

## Ivo Heiliger Windiges aus der deutschen Rechtsprechung

Der Ossietzky-Beschluß des Bundesgerichtshofes\*

»An nichts hält die Justiz beharrlicher fest, als an ihren Irrtümern« behauptete der legendäre Strafverteidiger Max Hirschberg, doch da irrte er. Noch beharrlicher klammert sie sich an ihre vorsätzlich begangenen Rechtsbeugungen wie im ersten Ossietzky-Verfahren vor dem Reichsgericht. Der radikale Demokrat, Pazifist und Republikaner hatte Zeit seines Lebens die demokratiegefährdende, verfassungswidrige und strafbare Aufrüstung bekämpft. Nachdem die von ihm herausgegebene Zeitschrift *Weltbühne* 1929 unter dem Titel »Windiges aus der deutschen Luftfahrt« kriminelles Treiben auf einem Berliner Flugplatz aufgedeckt hatte, kam es zu dem »Racheurteil«. Das Reichsgericht verurteilte ihn wegen Landesverrats und Spionage (!) zu anderthalb Jahren Gefängnis (vgl. I. Müller, Festschrift f. R. Schmid, Baden-Baden 1985, S. 297 ff.).

Am 3. Dezember 1992 verwarf der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs die Beschwerde gegen einen Beschluß des Kammergerichts, der die Wiederaufnahme des Weltbühnen-Prozesses für unzulässig erklärte. Wenn man der Presseerklärung des BGH glauben darf, ist den Karlsruhern die Sache peinlich. Der Fall Ossietzky hatte schon 1931 im Ausland großes Interesse erregt. Vor allem in Skandinavien gilt Ossietzky – nicht erst seit er den Friedensnobelpreis bekam – als Symbolfigur für das »andere Deutschland«, und mit einigem Argwohn beobachtete man dort die Kapriolen, die die bundesdeutsche Rechtsprechung bei ihrem Festhalten an der Ossietzky-Verurteilung schlug. Schließlich geht es nicht nur um die Diffamierung oder Rehabilitation des international wohl anerkanntesten Deutschen, nach dem inzwischen unzählige Straßen und Plätze, ein hochdotierter Wissenschaftspreis, eine renommierte Bürgerrechtsauszeichnung, etliche Schulen, eine Universität und eine der größten deutschen Bibliotheken benannt sind, des »stillen Dulders«, dem nach Heinrich Manns Worten der Glücksfall begegnet ist, »daß einen Augenblick das Weltgewissen aufstand, und der Name, den es dann aussprach, war seiner« (Nachruf auf C. v. Ossietzky, in: H. Mann, Essays, Bd. 3 Berlin 1962 S. 137 ff.). Es geht, wie der schwedische Schriftsteller und Publizist Jan Myrdal in einem mehrseitigen Dossier des Afton Bladed herausarbeitete, auch um das Verhältnis der deutschen Justiz zum Recht.

Die geringste Bedeutung hat im Ossietzky-Beschluß des Bundesgerichtshofs noch das Wiederaufnahmerecht, obwohl in der erwähnten Presseerklärung behauptet wird, »Grundlage der Entscheidung seien ausschließlich die strafprozessualen Vorschriften über die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftiges Urteil abgeschlossenen Verfahrens«. Dabei handelt es sich um den ebenso alten wie durchsichtigen Richtertrick, eine Entscheidung, je fragwürdiger sie ist, als um so zwingender darzustellen und dabei noch Bedauern über die angebliche Unausweichlichkeit zu heucheln.

So alternativlos, wie die Richter des 3. Strafsenats das Publikum glauben machen wollen, war ihre Entscheidung keineswegs. Der Senat hätte für einen Freispruch des Friedensnobelpreisträgers nicht einmal auf übergesetzliches Recht zurückgreifen

\* Die Entscheidung vom 3. Dezember 1992 ist veröffentlicht im MDR 1993, 167.

müssen, dessen sich zu bedienen das hohe Gericht ja sonst keine Skrupel hat. Vier Wochen vor dem Ossietzky-Beschluß hatte es jedenfalls die Strafbarkeit der sogenannten Mauerschützen auf dieser Rechtsgrundlage erheblich erweitert (s. StR 370/92 vom 3. 11. 1992, NJW 1992, 141), obwohl auf den ersten Blick Art. 103 Abs. 2 des Grundgesetzes entgegenzustehen scheint, der für die Aufhebung einer Verurteilung jedenfalls keinerlei Hindernis wäre. Nein, die Bundesrichter hätten nur den Wiederaufnahmeforschriften folgen müssen. Der einschlägige § 359 StPO läßt schließlich die Wiederaufnahme bei Vorlegung neuer Tatsachen oder neuer Beweismittel zu. Da die Verurteilung Ossietzkys sich im wesentlichen auf ein »Gutachten« der Reichswehr stützte, hatte die Antragstellerin im Wiederaufnahmeverfahren zwei Gutachter der Bundeswehr aufgeboten: einen Zeitgeschichtsprofessor und den langjährigen Leiter des Militärgeschichtlichen Instituts, und vorgetragen, die beiden verfügten aus verschiedenen Gründen über Forschungsmittel, die denen eines Reichswehroffiziers des Jahres 1931 überlegen seien. Kammergericht und Bundesgerichtshof machten daraufhin längere Ausführungen dazu, daß »ein weiterer Sachverständiger als solcher grundsätzlich kein neues Beweismittel ist, selbst wenn er zu anderen . . . Bewertungen gelangt«. Daß dies der Fall sei, hatte die Antragstellerin zu keiner Zeit behauptet. Sie hatte schließlich nicht einfach weitere Sachverständige »als solche« benannt, sondern solche, denen genau belegte Forschungsmittel zur Verfügung stehen.

Daß derartige Sachverständige neue Beweismittel im Sinne des § 359 StPO seien, ist einhellige Kommentarmedeutung, der freilich der Bundesgerichtshof – Löwe/Rosenberg hin, Kleinknecht/Meyer her – (ausdrücklich vom BGH zitiert: Gössel, LR Rdnr. 155 zu § 359 m. w. Nachw. sowie Kleinknecht/Meyer, Rdnr. 35 zu § 359) »nicht zu folgen vermag«. Nicht »schlechthin in allen Fallgestaltungen« (a. a. O. S. 15) sei so ein Sachverständiger ein neues Beweismittel, meinen die Bundesrichter, ohne freilich mitzuteilen, warum gerade hier nicht.

Mit solchen Feinheiten des Wiederaufnahmeverfahrens wie der Unterscheidung zwischen dem sogenannten Additionsverfahren und der neuen Sachentscheidung gibt sich der BGH erst gar nicht ab. Er verlangt für die Zulässigkeit der Wiederaufnahme den lückenlosen Nachweis der Unschuld des Verurteilten. Dem Einwand der Antragstellerin, kein Mensch könne doch beweisen, daß jedes noch so kleine in dem Artikel erwähnte Detail, unabhängig von seiner Relevanz, bereits den Ententemächten bekannt gewesen sei, hält das Gericht entgegen, es komme »nicht auf jedes auch noch so kleine Detail an, sondern auf die dem Schuldspruch zugrundeliegenden Details« (a. a. O. S. 11). Der Schuldspruch des Reichsgerichts stütze sich aber auf ein Reichswehrgutachten, nach dem »alle das Deutsche Luftfahrtwesen betreffenden Nachrichten« für den französischen Geheimdienst von Interesse und daher (zitiert im Urteil des Reichsgerichts, das dem BGH in Abschrift vorlag, S. 19) geheimzuhalten waren. Also doch jedes noch so klitzekleine Detail!

Für die nach § 371 Abs. 1 StPO auch im Verfahren zugunsten eines Verstorbenen vorgesehene Beweisaufnahme ist nach Auffassung des BGH kein Raum mehr. Wenn der Antragsteller den Unschuldsbeweis nicht lückenlos führt, ist der Antrag unzulässig.

Schlimmer noch als der eigenwillige Umgang mit dem Wiederaufnahmeverfahren sind die rechtstheoretischen Konsequenzen des BGH-Beschlusses, denn fataler als die Stempelung Ossietzkys zum Landesverräter war die Versündigung der Reichsrichter am Recht. In seinem stillen Kampf gegen die Republik hatte das Reichsgericht nämlich eine zweite, ganz eigene Rechtsordnung errichtet, deren tragende Säulen nicht Gesetz und Verfassung waren, sondern »Not« und »Treuepflicht«. Diente ungesetzliches Treiben, bis hin zu schwersten Verbrechen, der alten untergegangenen Gesell-

schaftsordnung, der sich die Richter nach wie vor verpflichtet fühlten, war es in ihren Augen rechtmäßig. So führte das Gericht in der mündlichen Begründung des Weltbühnenurteils aus, die Heeresleitung habe »aus dem Gesichtspunkt des übergesetzlichen Notstandes her, im Interesse der Landesverteidigung sich für verpflichtet gehalten« (stenographische Mitschrift des Verteidigers Dr. Apfel, zit. bei Müller a. a. O.), den Versailler Vertrag und das Pariser Luftfahrtabkommen zu brechen. Selbst die sogenannten Fememorde, Hinrichtungen mutmaßlicher Verräter in illegalen Militäreinheiten, erschienen dem Reichsgericht unter dem Gesichtspunkt der »Staatsnotwehr« gerechtfertigt (vgl. die in Die Justiz Bd. V (1929/30) S. 69 ff. dargestellten Fälle). Und als ostpreußische Junker mit einer Schlägertruppe mehrere gerichtliche Zwangsversteigerungen bei Amtsgericht Pillkallen gesprengt hatten, erklärte das Reichsgericht sogar diesen schweren Landfriedensbruch zur »Notwehr« und damit für rechtfertigt (JW 1932, 2810 ff.). Gleichzeitig verurteilte es Republikaner und Demokraten, die auf Beachtung der Gesetze drängten, als Landesverräter (E. J. Gumbel, Landesverrat, begangen durch die Presse. Die Justiz Bd. II (1926/27) S. 7 ff. zählte allein 1924 bis 1927 1027 derartige Verurteilungen). Ihr Verbrechen bestand darin, gegen die Treuepflicht verstoßen zu haben, die sie dem Staat angeblich schuldeten, selbst wenn dieser verbrecherisch handelte. In einem Vorläuferverfahren des Weltbühnenprozesses, das mit der Verurteilung der Journalisten Berthold Jacob und Fritz Küster ebenfalls wegen Landesverrats endete, prägte das Reichsgericht den Grundsatz: »Dem eigenen Staat hat jeder Staatsbürger die Treue zu halten. Das Wohl des eigenen Staates wahrzunehmen, ist für ihn höchste Gebot . . . Auf die Beobachtung und Durchführung der bestehenden Gesetze hinzuwirken, kann nur durch Inanspruchnahme der . . . staatlichen Organe geschehen«. (RGSt 62, 65, 67). Der Schlüsselsatz dieses sogenannten Ponton-Urteils lautete: »Der Grundsatz, daß das Wohl des Staates in seiner Rechtsordnung festgelegt sei und sich in deren Durchführung verwirkliche, ist abzulehnen« (RGSt 62, 67).

An Warnern hat es damals nicht gefehlt. Die sozialdemokratische Reichstagsfraktion legte anlässlich der Ossietzky-Verurteilung eine Entschliebung vor, in der die Reichsregierung gewarnt wurde, »daß diese Rechtsprechung eine Gefahr für die Republik bedeutet, insofern sie Organisationen, die staatsfeindlich . . . sind, die Möglichkeit der Waffenrüstung gewährt, ohne der republikanischen Bevölkerung die Möglichkeit zu geben . . ., auf Einhaltung von Recht und Gesetz zu bestehen« (abgedruckt in: Vorwärts Nr. 553 vom 26. 11. 1931). Hermann Kantorowicz fand es »schmerzlich«, daß bei jedem Gesetz geprüft werden müsse, wie es »vor dem Mißbrauch durch zur Gesetzesanwendung Berufenen« zu schützen sei. Hugo Sinzheimer empörte sich nach dem Freispruch für Fememörder über die »Ungeheuerlichkeit, die dieses Urteil gewagt hat«, denn »ein solcher Richterspruch erschüttert nicht die Rechtsordnung . . . er löst sie auf« (Die Legalisierung des politischen Mordes, Die Justiz, Bd. V (1929/30), S. 69). Thomas Mann schrieb an Ossietzkys Verteidiger Alfred Apfel, es sei »eine furchtbare, demütigende Vorstellung, in einem Lande zu leben, wo über Erscheinungen der Unordnung gewaltsam mit Hilfe der Justiz Stillschweigen gebreitet werden soll, und ich meine, man sollte die Mundtotmachung der öffentlichen Kritik der faschistischen Diktatur vorbehalten« (Zit. n. K. R. Großmann, Ossietzky, ein deutscher Patriot, Frankfurt/M. 1978, S. 208). Der Jurist und Journalist Rudolf Olden schließlich resümiert die Fememord- und Landesverratsrechtsprechung treffend: »Das Reichsgericht erniedrigt sich zur juristischen Leibgarde von Banditen. Es sind keine Richter, die hier sitzen, es sind Diener des Militärstaats, der Befehl der Armee steht ihnen an der Stelle des Rechts«. Die rechtstheoretische Bedeutung dieser »Recht«-Sprechung würdigte er hellsichtig: »Von hier stammt jene Verrottung des Rechts und des Rechtsgefühls, die den obersten Gerichtshof noch sehr weit bis

zur nationalsozialistischen Verdrehung aller Rechtsbegriffe, bis zur Legitimierung des Mordes führt, wenn er nur dem »Staatswohl« dient« (Hindenburg oder der Geist der preußischen Armee, Neudruck Hildesheim 1982 S. 205).

In der Tat wurde dem Reichsgericht im Dritten Reich mehrfach »Schrittmacherfunktion« bei der Entwicklung des nationalsozialistischen Rechts zuerkannt (vgl. E. Niethammer, Das Reichsgericht als Schrittmacher der Entwicklung des Strafverfahrens nach geltendem Recht und in Zukunft, Dt. StR Bd. IV (1937) S. 125 ff.), und gerade seine Landesverratsrechtsprechung galt bei den Nazis als »mutiger Schritt... entgegen dem Buchstaben der Verfassung dem neuen Staatsgedanken zum Siege zu verhelfen« (A. Sack, Reichstagsbrandprozeß, Berlin 1935, S. 93). Das Weltbühnen-Urteil war in ihren Augen ein wichtiger Beitrag zur »Schaffung des neuen Rechts, für das allein der Bestand und die Sicherung des deutschen Volkes den Maßstab bilden« (ebd. S. 94).

Mit der gleichermaßen demokratie- wie rechtsstaatsfeindlichen, autoritären Rechtskonstruktion, die jedes Freiheitsrecht unter den Vorbehalt der Staatsräson stellte, hatte das Reichsgericht das Fundament geschaffen, auf das das Dritte Reich seine »Rechtsordnung« baute, die nun gänzlich von Staatsnot und Treuepflicht geprägt war. Sämtliche Nazi-Grundgesetze, von der »Notverordnung zum Schutz von Volk und Staat« (ReichstagsbrandVO) (vom 28. 2. 1933, RGBl. I, 83), über das »Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich« (Ermächtigungsgesetz) (vom 24. 3. 1933, RGBl. I, 141) bis zum »Gesetz über Maßnahmen der Staatsnotwehr« (Sanktionierung der Röhmorde; Gesetz vom 3. 7. 1934, RGBl. I, 529) gründeten auf dem Notgedanken, und nicht von ungefähr lautete das letzte Kapitel in Hitlers Mein Kampf: »Notwehr als Recht«.

Hätte der Bundesgerichtshof die Wiederaufnahme des Weltbühnenprozesses zugelassen, wäre eine gründliche Auseinandersetzung mit den tragenden Rechtskonstruktionen der Ossietzky-Verurteilung unausweichlich geworden. Und sich klar und offen zu den rechtsbeugerischen Konstruktionen des Reichsgerichts bekennen, das mochte der Senat denn doch nicht.

Vor rund 30 Jahren hatte der BGH allerdings noch ganz ungeniert an die Landesverratsrechtsprechung der ausgehenden Weimarer Republik angeknüpft. Als ein ehemaliger Verfassungsschutzagent das Nachrichtenmagazin Der Spiegel darüber informiert hatte, wie westdeutsche Geheimdienste unter Bruch von Gesetz und Verfassung den Telefonverkehr kontrollierten, wurden, ganz wie wiederum 30 Jahre zuvor, nicht die Gesetzesbrecher angeklagt, sondern derjenige, der den Skandal öffentlich gemacht hatte. Der BGH fand nichts dabei, sich aus der Landesverratsrechtsprechung des Reichsgerichts zu bedienen und die tragenden Grundsätze des Ponton-Urteils zu übernehmen: »Die tatsächlichen Lebensnotwendigkeiten eines Staates lassen es nicht angängig erscheinen, daß jeder einzelne... in der Lage sein sollte, jegliches Staatsgeheimnis wegen Verstoßes gegen Verfassung oder Gesetz ohne weiteres öffentlich zu rügen« (BGHSt 20, 364). Auch das Bundesverfassungsgericht sah die Sache nicht anders. Die Verfassungsbeschwerde des Spiegel wegen der Durchsuchung seiner Redaktionsräume wies es zurück mit der für ein Verfassungsgericht ungewöhnlichen Begründung, daß jede Staatsschutzaktivität, unabhängig von ihrer Rechtmäßigkeit »schlechtin Schutz verdient und gegenüber der Betätigung der Meinungsfreiheit grundsätzlich Vorrang hat« (BVerfGE 28, 200).

30 Jahre später möchten die Bundesrichter sich nicht mehr so unverhüllt mit der Justizvergangenheit identifizieren. Mit ihr zu brechen, sind sie allerdings auch nicht bereit. Sie wollen die Sache lieber offenhalten, und daher mußte das Wiederaufnahmegesuch unzulässig sein. Hinter der hoch errichteten Mauer der Zulässigkeit konnte so das anrühige Erbe der furchtbaren Juristen des 4. RG-Strafsenats bewahrt

bleiben, und ganz vorsichtig, nur hinter vorgehaltener Hand äußern die Bundesrichter ihre Sympathie mit der bräunlichen Hinterlassenschaft. So kommt es zu den windigen Formeln, daß »nach dem – hier maßgeblichen – damaligen Rechtsverständnis« Ossietzky »nicht völlig unvertretbar« zum Verräter gestempelt wurde und daß die Rechtsrichter mit einer »nach damaliger Rechtsauffassung nicht völlig unvertretbaren Begründung« den übergesetzlichen Notstand angenommen hätten (S. 20/21). Wie stark trotz dieser halbherzigen Distanzierungen die Identifikation der Bundesrichter mit der Absage an den Rechtsstaat ist, kann man deutlich zwischen den Zeilen lesen, da wird unter aller vorsichtigen Zitiererei und indirekten Rede plötzlich im Klartext behauptet, Ossietzky habe »Anzeige bei ausländischen Regierungen erstattet« (S. 20), eine üble Verleumdung, wegen der er schon damals die Reichsrichter belangen wollte. Zum Beleg der Honorigkeit der auch damals schon eindeutig verfassungswidrigen Rechtskonstrukte des Reichsgerichts genügt dem Bundesgerichtshof eine einzige Literaturquelle (ebd.), der Reichsanwalt Schneidewin. Zur Gegenmeinung (»a. A.«) zitiert er immerhin die beiden republikanischen Professoren Hermann Kantorowicz und Gustav Radbruch, ohne freilich mit einem einzigen Wort ihre Argumente zu würdigen. Wer definiert denn die angeblich heute noch zugrundeliegende »damalige Rechtsauffassung«? Demokraten und republikanische Juristen oder die Sympathisanten der Nazi-Bewegung? Nach Auffassung des BGH zählen offenbar nur die letzteren. Was wiegt schon ein halbes Dutzend republikanischer Professoren, was bedeuten schon Stellungnahmen Max Alsbergs, Albert Einsteins, Thomas Manns, Kurt Tucholskys, Arnold Zweigs und der gesamten SPD-Reichstagsfraktion (vgl. die Nachweise bei I. Müller, a. a. O. S. 313, 316 ff.), ein einziger Nazi-Staatsanwalt ist für die Bundesrichter allemal eine verlässliche Rechtsquelle.

Den Reichsrichtern von 1931 könnte man heute vielleicht noch zugute halten, daß sie nicht ahnen konnten, wozu sie mit ihren rechtsbeugenden Konstruktionen beitrugen. Die Unermeßlichkeit der Nazi-Verbrechen war damals so wenig vorhersehbar wie der völlige Niedergang des Deutschen Reiches, zu den sie mit der Perversion des Rechts ihren Teil beitrugen.

Die Bundesrichter, die mit Zehen und Klauen an der konsequenzenreichen Rechtsprechung, dem Fundament des Nazi-Rechts, festhalten, können diesen Schuldaußschließungsgrund nicht für sich in Anspruch nehmen.

## Uwe Wesel Der Honecker-Prozeß

### Über den Rechtsstaat, seine Peinlichkeiten und seine Schwierigkeiten

Er ist nicht gut gelaufen, der Prozeß. Aber man muß immer alles bedenken. Es geht ja nicht um den Prozeß allein, sondern auch um das, was vorher war, dort und hier, wie es heute ist und was sein wird. Ein historischer Prozeß ist er allemal, und was wir letztlich von ihm zu halten haben, das ist noch nicht ganz klar.

»Mit dem Kohl hätte ich das nicht gemacht«, hat Erich Honecker in Moabit zu