ihre Urteile beeinflusst? Die Kritik an der

Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von wissenschaftlicher Seite, vor allem aber aus der Presse, fiel etwa im Vergleich zur Zeit des Reichsgerichts viel heftiger aus, die Senate standen ständig unter Beobachtung, die sie natürlich nicht ganz haben ausblenden können. Unmittelbare Provokationen von Anwälten, Anfragen von Zeitungen und unverhohlene Erwartungen aus der Politik sind in Karlsruhe sehr wohl wahrgenommen worden. Dies dürfte nicht ganz ohne Einfluss auf die Rechtsprechung geblieben sein, aber nur in Einzelfällen ist dies auch nachweisbar. Ein Beispiel bildet das Verfahren des 5. Strafsenats gegen den Volksgerichtshofs-Richter Rehse wegen Rechtsbeugung, in dem die Richter zu erkennen geben, dass der Senat mit seiner Zurückverweisung eine taktische Entscheidung gefällt hat: Das Votum des Berichterstatters, das eigentlich eine Einstellung des Verfahrens vorschlägt, gibt zu bedenken, dass angesichts der Stimmung in Politik und Bevölkerung auch an das Ansehen der Rechtsprechung zu denken sei, und ein anderes Senatsmitglied gab in einem Leserbrief an, dass er sich geschämt habe, dass man Rehse nicht gleich freigesprochen habe, obwohl dies eigentlich die Überzeugung des Senates gewesen sei.[11]

Schließlich noch eine Bemerkung zur Konkurrenz zum Bundesverfassungsgericht, die in den ersten Jahren der fünfziger Jahre zu Verwerfungen geführt hat. Die BGH-Senate haben in ihrer Rechtsprechung zu den Grundrechten eine selbstbewusste Haltung vertreten, die den Anspruch erhob, selbstständig in der Lage zu sein, das Grundgesetz auszulegen.[12] Der ehrgeizige Hermann Weinkauff ist wahrscheinlich die treibende Kraft gewesen, die dann einen unmittelbaren Konflikt mit den Verfassungsrichtern vom Zaun gebrochen hat. Während der Staatsschutzsenat seinen Präsidenten durchaus zunächst mittelbar unterstützte, indem er nicht darauf wartete, ob das Bundesverfassungsgericht eine Organisation für verfassungswidrig erklärte, war der III. Zivilsenat, in dem der „auch-Verfassungsrichter“ Willi Geiger mitwirkte, eher nicht auf Konfrontationslinie, ein weiteres Beispiel für die Ambivalenzen im BGH. Im Ergebnis wurden mögliche Ambitionen Weinkauffs vom Bundesverfassungsgericht deutlich in die Schranken gewiesen, das Verhältnis beider Gerichte war Ende der 1950er Jahre zugunsten des Bundesverfassungsgerichts entschieden.

11 S. Band 2, Kap. 1.2.4, Der Fall Rehse

12 Das betrifft sowohl den Streit um die Beamtenversorgung im Rahmen des Artikels 131 WRV, als auch die Urteile der Strafsenate zur Berufsfreiheit, die Auslegung des Gleichheitsartikels durch den Familiensenat und die Beurteilung der Verfassungswidrigkeit von Organisationen durch den Staatsschutzsenat.

Abkürzungsverzeichnis

AcP	*Archiv für die civilistische Praxis*
aF	Alte Fassung
AfP	*Zeitschrift für das gesamte Medienrecht*
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
BA	Beitrittsakte
BEG	Bundesgerichtsentscheide. Amtliche Sammlung der Leitentscheide des schweizerischen Bundesgerichts
BEGSchlG	Bundesergänzungsschluss-Gesetz
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt/ BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen/ in Zivilsachen
BJM	Bundesjustizminister
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BND	Bundesnachrichtendienst
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT	Bundestag
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
DAK	Deutsches Arbeiterkomitee
DBT	Deutscher Bundestag
DDR	Deutsch Demokratische Republik
DJT	Deutscher Juristentag
DR	*Deutsches Recht*
DRiZ	*Deutsche Richterzeitung*
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift
DuR	Demokratie und Recht
DVP	Deutsche Volkspartei
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EheG	Ehegesetz
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
FamRZ	*Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*
FDGB	Freier Deutscher Gewerkschaftsbund
FDJ	Freie Deutsche Jugend
FPR	*Familie, Partnerschaft, Recht*
FR	*Frankfurter Rundschau*
GA	*Goltdammer's Archiv für Strafrecht*
Gestapo	Geheime Staatspolizei
GFK	Genfer Flüchtlingskonvention
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRUR	*Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht*
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Hessen
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.
https://doi.org/10.1515/9783111456355-018

HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGH
HuSt	Hochverrat und Staatsgefährdung, Urteile des Bundesgerichtshofes
JöR	*Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*
JR	*Juristische Rundschau*
JW	*Juristische Wochenschrift*
JZ	*Juristenzeitung*
KfZ	Kraftfahrzeug
KG	Kommanditgesellschaft
KGB	Komitee für Staatssicherheit
KJ	Kritische Justiz
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KPdSU	Kommunistische Partei der Sowjetunion
KSSVO	Kriegssonderstrafrechtsverordnung
KUG	Kunst- und Urhebergesetz
LG	Landesgericht
MDR	*Monatsschrift für Deutsches Recht*
MfS	Ministerium für Staatssicherheit
NATO	North Atlantic Treaty Organization
NJW	*Neue Juristische Wochenschrift*
NRW	Nordrhein-Westfalen
NS	Nationalsozialismus
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NSTK	Nationalsozialistischer Fliegerkorps
NStZ	*Neue Strafrechts-Zeitschrift*
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
Pkw	Personenkraftwagen
ProdHG	Produkthaftungsgesetz
RabelsZ	*Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*
RAF	Rote Armee Fraktion
REG	Rückerstattungsgesetz
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgerichtsblatt
RGSt	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RM	Reichsmark
RMilStGB	Militär-Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RuSt	Hochverrat und Staatsschutz (Rechtsprechungssammlung)
RzW	*Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht*
SA	Sturmabteilung
SDR	Süddeutscher Rundfunk
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SJZ	*Schweizer Juristenzeitung*
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SS	Schutzstaffel
StGB	Strafgesetzbuch
StN	*Stuttgarter Nachrichten*
StrÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz

Süddt JZ	*Süddeutsche Juristenzeitung*
SWR	Südwestrundfunk
SZ	*Süddeutsche Zeitung*
Tsp	*Tagesspiegel*
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
VOlBZ	Verordnungsblatt für die Britische Zone
WM	*Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*
ZHR	*Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*
ZIP	*Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	*Zeitschrift für Rechtspolitik*
ZStW	*Zeitschrift für das gesamte Strafrecht*

Quellen- und Literaturverzeichnis

Unveröffentlichte Quellen

Bundesarchiv Koblenz (BA)
B 106
B 141
B 283
B 362
B 3010a
Best. Pers 6
Best. Pers 101

Bundesgerichtshof Registratur Karlsruhe
Verfahrensakten

Bundesministerium der Justiz Berlin
Personalakten

Hauptstaatsarchiv Stuttgart (HStA)

Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden (HStA)
Abt. 461 Nr. 36281

Landesarchiv Schleswig-Holstein (LA)
Abt. 786 Nr. 185

Stadtarchiv Freiburg (StA)
Best. D 180/2/9731

SWR Hörfunkarchiv Mainz
Digitalisate der Sendung „Aus der Residenz des Rechts“

Gedruckte Quellen

Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (BGHSt), Bd. 1–24.
Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (BGHZ), Bd. 1–51, 53–54, 56, 68.
Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts (BGE), Bd. 72.
Hochverrat und Staatsgefährdung. Urteile des Bundesgerichtshofes. Mit einem Vorwort von Bundesanwalt Walter Wagner, Bd. 1–2, Karlsruhe 1957/1958.
Rüther, C. F./ **de Mildt**, D. W. (Hrsg.): Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1999, Bd. VIII, IX, XI-XIV, XV-XXIII, XXVI, XXVII, XXXI, XXXIV, XLVIII, Amsterdam 1968 ff.
Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Niederschriften, Bd. 8, 1958.
Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Niederschriften, Bd. 10, 1958.
Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, Niederschriften, Bd. 13, 1959.
Verhandlungen des Deutschen Bundestages: Drucksache V/102.
Verhandlungen des Deutschen Bundestages: Drucksache V/530.
Verhandlungen des Deutschen Bundestages: Drucksache V/898.
Verhandlungen des Deutschen Bundestages: Drucksache V/2812.

Open Access. © 2025 Michael Kißener, Andreas Roth, publiziert von De Gruyter. BY-NC-ND Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung – Nicht-kommerziell – Keine Bearbeitung 4.0 International Lizenz.

https://doi.org/10.1515/9783111456355-019

Verhandlungen des Deutschen Bundestages: Drucksache 7/3919.
Verhandlungen des 38. Deutschen Juristenages in Ulm 1950, 1951.
Verhandlungen des 39. Deutschen Juristentages in Stuttgart 1951, Tübingen 1952.
Verwaltungsvereinbarung der Länder v. 23.06.1959 zu § 41, in: RzW (1959), S. 364.

Literatur

Abelshauser, Werner: Deutsche Wirtschaftsgeschichte. Von 1945 bis zur Gegenwart, 2. Auflage, München 2011.
Abendroth, Wolfgang: Arbeiterklasse, Staat und Verfassung: Materialien zur Verfassungsgeschichte und Verfassungstheorie der Bundesrepublik, Frankfurt/M. 1975.
Adorno, Theodor W.: Was bedeutet Aufarbeitung der Vergangenheit, in: Gesammelte Schriften, Bd. 10.2, Frankfurt/M. 2010, S. 555–572.
Ahlers, Conrad: Bedingt abwehrbereit, in: *Der Spiegel* 41, 10.10.1962.
Ahlers, Conrad: Stärker als 1939?, in: *Der Spiegel*, 13.06.1962.
Alexander, Christian: Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die zivilrechtliche Rechtsfindung und -fortbildung am Beispiel des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts, in: Fischer, C./ u. a. (Hrsg.): Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015, S. 65–82.
Arendt, Hannah/ **Jaspers**, Karl: Briefwechsel 1926–1969, München 1985.
Arndt, Adolf: Der Begriff der Absicht, in: *JZ* (1957), S. 206–207.
Arndt, Adolf: Das Staatsgeheimnis als Rechtsbegriff und als Beweisfrage, in: *NJW* (1963), S. 465–470.
Arndt, Adolf: Umwelt und Recht, in: *NJW* (1963), S. 24–26.
Arndt, Adolf: Umwelt und Recht – Agraphoi nomoi (Widerstand und Aufstand), in: *NJW* (1962), S. 430–433.
Arndt, Herbert: Die landesverräterische Geheimnisverletzung, in: *ZStW* 66 (1954), S. 41–76.
Bader, Hans: Caiazzo, in: *Betrifft Justiz* (1995), S. 121–125.
Bader, Karl: Straf- und Strafprozeßrecht, in: *JZ* (1954), S. 751–757.
Ballhaus, Werner / **Bendler**, Helmut: Zur Rechtsprechung des X. Zivilsenats (Patentrecht), in: Krüger-Nieland, G. (Hrsg.): 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 157–172.
Bauer, Fritz: Das Widerstandsrecht des kleinen Mannes, in: *Geist und Tat: Monatsschrift für Recht, Freiheit und Kultur* 17 (1962), S. 78–83.
Bauer, Fritz: Ideal- oder Realkonkurrenz bei nationalsozialistischen Verbrechen?, in: *JZ* (1967), S. 625–628.
Bauer, Fritz: Justiz als Symptom, in: Richter, H. W. (Hrsg.): Bestandsaufnahme: Eine deutsche Bilanz 1962 – in: Sechsunddreißig Beiträge deutscher Wissenschaftler. Schriftsteller und Publizisten, München 1962, S. 221–232.
Baumann, Jürgen: Beihilfe bei eigenhändiger Tatbestandserfüllung, in: *NJW* (1963), S. 561–565.
Baumann, Jürgen: Die strafrechtliche Problematik der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, in: Henkys, R. (Hrsg.): Die nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, Stuttgart 1964, S. 267–321.
Baumann, Jürgen: „So wie es lief, war es schlimm“, in: Horstmann/ u. a. (Hrsg.): An den Grenzen des Rechts – Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen, Frankfurt/M. 2006, S. 122–148.
Baumann, Jürgen: Zur Teilbarkeit des Unrechtsbewusstseins – Kritische Bemerkungen zum Urteil des BGH v. 28.02.61 – 1 StR 467/60, in: *JZ* (1961), S. 564–566.
Bayer, Walter: Unternehmensrecht in der frühen Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH in: Fischer, C./ u. a. (Hrsg.): Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015, S. 83–108.
Becker, Ingeborg/ **Huber**, Harald/ **Küster**, Otto: Kommentar zum Bundesentschädigungsgesetz (Bundesergänzungsgesetz) zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung (BEG) vom 18. Sept. 1953, Berlin 1955.

Beitzke, Günther: Grundgesetz und Internationalprivatrecht, Berlin 1961.
Benzler, Susanne: Justiz und Anstaltsmord nach 1945, in: *KJ* (1988), S. 137–158.
Bergh, Hendrik van: ABC der Spione: eine illustrierte Geschichte der Spionage in der Bundesrepublik Deutschland seit 1945, Pfaffenhofen a. d. Ilm 1965.
Bertheau, Camilla: Politisch unwürdig? Entschädigung von Kommunisten für nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen. Bundesdeutsche Gesetzgebung und Rechtsprechung der 50er Jahre, Berlin 2016.
Bertram, Jürgen: Das Drama von Brettheim. Eine Dorfgeschichte am Ende des Zweiten Weltkrieges, Frankfurt/M. 2005.
Beyer, Wilhelm: Anmerkung zu BGH v. 9.02.1955 – IV ZR 226/54 und BGH v. 20.04.1955 – IV ZR 266/54, in: *RzW* (1955), S. 249–250.
Bielenberg: Urteilsanmerkung zu BGH-Urteil vom 03.11.1967 – Ib ZR 123/6, in: *GRUR* (1968), S. 328–329.
Billig verkauft, in: *Der Spiegel* 34, 20.08.1958.
Blessin, Georg/ **Wilden**, Hans: Bundesentschädigungsgesetze: Bundesergänzungsgesetz zur Entschädigung für Opfer nationalsozialistischer Verfolgung, Gesetze zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts – Kommentar, 3. Auflage, München 1960.
Bock, Gisela: Zwangssterilisationen im Nationalsozialismus, Opladen 1986.
Bock, Hans: Aus der Rechtsprechung des I. Zivilsenats (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht), in: *DRiZ* (1960), S. 305–309.
Bommer, Julia: Ein Gesetz – zwei Rechtsprechungen? Die Zerrüttungsscheidung bei Reichsgericht und Bundesgerichtshof zwischen 1938 und 1961, Diss., Frankfurt/M. 2007.
Bornkamm, Joachim/ **Danckwerts**, Rolf: Eine große Rechtspersönlichkeit: Gerda Krüger-Nieland 1910–2000, in: *GRUR* (2010), S. 761–767.
Bosch, Friedrich Wilhelm: Anmerkung zu BGH Urt. v. 15.06.1955 – IV ZR 80/55, in: *FamRZ* (1963), S. 287–290.
Bosch, Friedrich Wilhelm: „Zum Inkrafttreten des Gleichberechtigungsgesetzes am 1. Juli 1958“, in: *FamRZ* (1958), S. 240–243.
Broszat, Martin: Verbot und Strafverfolgung wegen Verkehrs polnischer Zwangsarbeiter mit deutschen Frauen und Mädchen, in: Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte, Bd. 1, München 1958, S. 387–389.
Brüggemann, Johannes A. J.: Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, Baden-Baden 2013.
Brunn, Walter: Hinterbliebenenversorgung (Schaden am Leben), in: Schwarz (Hrsg.): Wiedergutmachung, Band IV, S. 117–184.
Brünneck, Alexander von: Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland: 1949–1968, Frankfurt/M. 1978.
Bundesgerichtshof/ Zentralrat Deutscher Sinti und Roma (Hrsg.): Doppeltes Unrecht – eine späte Entschuldigung. Gemeinsames Symposium des Bundesgerichtshofs und des Zentralrats Deutscher Sinti und Roma zu den Urteilen vom 7. Januar 1956. Vorträge gehalten am 17. Februar 2016 im Foyer der Bibliothek des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe, Eggenstein 2016.
Bundesminister der Justiz (Hrsg.): Im Namen des Deutschen Volkes – Justiz und Nationalsozialismus. Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, Köln 1989.
Burkhardt, Anika: Juristische Aufarbeitung des nationalsozialistischen Euthanasie-Unrechts, Diss., Tübingen 2013.
Busch, Richard: Die Rechtsprechung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs, in: *DRiZ* (1960), S. 347–349.
Calvelli-Adorno, Franz: Die rassische Verfolgung der Zigeuner vor dem 1. März 1943, in: *RzW* (1961), S. 529–537.
Coing, Helmut: Die obersten Grundsätze des Rechts, Heidelberg 1947.

Copic, Hans: Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art: Untersuchungen zur Problematik der Verfassungsmäßigkeit der Tatbestände und Deliktsfolgen der §§ 88–89 (incl. § 86), 100 d II, 100 d III i. V. m. II, 128, 129 StGB, § 20 VereinsG und der Deliktsfolgen gem. §§ 31–34, 37, 42 e, 42 m, 42 l StGB im Falle ihrer Verknüpfung mit den vorgenannten politischen Straftatbeständen, Diss., Bonn 1967.

Dam, Hendrik George/ van **Loos**, Heinz: Bundesentschädigungsgesetz: Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung vom 29. Juni 1956 – Kommentar, Berlin 1957.

Deiseroth, Dieter: NS-Justiz auf der Anklagebank, in: *DuR* (1980), S. 58.

Dellian, Ed: Haftungsprivileg des Richters im Strafrecht?, in: *ZRP* (1969), S. 51–52.

Dencker, Friedrich: Die strafrechtliche Behandlung von NS-Rechtsprechungsakten, in: Salje, P. (Hrsg.): Recht und Unrecht im Nationalsozialismus, Münster 1985, S. 294–310.

Deutsch, Erwin: Die Gefährdungshaftung und der BGH. Die Geschichte eines Abschottungsprozesses, in: Canaris, W. (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, München 2000, S. 675–689.

Diederichsen, Uwe: Die Haftung des Warenherstellers, München 1967.

Dölle, Hans: Deutschland – Gleichberechtigung der Geschlechter und internationales Privatrecht – Vorläufige Stellungnahme des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht, in: *Rabels Zeitschrift* 18 (1953), S. 119–127.

Dreher, Eduard: Anmerkung zu BGH 5 StR 704/68, in: *JR* (1970), S. 146–148.

Drexel, Joseph: Der Fall Niekisch. Eine Dokumentation, Köln 1964.

Emmerich, Volker: Unlauterer Wettbewerb, in: Heldrich/ u. a. (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II. Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, München 2000, S. 627–646.

Engelmann, Bernt: Die unsichtbare Tradition – Teil 2: Rechtsverfall, Justizterror und das schwere Erbe: ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Strafjustiz von 1919 bis heute, Köln 1989.

Eucken, Walter: Grundsätze der Wirtschaftspolitik, Bern 1952.

Feaux de la Croix, Ernst: Vom Unrecht zur Entschädigung: Der Weg des Entschädigungsunrechts, in: Schwarz, W. (Hrsg.): Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3: Der Werdegang des Entschädigungsrechts, München 1985, S. 1–118.

Fischer, Christian: Bundesgerichtshof als Reichsgericht?, in: Fischer, C./ u. a. (Hrsg.): Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015, S. 43–64.

Fischer, Detlev: Die Urteile des BGH v. 7.01.1956, in: Bundesgerichtshof/ u. a. (Hrsg.): Doppeltes Unrecht – eine späte Entschuldigung. Gemeinsames Symposium des Bundesgerichtshofs und des Zentralrats Deutscher Sinti und Roma zu den Urteilen vom 7. Januar 1956. Vorträge gehalten am 17. Februar 2016 im Foyer der Bibliothek des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe, Eggenstein 2016, S. 25–40.

Fischer, Detlev: Zur Geschichte des Maklerrechts in Deutschland, in: Bitter/ u. a. (Hrsg.): Festschrift für Markus Gehrlein, Hürth 2022, S. 143–161.

Fischer, Erwin: Anmerkung zu BGH IV ZR 158/59, in: *NJW* (1960), S. 1245–1246.

Fischer, Robert: Der Große Senat für Zivilsachen und seine Rechtsprechung, in: *DRiZ* (1960), S. 303–305.

Fischer, Robert: Die faktische Gesellschaft, in: *NJW* (1955), S. 849–852.

Fischer, Robert: Grenzen für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft, in: *NJW* (1958), S. 969.

Flume, Werner: Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, in: *NJW* (1950), S. 841–850.

Foljanty, Lena: Recht oder Gesetz. Juristische Identität und Autorität in den Naturrechtsdebatten der Nachkriegszeit, Tübingen 2013.

Frankenberg, Günter/ **Müller**, Franz J.: Juristische Vergangenheitsbewältigung – Der Volksgerichtshof vor dem BGH, in: *KJ* (1983), S. 145–163.

Franssen, Eberhardt: „Positivismus als juristische Stragie“, in: *JZ* (1969), S. 766–775.

Frei, Norbert: Vergangenheitspolitik – Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, München 1997.

Freudiger, Kerstin: Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, Tübingen 2002.

Friedrich, Jörg: Die kalte Amnestie: NS-Täter in der Bundesrepublik, Frankfurt/M. 1988.
Friedrich, Jörg: Freispruch für die Nazi-Justiz: die Urteile gegen NS-Richter seit 1948 – eine Dokumentation, Hamburg 1983.
Frommel, Monika: Taktische Jurisprudenz – Die verdeckte Amnestie von NS-Schreibtischtätern 1969 und die Nachwirkungen der damaligen Rechtsprechung bis heute, in: Mahlmann, M. (Hrsg.): Gesellschaft und Gerechtigkeit – Festschrift für Hubert Rottleuthner, Baden-Baden 2011, S. 458–473.
Gerland, Heinrich: Literaturbericht: Strafprozeß und Gerichtsverfassung, in: *ZStW* 55, S. 677–719.
Gernhuber, Joachim: Lehrbuch des Familienrechts, 1. Auflage, München 1964.
Geßler, E.: Anmerkung zu BGH Urt. v. 14.05.1952 – II ZR 40/51, in: *JZ* (1952), S. 530.
Gieseking, Erik: Der Fall Otto John. Entführung oder freiwilliger Übertritt in die DDR, Lauf an der Pegnitz 2004.
Giessler, Hans: Die Grundsatzbestimmungen des Entschädigungsrechts, in: Schwarz (Hrsg.): Das Bundesentschädigungsgesetz, Bd. 1, München 1981, S. 1–116.
Giessler, Hans: Schaden an Eigentum und Vermögen, in: Schwarz (Hrsg.): Das Bundesentschädigungsgesetz, Bd. 2, München 1983, S. 1–46.
Giordano, Ralph: Die zweite Schuld oder von der Last Deutscher zu sein, Köln 2000.
Goldhagen, Daniel: Hitlers willige Vollstrecker: ganz gewöhnliche Deutsche und der Holocaust, 4. Auflage, Berlin 1996.
Görtemaker, Manfred/ **Safferling**, Christoph: Die Akte Rosenburg. Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2. Auflage, München 2016.
Goschler, Constantin: Wiedergutmachung: Westdeutschland und die Verfolgten des Nationalsozialismus (1945–1954), München 1992.
Goschler, Constantin/ **Wala**, Michael: ‚Keine neue Gestapo'. Das Bundesamt für Verfassungsschutz und die NS-Vergangenheit, Reinbek bei Hamburg 2015.
Grabe, Detlef: Zwischen Widerstand und Martyrium. Die Zeugen Jehovas im „Dritten Reich", in: Studien zur Zeitgeschichte, 4. Auflage, Bd. 42, Oldenburg u. a. 1999.
Greve, Michael: Amnestierung von NS-Gehilfen – eine Panne? Die Novellierung des § 50 Abs. 2 StGB und dessen Auswirkungen auf die NS-Strafverfolgung, in: *KJ* 33 (2000), S. 412–424.
Greve, Michael: Der justitielle Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, Frankfurt/M. 2001.
Gribbohm, Günter: Nationalsozialismus und Strafrechtspraxis – Versuch einer Bilanz, in: *NJW* (1988), S. 2842–2849.
Grimm, Friedrich: Unrecht im Rechtsstaat: Tatsachen und Dokumente zur politischen Justiz, dargestellt am Fall Naumann, Tübingen 1957.
Güde, Max: Probleme des politischen Strafrechts, Hamburg 1957.
Gutfleisch, Ulf: Staatsschutzstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland 1951–1968, Berlin 2014 (Berliner Juristische Universitätsschriften, Strafrecht, Bd. 44).
Habscheid, Walther: Die Rechtsprechung zum Eheauflösungsrecht: Ehenichtigkeit – Eheaufhebung – Ehescheidung – Schuldausspruch: Ein kritischer Bericht, in: *FamRZ* (1958), S. 202–209.
Haidinger, Oskar: Zehn Jahre Rechtsprechung des II. Zivilsenats, in: *DRiZ* (1960), S. 309–313.
Hanack, Ernst-Walter: Die Straftaten gegen die Sittlichkeit im Entwurf 1962, in: *ZStW* 77 (1965), S. 398–469.
Hanack, Ernst-Walter: Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, in: *JZ* (1967), S. 329–338.
Harmening, Rudolf/ **Duden**, Konrad: Die Währungsgesetze, München 1949.
Hebenstreit, Richard: Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1964), S. 212.
Heine, Günter: Täterschaft und Teilnahme in staatlichen Machtapparaten: NS- und DDR-Unrecht im Vergleich der Rechtsprechung, in: *JZ* (2000), S. 920–926.
Heinemann, Gustav: Der publizistische Landesverrat, in: *NJW* (1963), S. 4–8.

Heinemann, Gustav/ **Posser**, Diether: Kritische Bemerkungen zum politischen Strafrecht in der Bundesrepublik, in: *NJW* (1959), S. 123–127.

Henke, Klaus Dietmar: Geheime Dienste. Die politische Inlandsspionage der Organisation Gehlen 1946–1956, Berlin 2018.

Herbe, Daniel: Hermann Weinkauff (1894–1981). Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs, Tübingen 2008 (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 55).

Herbst, L./ **Goschler**, C. (Hrsg.): Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, München 1989.

Herbstritt, Georg: Bundesbürger im Dienst der DDR-Spionage: eine analytische Studie, Göttingen 2007.

Hesse, Eduard: Voller Beweis für die Verfolgungswahrscheinlichkeit des Leidens oder Nachweis der Wahrscheinlichkeit, in: *RzW* (1960), S. 488–489.

Hett, Benjamin/ **Wala**, Michael: Otto John. Patriot oder Verräter. Eine deutsche Biographie, Reinbek 2019.

Hetzke, Maike: Die höchstrichterliche Rechtsprechung von 1948–1961 zum Scheidungsgrund des Paragraphen 48 EheG 1946 wegen unheilbarer Zerrüttung, Berlin 2000.

Heusinger, Bruno: Die neuste Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung im Bereich des Familienrechts in Deutschland, in: *FamRZ* (1965), S. 233–237.

Heusinger, Bruno: Zehn Jahre Bundesgerichtshof, in: *DRiZ* (1960), S. 302–303.

Hiddemann, Hans-Joachim/ **Braxmaier**, Wolfram/ **Mormann**, Josef: Aus der Rechtsprechung des VIII. Zivilsenats zu Kauf, Miete, Bürgschaft, Mobiliarsachenrecht und Zwangsvollstreckung, in: Krüger-Nieland, G. (Hrsg.): 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 131–144.

Hilberg, Raul: Die Vernichtung der europäischen Juden. Die Gesamtgeschichte des Holocaust, Berlin 1982.

Hilberg, Raul: The Destruction of the European Jews, Chicago 1961.

Hoeppel, Alexander: NS-Justiz und Rechtsbeugung, Die strafrechtliche Ahndung deutscher Justizverbrechen nach 1945, Tübingen 2019.

Hoffmann, Volker Karl: Die Strafverfolgung der NS-Kriminalität am Landgericht Darmstadt, Berlin 2013.

Höpker-Aschoff, Hermann: Statusdenkschrift, in: *JöR* 6 (1957), S. 144.

Horn, Norbert: Allgemeines Handelsrecht, in: Heldrich, A. u. a. (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II. Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, München 2000, S. 3–28.

Horstmann, Thomas/ **Litzinger**, Heike: An den Grenzen des Rechts: Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen, Frankfurt/M. 2006.

Husmann, Hermann: Die Testierfreiheit im Lichte der Grundrechte und des Sittengesetzes – Zugleich eine Kritik der Rechtsprechung, in: *NJW* (1971), S. 404–410.

Jagusch, Heinrich: Grundsatzrevision in Zivilsachen? Ausweg oder Irrweg?, in: *NJW* (1963), S. 1–4.

Jagusch, Heinrich: Nachteile der Grundsatzrevision, in: *NJW* (1963), S. 565–567.

Jagusch, Heinrich: Pressefreiheit, Redaktionsgeheimnis, Bekanntmachen von Staatsgeheimnissen, in: *NJW* (1963), S. 177–183.

Jäckel, Hartmut: Das Geheimnis des Doktor John, in: *Die Zeit*, 1.7.2004.

Jähnke, Burkhard: Aufräumen und neu Beginnen, in: Fischer, C./ u. a. (Hrsg.): Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015, S. 129–152.

Jahntz, Bernhard/ **Kähne**, Volker: Der Volksgerichtshof: Darstellung der Ermittlungen der Staatsanwaltschaft bei dem Landgericht Berlin gegen ehemalige Richter und Staatsanwälte am Volksgerichtshof, Berlin 1986.

Jakobs, Günther: Vergangenheitsbewältigung durch Strafrecht? Zur Leistungsfähigkeit des Strafrechts nach einem politischen Umbruch, in: Isensee (Hrsg.): Vergangenheitsbewältigung durch Recht, Berlin 1992, S. 37–64.

Jasch, Hans-Christian/ **Kaiser**, Wolf: Der Holocaust vor deutschen Gerichten. Amnestieren, Verdrängen, Bestrafen, Ditzingen 2017.

Jeschek, Hans-Heinrich: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen – Band 10 und 11 der Amtlichen Sammlung, in: *GA* (1959), S. 65–87.

Johannsen, Kurt: Das Familien- und Erbrecht in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Krüger-Nieland, G. (Hrsg.): 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 47–64.

Johst, David: Der Edward Snowden der Sechziger, in: *Die Zeit*, 17.11.2013.

Jungbluth, Werner: Die Rechtsprechung des Kartellsenats, in *DRiZ* (1960), S. 343–347.

Justizministerium Nordrhein-Westfalen (Hrsg.): Verbrechen gegen die Menschlichkeit – der oberste Gerichtshof der Britischen Zone, Düsseldorf 2012 (Juristische Zeitgeschichte Nordrhein-Westfalen, Bd.19).

Kabermann, Friedrich: Widerstand und Entscheidung eines deutschen Revolutionärs. Leben und Denken von Ernst Niekisch, Köln 1973.

Kaiser, Eberhard: Verantwortlichkeit von Richtern und Staatsanwälten wegen ihrer Mitwirkung an rechtswidrigen Todesurteilen – Gesichtspunkte für strafrechtliche Ermittlungsverfahren, in: *NJW* (1960), S. 1328–1331.

Kießling, Friedrich/ **Safferling**, Christoph: Staatsschutz im Kalten Krieg: Die Bundesanwaltschaft zwischen NS-Vergangenheit, Spiegel-Affäre und RAF, München 2021.

Kirn, Michael: Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? – Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum Dritten Reich insbesondere die Konflikte um die Kontinuität der Beamtenrechte und Art. 131 Grundgesetz, Berlin 1972.

Kißener, Michael/ **Roth**, Andreas: Notare in der nationalsozialistischen ‚Volksgemeinschaft': Das westfälische Anwaltsnotariat 1933–1945, Baden-Baden 2017.

Kißener, Michael/ **Roth**, Andreas/ **Kalogrias**, Vaios/ **Martin**, Philipp: Das rheinische Nurnotariat im Nationalsozialismus, Baden-Baden 2023.

Klee, Heinz: Die Entschädigung wegen Schadens an Freiheit, in: Das Bundesentschädigungsgesetz, Bd. 1, München 1981, S. 445–460.

Klee, Heinz: Die verschiedenen Gruppen von Verfolgten, in: Das Bundesentschädigungsgesetz, Bd. 2, München 1983, S. 392–452.

Koch, Arnd: ‚Der Huppenkothen-Prozess'. Die Ermordung der Widerstandskämpfer um Pastor Dietrich Bonhoeffer vor den Schranken der Augsburger Justiz, in: Koch, A./ u. a. (Hrsg.): Vor 70 Jahren – Stunde Null für die Justiz? – Die Augsburger Justiz und das NS-Unrecht, Baden-Baden 2017, S. 131–158.

Koch, Arnd: Täterschaft und Teilnahme (1949–1990). Zu den zeithistorischen Hintergründen dogmatischer Figuren, in: Steinberg/ u. a. (Hrsg.): Strafrecht in der alten Bundesrepublik (1949–1990): Grundlagen, Allgemeiner Teil und Rechtsfolgenseite im zeitgeschichtlichen Spiegel von Gesellschaft und Politik, Baden-Baden 2020, S. 413–444.

Kohlrausch, E./ **Lange**, R. (Hrsg.): Strafgesetzbuch mit Erläuterungen und Nebengesetzen, 42. Auflage, Berlin 1959.

Köpp, Werner/ **Studt**, Hans-Henning: Die sogenannte Rentenneurose, in: *FPR* (1999), S. 81–84.

Kopp, Werner von: Zu dem Urteil des BGH über das Züchtigungsrecht der Lehrer, in: *JZ* (1955), S. 319–320.

Kroeschell, Karl: Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 3, 5. Auflage, Köln 2008.

Krüger, Hildegard: Der Name der Frau nach bürgerlichem Recht, in: *AcP* 156, S. 232–264.

Krüger, Hildegard: Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung – II., in: *DRiZ* (1953), S. 82–85.

Krüger-Nieland, Gerda: Hermann Weinkauff gestorben, in: *NJW* (1981), S. 2235–2236.

Krüger-Nieland, Gerda: Persönlichkeitsschutz Verstorbener als Schranke der Freiheit der Kunst: Zum Mephisto-Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 20. März 1968 – I ZR 44/66, in: *GRUR* (1968), S. 523.

Krumme, Elisabeth: Die Rechtsprechung in Verkehrsstrafsachen, in: *DRiZ* (1960), S. 358–361.

Kubiciel, Michael: „Absonderung des Menschen vom Menschen"? Feuerbachs Freiheitsverständnis im Lichte der Religions- und Sittlichkeitsdelikte, in: Koch, A./ u. a. (Hrsg.): Feuerbachs Bayrisches Strafgesetzbuch. Die Geburt liberalen, modernen und rationalen Strafrechts, Tübingen 2014, S. 393–411.

Kuchler, Christian: Kirche und Kino. Katholische Filmarbeit in Bayern 1945–1965, Paderborn 2006.

Kuhn, Georg: Die Rechtsprechung des BGH zur GmbH, in: *WM* (1955), S. 122–129.

Külper, Ulrich: Die Gesetzgebung zum deutschen internationalen Privatrecht im Dritten Reich, Frankfurt/ M. 1976.

Küster, Otto: Anmerkung zu BGH v. 4.05.1960 – IV ZR 4/60, in: *RzW* (1960), S. 450–451.

Küster, Otto: Umschau, Verfolgung durch ausländische Staaten; Begriff des „Veranlassens", in: *RzW* (1957), S. 214–216.

Lackner, Karl: Landesverräterische Agententätigkeit, in: *ZStW* 78 (1966), S. 695–724.

Labin, Hans: Anmerkung zu OLG Düsseldorf Urt. v. 10.10.1947, Ss. 144/47, in: *MDR* (1948), S. 60–63.

Lange, Richard: Anmerkung zu BGH Urt. v. 13.03.1951 – 1 StR 1/51, in: *JZ* (1951), S. 562–564.

Lang-Hinrichsen, Dietrich: Zum strafrechtlichen Rechtsschutz des Lebens vor der Geburt, in: *JR* (1970), S. 365-370.

Lang-Hinrichsen, Dietrich: Zur ewigen Wiederkehr des Rechtspositivismus, in: Engisch/ u. a. (Hrsg.): Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag 15.10.1953, München 1954, S. 1–70.

Lang-Hinrichsen, Dietrich: Zur Frage der Grenzen strafrechtlicher Normdurchsetzung auf dem Gebiete geschlechtlichen Verhaltens unter besonderer Berücksichtigung der Homosexualität, in: Rechts und wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Johannes-Gutenberg-Universität Mainz (Hrsg.):Festschrift zum 150-jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Zweibrücken, Sonderdruck, Wiesbaden 1969, S. 85-158.

Langner, Albrecht: Der Gedanke des Naturrechts seit Weimar und in der Rechtsprechung der Bundesrepublik, Bonn 1959.

Larenz, Karl: Das ‚allgemeine Persönlichkeitsrecht' im Recht der unerlaubten Handlungen, in: *NJW* (1955), S. 521–525.

Lehmann, Karl Kardinal: Der Priester Max Josef Metzger. Gestapo-Haft und Todesurteil, Berlin, 2016 (Topographie des Terrors, Bd. 11).

Machleid, W.: Urteilsanmerkung, in: *FamRZ* (1956), S. 396–398.

Maihofer, Werner: Pressefreiheit und Landesverrat, in: *AfP* (1963), S. 391.

Makarov, Alexander: Die Gleichberechtigung der Frau und das internationale Privatrecht, in: *Rabels Zeitschrift* 17 (1952), S. 382–396.

Mauz, Gerhard: Die Dinge sind zu einem Punkt gediehen, in: *Der Spiegel* 5 (1966), 23.1.1966.

Mauz, Gerhard: Die großen Prozesse der Bundesrepublik Deutschland, in: Friedrichsen, G. (Hrsg.), Hannover 2005.

Mayr, Christian: Die Tatbestände der Straßenverkehrsgefährdung in der Rechtsentwicklung, in: Krüger-Nieland, G. (Hrsg.): 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 273–280.

Medvedkin, Ilja: Egon von Eickstedt/ Falkenburger, Frederic: Die Anfänge der Anthropologie, in: Krausch, G. (Hrsg.): 75 Jahre Johannes Gutenberg-Universität. Universität in der demokratischen Gesellschaft, Regensburg 2021, S. 378–386.

Mezger, Hans-Robert: Der VIII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, in: *DRiZ* (1960), S. 339–342.

Mikat, Paul: Rechtsgeschichtliche und rechtspolitische Erwägungen zum Zerrüttungsprinzip, in: *FamRZ* (1962), S. 497–504.

Müller-Freienfels, Wolfram von: Ehe und Recht, Tübingen 1962.

Müller-Freienfels, Wolfram von: Scheidungsstatut und Gleichberechtigung, in: *JZ* (1957), S. 141–148.

Müller-Freienfels, Wolfram von: Zur Rechtsprechung beim sog. ‚Mätressen-Testament' – Zugleich eine Besprechung des Urteils des BGH vom 28.02.1968 – III ZR 38/65, in: *JZ* (1968), S. 441–449.

Müller, Ingo: die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestandes zu politischen Zwecken, in: *KJ* 17 (1984), S. 119–141.

Müller, Ingo: Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, München 1987.

Mußgnug, Dorothee: Die Reichsfluchtsteuer 1931–1953, Berlin 1993.

Naucke, Wolfgang: Verfachlichung des Strafrechts im 19. Jahrhundert. Probleme des Verhältnisses der Geschichte der literarischen Verbrechensdarstellung zur Strafrechtsgeschichte im 19. Jahrhundert, in: Schönert, J. (Hrsg.): Literatur und Kriminalität, Tübingen 1983, S. 55–67.

Naumann, Richard: Grundlagen und Grenzen der Berufsfreiheit, in: *JZ* (1951), S. 423–432.
Nestler, Cornelius: Schuld in Kollektiven II. Beteiligung am millionenfachen Mord– keine Schuld? (Auschwitz und die bundesdeutsche Justiz), in: Fischer, T./ u. a. (Hrsg.): Schuld, Baden-Baden 2017, S. 351–366.
Neubeck, R.: Urteilsanmerkung zu OLG Hamburg, Urt. v. 13.11.1958 – 2 U 197/57, in: *NJW* (1959), S. 581–582.
Neukirchen, Christoph: Die rechtshistorische Entwicklung der Adoption, Diss., Frankfurt/M. 2004.
New York Law Journal v. 29.12.1947, in: *NJW* (1949), S. 920.
Niederland, William G.: Die verkannten Opfer: Späte Entschädigung für seelische Schäden, in: Herbst, L. (Hrsg.): Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, München 1989, S. 351–360.
Nipperdey, Hans Carl: in: Enneccerus/ Nipperdey, Bürgerliches Recht Allgemeiner Teil, 14. Auflage, Tübingen 1955.
Nipperdey, Hans Carl: Grundprinzipien des Wirtschaftsverfassungsrechts, in: *DRZ* (1950), S. 193–198.
Nitschke, Manfred: § 1300 BGB und das Gebot der Gleichberechtigung von Mann und Frau, in: *FamRZ* (1968), S. 424.
Oettinger, Fritz: Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1958), S. 192.
Ohe, Axel von der: Das Gesellschaftsbild des Bundesgerichtshofs. Die Rechtsprechung des BGH und die frühe Bundesrepublik, Frankfurt/M. u. a. 2011.
Ohlenroth, Juliane: Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs der britischen Zone und die Aufarbeitung von NS-Unrecht. Unter besonderer Berücksichtigung der Bedeutung für die Fortentwicklung der Strafrechtsdogmatik, Tübingen 2020.
Pagendarm, Kurt: Rechtsprechung des III. Zivilsenats, in: *DRiZ* (1960), S. 314–321.
Perels, Joachim: Amnestien für NS-Täter in der Bundesrepublik, in: *KJ* (1995), S. 382–389.
Perels, Joachim: Die Aushöhlung des Rechtsstaates durch die Umwandlung von NS-Tätern in Gehilfen, in: Perels, J. (Hrsg.): Recht und Autoritarismus: Beiträge zur Theorie realer Demokratie, Baden-Baden 2009, S. 86–101.
Peschel-Gutzeit, Lore Maria: Das Nürnberger Juristenurteil von 1947. Historischer Zusammenhang und aktuelle Bezüge, Baden-Baden 1996.
Peters, Karl: Strafprozess, ein Lehrbuch, 3. Auflage, Heidelberg 1981.
Petersen, Peter: Die Tradition des Reichsgerichts, in: Kistner, A. (Hrsg.): Festschrift zur Eröffnung des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe. 8. Oktober 1950, Karlsruhe 1950, S. 25–37.
Petersen, Peter: Probleme der Rechtswidrigkeit und der Kausalität in der Rechtsprechung des VI. Zivilsenats, in: *DRiZ* (1960), S. 332–335.
Pfeiffer, Thomas: Anmerkung zu BGH Urt. V. 29.10.1956 – II ZR 79/55, in: *NJW* (2017), S. 3076.
Piepenbrock, Johannes: Das Landwirtschaftsrecht, in: *DRiZ* (1960), S. 325–327.
Pitzer, Friedemann: Zur Verfassungsmäßigkeit von Regierungsgutachten in Landesverratssachen, in: *NJW* (1962), S. 2235–2236.
Plüss, Martina: Der Mordparagraph in der NS-Zeit. Zusammenhang von Normtextänderung, Tätertypenlehre und Rechtspraxis - und ihr Bezug zu schweizerischen Strafrechtsdebatten, Diss., Luzern 2018.
Posser, Diether: Politische Strafjustiz aus der Sicht des Verteidigers, Karlsruhe 1961.
Praxenthaler, Heinrich: Sicherheit im Straßenverkehr 1950–2000. Initiativen und Maßnahmen in Deutschland; Unfallverlauf und Erfolgsbilanz, Bonn 2001.
Quasten, Dirk: Die Judikatur des BGH zur Rechtsbeugung im NS-Staat und in der DDR, Diss., Augsburg 2003.
Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *SJZ* (1946), abgedruckt in: Wolf, E. (Hrsg.): Radbruch, Gustav. Rechtphilosophie, 4. Auflage, 1950.
Radbruch, Gustav: Neue Probleme in der Rechtswissenschaft, 1952, abgedruckt in: Kaufmann (Hrsg.): Gesamtausgabe Gustav Radbruch, Bd. 4, Heidelberg 2003, S. 232–235.

Raiser, Bernhard: Die Rechtsprechung zum deutschen internationalen Eherecht im „Dritten Reich", Frankfurt/M. 1980.

Raiser, Ludwig: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935.

Raiser, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, in: *JZ* (1958), S. 1–8.

Ramm, Thilo: Abschied vom ‚Mätressentestament', in: *JZ* (1970), S. 129–132.

Ramm, Thilo: Das nationalsozialistische Familien- und Jugendrecht, Heidelberg 1984.

Rasehorn, Theo: Das Verfahren gegen Rehse und die Problematik des § 336 StGB, in: *NJW* (1969), S. 457–459.

Raske, August: Ehescheidungen auf Grund von § 48 des Ehegesetzes, in: *DRiZ* (1960), S. 321–323.

Reichel, Peter: Der Nationalsozialismus vor Gericht und die Rückkehr zum Rechtsstaat, in: Reichel, P./ u. a. (Hrsg.): Der Nationalsozialismus – die zweite Geschichte, München 2009, S. 22–61.

Reich-Ranicki, Macel: In einer deutschen Angelegenheit, in: *DIE ZEIT*, 22.05.1964.

Reifner, Udo: Juristen im Nationalsozialismus – Kritische Anmerkungen zum Stand der Vergangenheitsbewältigung, in: *ZRP* (1986), S. 13–19.

Reinicke, Gerhard: Die Kollision zwischen Rechtsfrieden und Gerechtigkeit – Bemerkungen zu einem Urteil des BGH vom 21.6.1951, in: *NJW* (1952), S. 3–6.

Richter, H. W. (Hrsg.): Bestandsaufnahme: Eine deutsche Bilanz 1962 – Sechsunddreißig Beiträge deutscher Wissenschaftler. Schriftsteller und Publizisten, München 1962.

Rietschel, Georg: Die Rechtsprechung des VII. Zivilsenats, in: *DRiZ* (1960), S. 335–338.

Rittmann, Herbert: Deutsche Geldgeschichte seit 1914, München 1986.

Roesen, Anton: Rechtsfragen der Einsatztruppen-Prozesse, in: *NJW* (1964), S. 133–136.

Rosenberg, Leo: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 9. Auflage, München 1961

Rosskopf, Annette: Friedrich Karl Kaul. Anwalt im geteilten Deutschland (1906–1981), Berlin 2002 (Berliner Juristische Universitätsschriften. Grundlagen des Rechts, Bd. 19).

Rotberg, Hans Eberhard: Entpolitisierung der Rechtspflege, in: *DRiZ* (1947), S. 107–111.

Roth, Andreas: Das Strafverfahrensrecht des 19. Jahrhunderts – Projektionsfläche für „Kriminalgeschichten", in: Behrens, R. (Hrsg.): Die Causes Celebres des 19. Jahrhunderts in Frankreich und Deutschland. Narrative Formen und anthropologische Funktionen, Wiesbaden 2020, S. 3–20.

Roth, Andreas: Die Sittlichkeitsdelikte zwischen Religion und Rationalität Strafrechtspraxis und Kriminalpolitik im 18./19. Jahrhundert, in: Schulze, R./ u. a. (Hrsg.): Strafzweck und Strafform zwischen religiöser und weltlicher Wertevermittlung, Münster 2008, S. 195–212.

Roth, Andreas: Kriminalitätsbekämpfung in Deutschen Grossstädten 1850–1914. Ein Beitrag zur Geschichte des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens, Berlin 1997.

Roth, Andreas, in: Schmoeckel, J./ u. a. (Hrsg.): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. IV, Vormundschaft, Pflegschaft, Betreuung, Tübingen 2018, S. 1506–1562.

Roth, Andreas/ **Schlatmann**, Birgitta: Eugenik im Recht – Die Geschichte der sogenannten Zwangssterilisation in den letzten 100 Jahren, in: Düwell, J./ u. a. (Hrsg.): Themen juristischer Zeitgeschichte (1), Schwerpunktthema: Recht und Nationalsozialismus, Baden-Baden 1998, S. 152 ff.

Rottleuthner, Hubert: Hat Dreher gedreht? Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzgebung und Forschung, in: *Rechtshistorisches Journal, Band* 20 (2001), S. 665–679.

Roxin, Claus: Straftaten im Rahmen organisierter Machtapparate, in: *GA* (1963), S. 193–207.

Roxin, Claus: Täterschaft und Tatherrschaft, 2. Auflage, Berlin 1967.

Roxin, Claus: Wir wollten ein neues Strafrecht schaffen, in: Horstmann, T./ u. a. (Hrsg.): „An den Grenzen des Rechts: Gespräche mit Juristen über die Verfolgung von NS-Verbrechen", München 2006, S. 203–216.

Rückerl, Adalbert: NS-Verbrechen vor Gericht: Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, 2. Auflage, Heidelberg 1984.

Rudloff, Wilfried /**v. Miquel**, Marc: Das Bundesozialgericht und die Formierung des westdeutschen Sozialstaats. Akteure – Rechtsprechung – sozialrechtliche Prägung, München 2024.

Rühl, Giesela: Der Einfluss des Grundgesetzes auf die (frühe) Rechtsprechung des BGH zum Internationalen Privatrecht, in: Fischer, C./ u. a. (Hrsg.): Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015, S. 109–127.

Ruhrmann, H. W.: Die Behandlung innerdeutscher (interlokaler) Kollisionsfälle auf dem Gebiet des Staatsschutz-Strafrechts, in: *ZStW* (1960), S. 124–179.

Ruhrmann, H. W.: Staatsgefährdung de lege lata und de lege ferenda, München 1959.

Ruhrmann, H. W.: Verfassungsfeindliche und landesverräterische Beziehungen, in: *NJW* (1959), S. 1201–1207.

Rüthers, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Auflage, Tübingen 2012.

Rüthers, Bernd: Recht oder Gesetz? – Gründe und Hintergründe der ‚Naturrechtsrenaissance' – zugleich eine Besprechung zu Lena Foljanty: Recht oder Gesetz. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, in: *JZ* (2013), S. 822–829.

Rüthers, Bernd: Verräter, Zufallshelden oder Gewissen der Nation. Facetten des Widerstands in Deutschland, Tübingen 2008.

Rüthers, B./ **Fischer**, C./ **Birk**, A. (Hrsg.): Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Auflage, München 2018.

Die deutsche **Sache**, in: *Der Spiegel* 5 (1966), 24.1.1966.

Sarstedt, Werner: Rundfunkaufnahmen im Gerichtssaal, in: *JR* (1956), S. 121–127.

Sarstedt, Werner: Strafverfahren, in: *DRiZ* (1960), S. 349–352.

Sauermann, Uwe: Ernst Niekisch – Widerstand gegen den Westen, Beltheim-Schnellbach 2020.

Sax, Walter: Der Bundesgerichtshof und die Täterlehre: Gedanken zum Stachynskij-Urteil, in: *JZ* (1963), S. 329–338.

Sax, Walter: Zur Frage der Kuppelei bei Geschlechtsverkehr unter Verlobten, in: *JZ* (1954), S. 474–477.

Schack, Haimo: Urheberrecht, in: Heldrich/ u. a. (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. II., Handels- und Wirtschaftsrecht, Europäisches und Internationales Recht, München 2000, S. 677–689.

Schäfer, Bernhard Armin: Denkschrift über Dr. Robert Kempner anlässlich 1700 Jahre jüdischen Lebens in Deutschland 2021 sowie anlässlich des 150. Geburtstages von Frau Prof. Lydia Rabinowitsch-Kempner am 22. August 2021 sowie anlässlich des 75. Jahrestages des Endes des Nürnberger Prozesses gegen die Hauptkriegsverbrecher am 01. Oktober 2021, Hamburg 2021.

Schäfer, Klaus: Der Prozess gegen Otto John, Diss., Baden-Baden 2009.

Scheffler, Erna: Zur Auslegung des Grundsatzes der Gleichberechtigung – III., in: *DRiZ* (1953), S. 85–88.

Schiffers, Reinhard: Verfassungsschutz und parlamentarische Kontrolle in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1957, Düsseldorf 1997.

Schiffers, Reinhard: Zwischen Bürgerfreiheit und Staatsschutz – Wiederherstellung und Neufassung des politischen Strafrechts in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1951, Düsseldorf 1981.

Schmidt, Eberhard: Anmerkung zu BGH Urt. v. 1.8.1962 – 3 StR 28/62 (LG Düsseldorf), in: *JZ* (1962), S. 760–763.

Schmoeckel, M./ **Rückert**, J./ **Zimmermann**, R. (Hrsg.): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. IV, Tübingen 2018.

Schmuhl, Hans-Walter: Rassenhygiene, Nationalsozialismus, Euthanasie: von der Verhütung zur Vernichtung ‚lebensunwerten Lebens'; 1890–1945, Diss., Bielefeld 1992.

Schnädelbach, Anna: Kriegerwitwen. Lebensbewältigung zwischen Arbeit und Familie in Westdeutschland nach 1945, Kassel 2007.

Schneider, Egon: Anmerkung zu BGH Urt. v. 28.4.1966 – III ZR 197/64, in: *NJW* (1966), S. 1263–1264.

Schneider, Peter: Naturrechtliche Strömungen in deutscher Rechtsprechung, Antrittsvorlesung, gehalten an der juristischen Fakultät der Universität Bonn am 11.5.1955, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 42 (1956), S. 98–111, Bonn 1955.

Scholderer, Frank: Rechtbeugung im demokratischen Rechtsstaat: zur Rekonstruktion des § 336 StGB für die Gegenwart, Baden-Baden 1993.

Schönke, A./ **Schröder**, H. (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Auflage, München 1957.

Schönke, A./ **Schröder**, H. (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch, 9. Auflage, München 1959.

Schramm, Edward: Skalen der strafrechtlichen Verantwortung für Systemunrecht, in: Fischer, C./ u. a. (Hrsg.): Höchstrichterliche Rechtsprechung in der frühen Bundesrepublik, Tübingen 2015, S. 153–173.

Schreiber, Gerhard: Deutsche Kriegsverbrechen in Italien: Täter, Opfer, Strafverfolgung, München 1996.

Schreiber, Herrmann: Kanzlersturz: Warum Willy Brandt zurücktrat, Berlin 2003.

Schroeder, Friedrich-Christian: Der Schutz von Staat und Verfassung im Strafrecht – eine systematische Darstellung, entwickelt aus Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, München 1970.

Schroeder, Friedrich Christian: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem Gebiet des Sexualstrafrechts, in: Roxin, C. (Hrsg.): 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. IV, München 2000.

Schüler, Alfred: Anmerkung zu BGH v. 30.10.1957 – IV ZR 183/57, in: *RzW* (1958), S. 105–106.

Schüler, Alfred: Anmerkung zu BGH v. 28.02.1968 – IX (IV) ZR 281/66, in: *RzW* (1968), S. 411.

Schüler, Alfred: Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1958), S. 322.

Schüler, Alfred: Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1959), S. 255–256.

Schultheiß, Hans: Die Tragödie von Brettheim, Tübingen 2002.

Schumann, Eva: Die Reichsgerichtsrechtsprechung in Familiensachen von 1933 bis 1945, in: Kern, B./ u. a. (Hrsg.): 125 Jahre Reichsgericht, Berlin 2006, S. 171–214.

Schuster, Heinz: Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf dem derzeitigen Sachgebiet des V. Zivilsenats (ohne Landwirtschaftsrecht), in: *DRiZ* (1960), S. 327–332.

Schwab, Dieter: Entwicklungen im Familienrecht vor und nach 1945, in: Görtemaker, M./ u. a. (Hrsg.): Die Rosenburg: Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, Göttingen 2013, S. 296–326.

Schwab, Dieter: Naturrecht als Norm nach dem Zusammenbruch des „Dritten Reiches“, in: Schwab, D. (Hrsg.): Recht und Familie im Flug der Zeit. Ausgewählte Abhandlungen und Essays, Bielefeld 2020, S. 69–78.

Schwarz, O./ **Dreher**, E. (Hrsg.): Kommentar zum Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Verordnungen, 23. Auflage, München 1961.

Schwarz, Walter, Bundesminister der Finanzen (Hrsg.): Die Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts durch die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2 München 1983, Bd. 3 München 1985, Bd. 4 München 1981, Bd. 5 München 1983.

Schwarz, Walter: Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1957), S. 129–130.

Schwarz, Walter: Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1958), S. 366–367.

Seydel, H.: Ein Jahr Bundesgerichtshof, in: *Der Betrieb* (1951), S. 913.

Spendel, Günter: Rechtsbeugung durch Rechtsprechung. Sechs strafrechtliche Studien, Berlin, New York, 1984.

Spendel, Günter: Rechtbeugung und BGH – eine Kritik, in: *NJW* (1996), S. 809–812.

Spitta, Arnold: Entschädigung für Zigeuner? Geschichte eines Vorurteils, in: Herbst/ u. a. (Hrsg.): Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, München 1989, S. 385–402.

Spranger, Eduard: Zur Frage der Erneuerung des Naturrechts, in: *Universitas* 3 (1948), S. 405–420.

Stähle: Der Fall Pätsch, in: *DIE ZEIT*, 20.08.1965.

Steinbrech, Sebaldus: Beitrag zu „IV. ZS des BGH v. 8.04.1959“, in: *RzW* (1963), S. 393.

Steinke, Ronen: Die Tragödie des Otto John, in: *SZ*, 11./12.3.2023.

Steinke, Ronen: Sie waren Mörder, in: *SZ*, 17.11.2021.

Stimpel, Walter: Aus der Rechtsprechung des II. Zivilsenats (Gesellschafts-, Wertpapier-, Bank- und Schifffahrtsrecht, in: Krüger-Nieland, G. (Hrsg.): 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 13–32.

Stimpel, Walter: Gedanken über Robert Fischer, in: *ZHR* (147), S. 277–280.

Stolleis, Michael: Öffentliches Recht in Deutschland, München 2014.
Storz, Karl-Alfred: Die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen, Juristische Studien, Bd. 13, Tübingen 1969.
Stöver, Bernd: Der Fall Otto John. Neue Dokumente zu den Aussagen des deutschen Geheimdienstchefs gegenüber MfS und KGB, in: *Vierteljahresschrift für Zeitgeschichte* 47 (1999), S. 103–136.
Strauß, Walter: Der Entwurf des Familienrechtsgesetzes, in: *JZ* (1952), S. 449–461.
Strauß, Walter: Der Gesetzentwurf der Bundesregierung über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts, in: *JZ* (1954), S. 177–182.
Stree, Walter: Zur Problematik des publizistischen Landesverrats, in: *JZ* (1963), S. 527–532.
Streim, Alfred: Saubere Wehrmacht? Die Verfolgung von Kriegs- und NS-Verbrechen in der Bundesrepublik und der DDR, in: Heer, H./ u. a. (Hrsg.): Vernichtungskrieg. Verbrechen der Wehrmacht 1941 bis 1944, Hamburg 1995, S. 569–597.
Stursberg, Hermann: Die Prostitution in Deutschland und ihre Bekämpfung: Auf Grund des vom Ausschusse der Rheinisch-Westfälischen Gefängniß-Gesellschaft gesammelten Materials erörtert, 2. Auflage, Düsseldorf 1887.
Süsterhenn, Adolf: Das Naturrecht, in: *Die Kirche in der Welt* (1947), S. 55–62, abgedruckt in: Maihofer, W. (Hrsg.): Naturrecht oder Rechtspositivismus, 2. Auflage, Darmstadt 1966, S. 11–26.
Thiel, Carsten: Rechtsbeugung: § 339 StGB, Berlin 2005.
Thiessen, Jan: Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsrechtler im Schatten der NS-Vergangenheit, in: Görtemaker, M./ u. a. (Hrsg.): Die Rosenburg: Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, Göttingen 2013, S. 204–295.
Tolksdorf, Klaus: Robert Fischer zur Anerkennung, in: *ZIP* (2011), S. 1553–1555.
Treulich, Jürgen: Der Landesverratsprozess gegen Viktor Agartz. Teil 1: Verlauf und Bedeutung in der innenpolitischen Situation der Bundesrepublik Deutschland auf dem Höhepunkt des Kalten Krieges, Münster 1982.
Vasek, Thomas: Land der Denker – Die Deutschen und ihr Auto, Darmstadt 2019.
Vormbaum, Thomas: Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, Diss., Berlin 1987.
Vormbaum, Thomas: Die „strafrechtliche Aufarbeitung" der nationalsozialistischen Justizverbrechen in der Nachkriegszeit, in: Görtemaker, M./ u. a. (Hrsg.): Die Rosenburg: Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, Göttingen 2013, S. 142–168.
Wagner, Klaus: Spionageprozesse, Brühl bei Köln 2000.
Wagner, Walter: Vorwort, in: *RuSt* (1957), S. 9–18.
Wagner, Walter/ **Willms**, Günther: Der 6. Strafsenat – Legende und Wirklichkeit, in: Krüger-Nieland, G. (Hrsg.): 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 265–272.
Warda, Heinz-Günter: Tatbestandsbezogenes Unrechtsbewusstsein, in: *NJW* (1953), S. 1052–1054.
Weber, Helmut: Die Theorie der Qualifikation: Franz Kahn, Etienne Bartin und die Entwicklung ihrer Lehre bis zur universalen Anerkennung der Qualifikation als allgemeines Problem des internationalen Privatrechts (1890–1945), Diss., Tübingen 1986.
Weber, Helmuth von: Die Verbrechen gegen den Staat in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in: Schreiber, O. (Hrsg.): Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts, Bd. 5, Strafrecht und Strafprozess, Berlin 1929, S. 173–201.
Weber, Helmuth von: Hochverrat und Staatsgefährdung, in: *MDR* (1957), S. 584–585.
Weber, Kurt: Die Rechtsprechung des dritten Strafsenats, in: *DRiZ* (1960), S. 355–357.
Weinkauff, Hermann: Das Naturrecht in evangelischer Sicht, in: *Zeitenwende* 1951/52, S. 95–102, abgedruckt bei: Maihofer, W. (Hrsg.): Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1966, S. 210–218.
Weinkauff, Hermann: Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: *NJW* (1960), S. 1689–1696.

Weinkauff, Hermann: Der Naturrechtsgedanke in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Maihofer, W. (Hrsg.): Naturrecht oder Rechtspositivismus, 2. Auflage, Darmstadt 1966, S. 554–576.

Weinkauff, Hermann: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Bd. 1, Stuttgart 1968.

Weinkauff, Hermann: Über das Widerstandsrecht, Karlsruhe 1956 (Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Schriftenreihe, H. 20).

Weinkauff, Hermann: Was heißt das: ‚Positivismus als juristische Strategie'?, in: *JZ* (1970), S. 54–57.

Weinke, Annette: Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland: Vergangenheitsbewältigung 1949–1969 oder: Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im Kalten Krieg, Diss., Potsdam 2002.

Weinke, Annette: Erinnerung vor Gericht. Juristen zwischen Leipzig, Mühlberg und Karlsruhe, in: Ganzenmüller/Landau/Waurig (Hrsg.): Transformation des Gedenkens. Lokales Erinnern an sowjetische Verhaftungen der Nachkriegszeit, Wien 2024, S. 62–65.

Weiss, Karl: Schaden an Körper oder Gesundheit, in: Das Bundesentschädigungsgesetz, Teil 1, München 1981, S. 185–358.

Weitnauer, Herrmann: Die Haftung des Warenherstellers, in: *NJW* (1968), S. 1593–1600.

Welzel, Hans: Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, in: *Süddt. JZ* (1948), S. 367–371.

Wieacker, Franz: Replik, in: *Universitas* 3, S. 1173.

Wieacker, Franz: Zur Erweckung des Naturrechts in: *Süddt JZ* (1949), S. 295–302.

Wieacker, Franz: Zum heutigen Stand der Naturrechtsdiskussion, Köln 1965.

Wiechmann, Carlo: Die Stellungnahme des Generalbundesanwalts zur Verjährung der Beihilfe zum Mord aus niedrigen Beweggründen, in: *NJW* (1969), S. 1157–1159.

Wieczorek: Zivilprozessordnung-Kommentar, Berlin 1960.

Wilden, Hans: Die grundsätzliche Rechtsprechung in Entschädigungsfragen, in: *DRiZ* (1960), S. 323–324.

Willms, Günther: Der Sachverständige im Landesverratsprozess, in: *NJW* (1963), S. 190.

Willms, Günther: Geheimbündelei: Änderung oder Verzicht?, in: *NJW* (1965), S. 565–567.

Willms, Günther: Landesverrat durch die Presse, in: *DRiZ* (1963), S. 14–16.

Willms, Günther: Offenkundigkeit und Legalitätsprinzip, in: *JZ* (1957), S. 465–466.

Willms, Günther: Verfassungsfeindliche Schriften, in: *JZ* (1958), S. 601–604.

Willms, Günther: Zur Auslegung und Reform des § 93 StGB, in: *JZ* (1959), S. 629–630.

Witte, Walter: Fragen des Ausbildungsschadens, in: *RzW* (1957), S. 252–253.

Wolf, Ernst/ **Lüke**, Gerhard/ **Hax**, Herbert: Scheidung und Scheidungsrecht: Grundfragen der Ehescheidung in Deutschland, untersucht an Hand der Statistiken von Ernst Wolf, Gerhard Lüke; Herbert Hax, Tübingen 1959.

Wolf, Miriam: Das Verfahren gegen Walter Huppenkothen und Otto Thorbeck. Die gescheiterte Aufarbeitung der Ermordung der Widerstandskämpfer um Dietrich Bonhoeffer und Wilhelm Canaris durch die westdeutsche Nachkriegsjustiz, Berlin 2021.

Wolfsohn, Joseph: Urteilsanmerkung, in: *RzW* (1959), S. 35–36.

Wüstenberg, Kurt: Die Rechtsprechung des Entschädigungssenats, in: Krüger-Nieland, G. (Hrsg.): 25 Jahre Bundesgerichtshof, München 1975, S. 145–156.

Zenker-Oertel, Claudia/ **Kißener**, Michael: Die Geschichte des Bundesgerichtshofs. Zusammenarbeit des Bundesarchivs und des Arbeitsbereichs Zeitgeschichte an der Universität Mainz, in: *Archivnachrichten aus Hessen* Sonderheft 20 (2020), S. 27–31.

Ziegler, Gerhard: Krach in Karlsruhe, in: *DIE ZEIT*, 21.01.1966

Zimmermann, F.: Unteilbares oder tatbestandsbezogenes Unrechtsbewusstsein?, in: *NJW* (1954), S. 908–909.

Zorn, Hermann: Existenz-, Ausbildungs- und Versorgungsschaden, in: Das Bundesentschädigungsgesetz, Bd. 2, München 1983, S. 47–320.

Internetressourcen

Bundeszentrale für politische Bildung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Wohnungspolitik seit 1945. URL: www.bpb.de/shop/zeitschriften/apuz/183442/wohnungspolitik-seit-1945/ [abgerufen am 19.02.2024].

Bundeszentrale für politische Bildung, URL: www.bpb.de/themen/deutsche-einheit/lange-wege-der-deutschen-einheit/47280/wohnen/. [abgerufen am 7.02.2024].

Gieseking, Erik: Der Prozess gegen Otto John, Deutschland 1956, in: Igor/ Koch (Hrsg.): Lexikon der politischen Prozesse, URL: https://www.lexikon-der-politischen-strafprozesse.de/glossar/john-otto-2/ [abgerufen am 09.04.2024].

Güde, Max: Ein neues Sexualstrafrecht, in: *Der Spiegel*, 16.9.1968, URL: www.spiegel.de/politik/ein-neues-sexualstrafrecht-a-4f636528-0002-0001-0000-000062575111?context=issue [abgerufen am 27.05.2024].

Günter, Hirsch: Rede zum 100. Geburtstag von Hans von Dohnanyi, URL: https://www.bundesgerichtshof.de/DE/DasGericht/Praesidenten/Hirsch/HirschReden/rede08032002.html [abgerufen am 7.09.2020].

Gutes **Gewissen**, in: *Der Spiegel*, 18.09.1963.

Kißener, Michael: Neue Richter braucht das Land. Ideen und Wirklichkeit einer Justizreform 1949–1965, Vortrag von Prof. Dr. Michael Kißener, URL: https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Veranstaltungen/2023-07-20_vortrag-kissener.html [abgerufen am 31.5.2024].

Seiterle, Stefan: Weit entfernt vom „Einblick in die Seele“, in: Legal tribune online https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/luegendetektor-im-strafprozess-weit-entfernt-vom-einblick-in-die-seele/ [abgerufen am 27.05.2024].

Symposium des Bundesarchivs zur analogen und digitalen Überlieferung der Obersten Gerichte des Bundes, URL: https://www.bundesarchiv.de/DE/Content/Veranstaltungen/2023-04-24_symposium.html [abgerufen am 31.5.2024].