

In der Falle als Richter in einem autoritären Staat

Zusammenfassung der Situation der Gerichte unter der Besatzung

Die Besatzung und deren Folgen liefert Beispiele für die Reaktionen von Richtern über das ganze Spektrum möglicher Reaktionsmuster, die Richter hinsichtlich autoritärer Machthaber haben können. Im Abschied der Richter des Høyesteretts im Jahre 1940 haben wir ein Beispiel für Richter, die sich weigern, die legale Grundlage des neuen Regimes anzuerkennen und die daraus die Konsequenz ziehen und ihre Ämter verlassen. Die Richter an den ordentlichen Gerichten sind Beispiele für Richter, die sich passiv hinsichtlich der Illegalität des neuen Regimes verhalten, indem sie es unterlassen die Legalität der Gesetzgebung des Regimes in Frage zu stellen, während gleichzeitig die Gesetze die Grundlage ihrer gerichtlichen Tätigkeit bilden. In der Anfangsphase der Besatzung – bevor die Befugnis zu Inhaftieren an den Volksgerichtshof übertragen wurde – umfasste dies auch die repressiven Maßnahmen des Regimes gegenüber Personen, die opponierten, durchzusetzen. Mit Ausnahme eines Protestes von Seiten der Richtervereinigung, der an das Justizministerium gerichtet war, gab es ebenso wenig Opposition von Seiten der Gerichte dagegen, dass Verfahren ihrer Jurisdiktion entzogen wurden. In der Praxis geschah dasselbe im Rahmen des Aufarbeitungsprozesses nach der Besatzung. Hinsichtlich wichtiger Teile des Aufarbeitungsprozesses nahmen die Gerichte keine Überprüfung der Rechtsgrundlage vor.

Da die deutschen Besatzer und die Führung der Nasjonal Samling bereits nach wenigen Monaten eigene Gerichte hatten, die sich der politischen Verfahren annahmen, bekamen die ordentlichen Gerichte wenig mit diesen zu tun, mit Ausnahme solcher Verfahren aus den ersten Monaten der Besatzung, unter anderem in Porsgrunn und Askim. Diese Verfahren machen deutlich, dass die ordentlichen Gerichte ihre Dienste zur Verfügung stellten, um die Verordnungen der Besatzer durchzusetzen. Die Internierung loser Existenzen in Bergen, das Strafmaß, welches das Høyesterett nach den politischen Schlägereien in Porsgrunn anwies und die Inhaftierungen im Eidsivating Lagmannsrett zeigen, dass auch die regulären Gerichte das Recht an die Erfordernisse der neuen Situation anpassten.

Die Anpassung bedeutet nicht, dass die Richter im Allgemeinen von der NS-Ideologie beeinflusst wurden. Die Tätigkeit bestand darin, existierende

Rechtsgrundlagen weit auszulegen und die Strafen zu erhöhen, um die Unruhen niederzuschlagen. Auf die gefährliche Situation, die aufgrund der fremden Besatzungskräfte sowie einer heimlichen politischen Unterstützungsbewegung entstanden war, musste seitens des Rechtsapparates eine adäquate Reaktion erfolgen. Die Frage, wie weit die Mehrheit der Richter bereit gewesen wäre, eine solche Anpassung vorzunehmen, wird nie Beantwortung mehr finden. Aber es gelang den Richtern zumindest, sich auf 'auf dünnes Eis' zu begeben. Die Verfahren in Eidsivating machen deutlich, dass die Richter des Lagmannsretts nicht ihre Rechtsauffassung änderten, weil die Richter des Høyesteretts ihre Ämter niederlegten. Der Hauptgrund war vielmehr, dass der Reichskommissar seine eigenen Gerichte etablierte und in der Folge die Bearbeitung der politischen Verfahren übernahm.

Mit den Richtern des kommissarischen Høyesterett, des Volksgerichtshofs und der Sondergerichte haben wir Beispiele von Richtern, die auf die ideologischen Grundlagen des Regimes eingingen und zu einem wichtigen Instrument für die Aufrechterhaltung der Repression durch das Regime wurden. Schließlich finden wir an den Sondergerichten Beispiele von Richtern, die sich als reine Fassade in Prozessinszenierungen missbrauchen ließen, die lediglich darauf abzielten, den Anschein eines Verfahrens bis hin zu Entscheidungen über Hinrichtungen, die im Vorhinein von administrativer Seite entschieden worden waren, zu wahren.

Der Volksgerichtshof war das Sondergericht, welches das wichtigste Instrument der Regierung der Nasjonal Samling im Kampf gegen den politischen Widerstand sein sollte. Mit seiner Aufrechterhaltung der richterlichen Unabhängigkeit und seiner relativ moderaten Strafzumessungspraxis unterschied er sich vielleicht dennoch nicht allzu viel von der Praxis, die die ordentlichen Gerichte angewendet hätten. Der größte Unterschied lag in den umfassenden rechtlichen Befugnissen zur Inhaftierung, die die Polizei erhielt und dem weit verbreiteten Gebrauch, der davon gemacht wurde. Nach und nach übernahm auch die polizeiliche Sicherung als Reaktionsmittel gegenüber politischen Widerstandskämpfern und der Volksgerichtshof wurde überflüssig.

Es finden sich auch Beispiele von Opposition gegen die Machthaber von Seiten der Richter. Wir haben einige Beispiele von Urteilen, in denen Richter Rechtsstaatsprinzipien gebrauchten, um Maßnahmen des Regimes entgegenzuwirken oder diese zu mäßigen. Beispiele dafür finden sich etwa bei den ordentlichen Gerichten. Die Bestimmungen zur Aussagepflicht gegenüber der Polizei wurden zumindest in einem Fall restriktiv ausgelegt und ein Richter sprach ein Mädchen, welches seinen Ausweis gefälscht

hatte, um hinsichtlich des Alters zu lügen, mit der Begründung frei, dass dieser nicht in rechtswidriger Absicht verwendet wurde. Beispiele finden sich auch sowohl beim Volksgerichtshof wie beim SS- und Polizeigericht Nord. Der Vorsitzende des Volksgerichtshofes weigerte sich, sich der Forderung zu beugen den Fluchthelfer Karsten Løvestad für die Tötung des Grenzpolizisten zum Tode zu verurteilen, da er nicht erkennen konnte, dass der Mord mit Vorsatz begangen worden war. Das Gericht folgte generell in vielen Verfahren einer Praxis, die nach dem Krieg als moderat charakterisiert wurde. Das SS- und Polizeigericht Nord stand häufig im Widerspruch zu Terboven und dem Reichskommissariat. In 30 Prozent der Fälle, in denen die Todesstrafe beantragt wurde, erhielt die Sicherheitspolizei keine Zustimmung hinsichtlich des Antrags und in einigen Fällen weigerte sich das Gericht, Fälle zu bearbeiten, in denen es der Auffassung war, dass es keine Rechtsgrundlage für eine Strafverfolgung gab. Unter anderem betraf dies 99 norwegische Soldaten, die auf Svalbard 1943 als Kriegsgefangene festgenommen wurden und die stattdessen in Kriegsgefangenschaft überführt wurden.

Es finden sich auch Fälle eines eher versteckten Widerstandes, der nicht durch die Entscheidungen des Gerichtes erfolgte, sondern vielmehr durch die administrative Erfassung der Fälle, wie etwa durch Verzögerung oder «Verschwinden» von Fällen, sowie mittels fraglicher oder verfälschter Berichterstattung. Diesbezüglich finden sich Beispiele sowohl von den ordentlichen Gerichten wie auch vom SS- und Polizeigericht Nord.

Es finden sich indessen nur wenige Beispiele aus dem Material aus Norwegen, wonach Richter beharrlich auf einen Oppositionskurs setzten oder durch ihre Urteile absichtlich versucht haben, das Regime zu beeinflussen, um den Kurs zu ändern. Aus anderen Ländern finden wir manchmal Beispiele dafür.⁶⁴⁸ Die belgischen Gerichte standen während der gesamten Besetzung mit den deutschen Behörden in Konflikt. In Südafrika gab es in der Apartheid-Ära eine Minderheit unter den Richtern, die sich offen gegen das Regime aussprach und systematisch versuchte, die repressiven Maßnahmen des Regimes durch eine Auslegung auf Grundlage übergeordneter rechtsstaatlicher Prinzipien einzuschränken. Die Gerichte Argentiniens und Brasiliens haben mehrfach versucht, das Militärregime zu beeinflussen, um deren Politik zu mildern.

Ein Grund für das Fehlen einer solchen gerichtlichen Opposition in Norwegen könnte unter anderem sein, dass die Richter des Høyesteretts zurückgetreten sind, so dass sich in der obersten Instanz keine Richter

648 Siehe Graver 2015, S. 91–111.

mehr mit Loyalität zu der vertriebenen Regierung fanden. Gleichzeitig ist es wichtig, sich daran zu erinnern, dass die systematische Opposition von Seiten der Richterbank zu den Ausnahmen autoritärer Regime gehört. In den allermeisten Fällen, sei es in Bezug auf Besetzung, Staatsstreich oder rechtlicher Transformation hin zu Diktaturen, sind die Gerichte den Maßnahmen des Regimes gegenüber loyal eingestellt, da sie deren Rechtmäßigkeit nicht in Frage stellen.

Die Erfahrungen aus Norwegen unterscheiden sich in zweierlei Hinsicht von den Mustern anderer autoritärer Regime in der westlichen Rechtstradition. Zum einen ist es selten, dass es der Oberste Gerichtshof eines Landes ablehnt, wie es das norwegische Høyesterett tat, die Rechtmäßigkeit der neuen Machthaber anzuerkennen. In vielen Fällen setzt der amtierende Oberste Gerichtshof vielmehr seine Aktivitäten fort, was bedeutet, dass er die Maßnahmen des autoritären Regimes loyal anwendet. Dies geschah während der deutschen Besetzung sowohl in Dänemark wie auch in den Niederlanden und Frankreich. In einigen Fällen tauschten die Machthaber die Richter aus. Dies taten die Deutschen in Luxemburg, Österreich und Polen. Es ist ferner nicht ungewöhnlich, dass Machthaber «ihre» Richter zusätzlich zu den amtierenden einsetzen, um sich auf diese Weise Unterstützung zu sichern. Dies tat etwa das Regime in Südafrika, um sich die Unterstützung in einem Gericht zu sichern, welches zu Beginn eine kritische Haltung gegenüber den Maßnahmen eingenommen hatte, die von der Verwaltung und dem Gesetzgeber zur Einführung des Apartheidstaats ergriffen wurden.

Zum anderen ist es auch nicht so leicht Beispiele für Richter zu finden, die sich als reine 'Fassadenlegitimation' missbrauchen ließen, wie es die Richter an den Sondergerichten in politischen Verfahren in Norwegen taten. Aufgrund ihrer eigenen Erklärungen wussten die Richter in diesen Fällen, dass die Frage der Todesstrafe im Voraus entschieden worden war. Sie protestierten in einigen Fällen auch, indem sie sich weigerten, die Urteile zu unterschreiben, zu deren Urteilsfindung sie beigetragen hatten. Auf diese Weise wollten sie deutlich machen, dass die Urteile nicht ihr Werk waren. Die Einsetzung deutscher Richter an Standgerichten durch die Nationalsozialisten gegen Kriegsende, sowohl in Deutschland als auch anderswo, unterschied sich kaum von der Situation in Norwegen. Die deutschen Richter hatten dessen ungeachtet stets daran festgehalten, dass sie eigenständige Urteile getroffen hätten. In den Verfahren, die darüber sowohl in Deutschland als auch in Norwegen nach Kriegsende vor Gericht verhandelt wurden, wurden die Richter von diesbezüglichen Anklagevorwürfen freigesprochen.

Ansonsten fallen die Richter in Norwegen in das allgemeine Muster der Richter in autoritären Regimen. Sie unterlassen es, die Rechtmäßigkeit autoritärer Regeln in Frage zu stellen, selbst dort wo sie gegen grundlegende Rechtsstaatsprinzipien verstoßen und sie wenden diese auf die gleiche Weise an, wie Richter sonst Gesetze anwenden, wenn sie konkrete Fälle zu verhandeln haben. Der Haupteindruck, den man gewinnt, wenn man die Urteile des kommissarischen Høyesteretts und des Volksgerichtshofs vergleicht, ist, dass sich diese in geringem Maße von den Urteilen der ordentlichen Gerichte unterscheiden und zwar sowohl vor, während und nach der Besetzung.

Gründe für das Richterversagen

Die Rolle des Richters und geltendes Recht

Die Erfahrungen, nicht nur in Norwegen, zeigen, dass die Gerichte oft versagen, wenn die Gesellschaft in der Krise autoritäre Gesetze in Kraft setzt. In vielen Fällen, in denen Richter mitwirken, elementare Rechtssicherheitsgarantien außer Kraft zu setzen, stimmen sie mit den autoritären Maßnahmen derjenigen überein, die die Gesetzgebungs- und Verwaltungsmacht beherrschen. Viele Richter in Deutschland waren 1933 vom wirtschaftlichen und sozialen Chaos der Weimarer Republik erschöpft und wollten zur Autorität des Kaiserreiches zurückkehren. Als die Nationalsozialisten die Macht übernahmen, begrüßten sie dies und hatten wenig Mühe, liberale Verfassungsgarantien aufzuheben. Viele befürworteten auch die rassistische Politik gegen die Juden und hielten es für notwendig, Maßnahmen zum Schutz «des reinen deutschen Volkes» zu unterstützen. Deutschlands führende Staatsrechtstheoretiker erhöhten die Nürnberger Gesetze als Teil der ungeschriebenen Verfassung Deutschlands.⁶⁴⁹ In Südafrika machte der Richterstand einen Teil der weißen Elite aus, die die Rassentrennung bereits unterstützte, noch bevor die Apartheid 1949 als offizielle Politik eingeführt wurde. In einem Urteil aus dem Jahre 1934 vertrat der Oberste Gerichtshof die Ansicht, dass eine Unterteilung der Post in eine Abteilung für Weiße und eine Abteilung für Farbige und Schwarze mit «accepted principles and good sense» im Einklang war.⁶⁵⁰ Der Aufar-

649 Siehe hierzu Pauer-Studer und Fink 2014, S. 306, mit Auszügen aus Otto Koellreutter, *Deutsches Verfassungsrecht* (1938).

650 *Minister of Post and Telegraphs v. Rasool*, 1934 AD 167.

beitungsprozess in Norwegen war in großem Maße von Einigkeit geprägt, und die Gerichte stimmten mit der öffentlichen Meinung überein, als sie es unterließen, die rechtliche Grundlage für die Gesetzgebung zum Landesverrat zu überprüfen.

Es ist nicht so, dass nur die Richter mitwirken, die persönlich der autoritären Politik zustimmen. Die meisten Richter der ordentlichen norwegischen Gerichte unter der Besatzung, waren persönlich sicher zutiefst uneinig im Hinblick auf die Legitimität der Gesetzgebung der Nasjonal Samling, die die Auswahl der Schöffen beeinflusste und die Juryordnung beschränkte, sowie hinsichtlich anderer Bestimmungen, die sie auslegten und unter der Besatzung anwandten. Lisa Hilbink interviewte Richter des chilenischen Obersten Gerichtshofes. Nur jeder Sechste unterstützte eindeutig die Militärdiktatur und fast die Hälfte war eindeutig in Opposition. Dennoch trat das Gericht als klarer Befürworter der Diktatur auf.⁶⁵¹ Es liegt in der Rolle des Richters, dass er nach dem Gesetz zu urteilen hat, unabhängig davon, ob er dem zustimmt oder nicht. Robert M. Cover analysierte das Verhalten der Richter in den USA in Fällen entlaufener Sklaven aus der Mitte des 19. Jahrhunderts. Viele der Staaten hatten die Sklaverei abgeschafft. Nach Bundesgesetz waren sie jedoch dazu verpflichtet Sklaven, denen es gelang aus einem Staat, der noch die Sklaverei praktizierte, zu fliehen, den Sklavenhaltern zurückzubringen. Einige der Richter, die dieses Gesetz durchsetzen mussten, waren persönlich gegen die Sklaverei und davon überzeugt, dass dies die tiefste Verletzung der Menschenwürde war. Trotzdem haben sie das Gesetz loyal durchgesetzt.

Viele Richter, selbst in demokratischen Staaten, sind bereit, den Behörden beträchtliche Handlungsspielräume bei der Bekämpfung von Bedrohungen der Sicherheit der Gesellschaft in Situationen einzuräumen, die als krisenhaft wahrgenommen werden.⁶⁵² Es ist bezeichnend, dass unsere zwei großen Staatstheoretiker der Nachkriegszeit Frede Castberg und Johs. Andenæs, beide bereit waren, weitgehende Vollmachten für die Behörden nach dem Ermächtigungsgesetz von 1950 anzuerkennen.⁶⁵³ Diese Vollmachten umfassten die Internierung auf unbestimmte Zeit ohne gerichtliche Kontrolle und die Errichtung eines eigenen Gerichtshofs für Staatsverrat für «Verfahren über Verbrechen gegen Kapitel 8 und 9 des bürgerlichen Strafgesetzbuches, wo die bürgerliche Anklagebehörde Anklage auf Todesstrafe erheben wird» und «Verfahren über Verbrechen gegen die

651 Hilbink 2008, S. 115.

652 Siehe Rehnquist 1998, Kindle edition loc. 3670.

653 Siehe Dokument nr. 11 1950, S. 7.

Kriegsartikel, wenn sie von der bürgerlichen Anklagebehörde angeklagt werden». Die Verfahren vor dem Gerichtshof für Staatsverrat sollten innerhalb von zwei Tagen anberaumt und das Urteil sollte innerhalb von 48 Stunden nach Beginn der Hauptverhandlung verhängt und die Strafe unmittelbar vollzogen werden. Das Verfahren sollte unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden, § 14. Die Entscheidungen des Landesverratsgerichts sollten endgültig sein. Gegen seine Urteile und Beschlüsse konnte kein Rechtsmittel eingelegt werden.

Was veranlasst Richter dazu, ihre Rolle als so rigide wahrzunehmen, dass sie Gesetze administrieren müssen, die das Verständnis von Rechtssicherheits- und Gleichheitsidealen grob verletzen? Es ist zu einfach auf die Rolle des Richters zu verweisen und auf das Ideal, dass es Aufgabe des Richters ist, das Recht anzuwenden, nicht dieses von seiner eigenen Auffassung ausgehend zu schaffen oder zu zensieren. Die Rolle des Richters variiert und gibt Raum für verschiedene Grade an Kreativität des Richters und verschiedene Grade an Selbstständigkeit gegenüber der Gesetzgebung. In einzelnen Fällen können sie Normen unter Hinweis auf ungesetzliche Prinzipien unangewendet lassen. In anderen Fällen findet selbst die drakonischste Gesetzgebung Anwendung.

Es ist zu einfach auf das geltende Recht als Erklärung zu verweisen, denn was ist das geltende Recht? Der Bundesgerichtshof (BGH) akzeptierte dies nicht als Entschuldigung, als er sein Urteil über Kollegen aus der früheren DDR fällte.⁶⁵⁴ Ein ehemaliger Richter des Obersten Gerichtshof der DDR wurde unter anderem angeklagt, zur Verhängung einer Todesstrafe für Personen beigetragen zu haben, die Kontakt mit westlichen Geheimdiensten hatten. Sie wurden wegen Spionage zum Tode verurteilt und hingerichtet, obwohl es sich bei den Taten um weit weniger schwerwiegende Handlungen handelte, etwa um Kurierdienste und die Übergabe von Informationen über observierte russische Militärfahrzeuge, «Hetzerische Tätigkeiten» bei der Verteilung von Flugblättern und dergleichen. Nach Ansicht des BGH rechtfertigte keiner der bewiesenen Umstände des Falls die Anwendung der Todesstrafe.

Der BGH räumte ein, dass der angeklagte Richter «in ein Unrechtssystem eingebunden (war), in dem die Todesstrafen in den abgeurteilten Fällen zum Zwecke vermeintlichen Staatswohls verhängt wurden». Dennoch wurde er dafür verurteilt ein rechtswidriges Urteil verhängt zu haben. Der BGH verwies darauf, dass das Verhängen grob unverhältnismäßiger Urteile rechtswidrig war, dass auch die DDR an das vom alliierten Kontrollrat

654 BGH 5 StR 747/94 – Urteil vom 16. November 1995 (LG Berlin).

für Deutschland am 20.10.1945 erlassene Verbot von Strafen, die gegen Gerechtigkeit oder Menschlichkeit verstoßen, gebunden war und dass das eigene Grundgesetz der DDR die Verwendung anderer Strafen als die Todesstrafe zuließ. Unter diesen Umständen sollte der Richter eine menschenrechtsfreundliche Auslegung von Recht und Rechtspraxis wählen und beging eine strafbare, rechtswidrige Handlung, wenn er unterließ dies zu tun.

Man kann viel über eine solch anachronistische Beurteilung 20 Jahre später sagen und von einem gänzlich anderen Gesellschaftssystem ausgehend als das, in dem sich die DDR-Richter befanden. Dies illustriert jedoch zumindest, dass die Richter in der Regel über einen größeren Handlungsspielraum hinsichtlich der Rechtsquellen verfügen, als den, den sie tatsächlich ausnutzen und der für gewöhnlich eingeräumt wird.

Furcht und Wunsch das geringere Übel zu wählen

Ein Grund, warum Richter autoritäre Machthaber nicht herausfordern, ist wahrscheinlich die Angst vor persönlichen Folgen. Zusätzlich zu den allgemeinen Bedenken hinsichtlich der Karriereentwicklung haben viele Grund zu der Annahme, um ihre persönliche Sicherheit in autoritären Regimen zu fürchten. Es zeigt sich dennoch, dass wenn die Machthaber zuerst auf den Rechtsapparat setzen, sie den Richtern ein großes Maß an Unabhängigkeit einräumen, selbstständige Entscheidungen zu treffen. Ferner üben sie oft ein hohes Maß an Zurückhaltung aus, wenn es darum geht diejenigen Richter zu sanktionieren, die ungelegene Entscheidungen treffen. Auch wenn es in Deutschland unter Hitler nicht viele abweichende Urteile gab, so finden sich dennoch einige wenige Beispiele. Es ist jedoch kein einziger Fall bekannt, in dem ein Richter für seine richterliche Tätigkeit einer Strafe oder Verfolgung durch die SS ausgesetzt war. Die Behörden in Südafrika gestatteten einer Gruppe von Richtern über die ganze Zeit der Apartheid hinweg in ihren Urteilen zu opponieren. Auch die Machthaber in Chile oder Brasilien griffen nicht gegenüber ihren Richtern ein. In Argentinien gab es eine lange Tradition das Oberste Gericht bei einem Regimewechsel auszutauschen. Dies wurde von den Generälen ebenso gehandhabt. Im Übrigen wurden die Gerichte weitestgehend in Frieden gelassen.

Mit anderen Worten, Richter haben oft weniger zu befürchten, als sie vielleicht denken. Aber unabhängig davon: sollten wir die Angst vor persönlicher Sicherheit als ein würdiges Motiv akzeptieren, um den Schutz

von Gerechtigkeit und Rechtsstaatlichkeit vor Übergriffen durch autoritäre Machthaber zu unterlassen? Anlässlich des berühmten Artikels «Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht» von Gustav Radbruch über die Fügsamkeit der deutschen Richter unter der Führung Hitlers, wurde diese Frage in den Diskussionen in Deutschland nach 1945 gestellt. Ein Richter des Berufungsgerichtes in Celle zog diesbezüglich eine Parallele zu anderen Berufen, in denen erwartet wird, dass der Berufsausübende Gefahren trotzt, um wichtige Werte zu schützen, wie etwa im Falle von Seemännern, Feuerwehrleuten, Polizisten und Soldaten. Vor diesem Hintergrund stellte er die Frage, ob nicht dieselbe Anforderung an einen Richter gestellt werden müsste.⁶⁵⁵ Der Rechtsstaat ist es wert, dafür zu kämpfen und die Richter sind seine Wächter.

Neben der Furcht werden wohl viele Richter auch davon motiviert sein, dass sie bei Ausüben ihrer richterlichen Tätigkeit dazu beitragen können, das Regime zu mäßigen, sowie noch größere Übergriffe und Unglücke zu verhindern. Die dänischen Richter befanden sich im Zusammenhang mit der deutschen Besatzung in einer solchen Situation. Das dänische Parlament und die Regierung ließen sich auf eine Verhandlungslinie mit den Deutschen ein und gingen weit, um die Befugnisse über dänische Verhältnisse und dänische Bürger zu behalten. Dies bedeutete, dass die Gesetzgebung verschärft und die Rechtssicherheitsgarantien geschwächt wurden, um Fälle, die die Deutschen als wichtig erachteten, mit ausreichender Strenge und Effektivität behandeln zu können.⁶⁵⁶ In Verbindung mit der Billigung des Kommunistengesetzes durch das Oberste Gericht schreibt Ditlev Tamm:

Zu erwarten, dass der Oberste Gerichtshof 1941 ein von dem Parlament unter außergewöhnlichen Umständen einstimmig beschlossenes Gesetz unangewendet ließe, wäre dasselbe, wie zu erwarten, dass das Oberste Gericht als erstes Staatsorgan von der Verhandlungspolitik Abstand genommen und sich der Widerstandsbewegung angeschlossen – oder eher diese initiiert habe. Der Ausgang des Falls zeigte, dass der Oberste Gerichtshof nicht bereit war, eine solche Rolle zu übernehmen.⁶⁵⁷

Dagegen kann man selbstverständlich einwenden, dass es nicht Aufgabe des Richters ist, die politischen Konsequenzen der Entscheidungen zu be-

655 Figge 1947, S. 179–183.

656 Siehe Tamm 1984, S. 35–36.

657 Tamm 1984, S. 60.

urteilen. Sie sind oft unsicher und angesichts dessen, was wir nun über den Respekt der Deutschen vor der Unabhängigkeit der Gerichte wissen, ist es schlichtweg nicht sicher, dass das dänische Oberste Gericht die Politik der Zusammenarbeit aufs Spiel setzte, indem es gegenüber dem Parlament Grenzen zog.

Die deutschen Richter könnten auch von ähnlichen Motiven geleitet worden sein. Den Richtern waren die Auswirkungen des Doppelstaates wohl bekannt. Dies beinhaltete, dass die Gestapo bereitstand, Freigelassene zu inhaftieren, von denen sie der Ansicht waren, dass diese eine Strafe verdienten. Ferner Personen in Konzentrationslager zu schicken, die ihre Haft verbüßt hatten, aber von denen die Gestapo der Ansicht war, dass ihre Strafe nicht streng genug gewesen war. Manch ein Richter verhängte Hubert Schorn zufolge ein Urteil, bei dem die Beweise eigentlich nicht ausreichten, um die Personen vor den Klauen der Gestapo zu retten.⁶⁵⁸ Die Hauptverteidigung von Franz Schlegelberger, dem obersten Führer der deutschen Justizverwaltung, bestand im Fall vor dem US-Militärtribunal in Nürnberg gerade darin, dass er durch seine Mäßigung zu einer Dämpfung des Regimes beitrug. Das Tribunal stimmte dem zu, maß diesem Umstand dennoch keine Bedeutung für die Bewertung von Schuld und Strafe zu.

In einigen Fällen versuchen Richter möglicherweise, ihre Position zu nutzen, um mit den Führern in einen Dialog zu treten, um das Regime zu ändern und die Repression zu reduzieren. Mark Osiel hat das Verhalten des Obersten Gerichtshofs von Argentinien und Brasilien unter diesem Gesichtspunkt untersucht. Seine Erkenntnis ist, dass der argentinische Oberste Gerichtshof eine Linie verfolgte, in der er den Bedarf an autoritären Maßnahmen im Lichte der außergewöhnlichen Situation, die den Hintergrund des Militärputsches bildete, akzeptierte.⁶⁵⁹ Dies gab ihm die Gelegenheit, vom Staat den Nachweis zu verlangen, dass eine Maßnahme in jedem Fall notwendig und verhältnismäßig war und die Argumentations- und Beweislast den Behörden aufzuerlegen. Auf diese Weise versuchte er mildernd auf die Unterdrückung zu wirken. Es ist eine andere Sache, dass dies wenig effektiv war. Zum einen unterließ das Gericht es Konsequenzen aus seiner Vorgehensweise zu ziehen, indem es in geringem Maße die Freilassung einer Person forderte, wenn die Behörden nicht ihrer Argumentations- und Beweislast nachkamen. Zum anderen veranlasste der Ansatz des Gerichtes die Behörden dazu immer mehr ihrer Übergriffe gänzlich außerhalb des ordentlichen Rechtsapparates in Form von «Verschwindenlas-

658 Schorn 1959, S. 32–34.

659 Osiel 1995, S. 519–520.

sen» oder reinen Mordes, ausgeführt von militärischen und paramilitärischen Gruppen, vorzunehmen.

Der brasilianische Oberste Gerichtshof wendete eine konfrontativere Linie an, in der er das Eingreifen der Behörden gegen das Gesetz direkt überprüfte. Dies führte dazu, dass die Behörden das Gesetz und die Verfassung, wo es notwendig war, änderten. Der Gerichtshof ging dann dazu über, die Gesetzgebung im Lichte der dem Recht «zu Grunde liegenden Prinzipien» und des Naturrechts zu überprüfen. Dies stieß bei den Behörden auf keine große Resonanz. Osiel ist jedoch der Ansicht, dass das oberste Gericht einen Dialog mit weiteren Teilen der Elite geführt hat, beispielsweise mit dem Parlament, welches in zunehmenden Maße Skepsis gegenüber der Militärführung zeigte.⁶⁶⁰ Eine Gegenreaktion von Seiten der Machthaber bestand darin, die Militärgerichte mit der Kompetenz auszustatten, auch in Verfahren gegen Zivilpersonen zu urteilen. Auf diese Weise konnten sie die ordentlichen Gerichte umgehen.

Die Autorität der Machthaber

Furcht, der Glaube an die Möglichkeit das Regime zu mäßigen, etwa durch Argumentation und Dialog, indem man dazu beitrug noch schlimmere Unterdrückung zu verhindern, sind einige der Erklärungen, die Richter selbst geben. Hinzu kommt die Autorität, die die Machthaber trotz allem durch ihre Kontrolle über den Gesetzgebungsapparat besitzen. Die Machthaber in Hitlers Deutschland, in Südafrika während der Apartheid sowie in Brasilien und Chile legten großen Wert darauf, dass die Machtausübung legal war. In der Folge akzeptierten auch die Gerichte die Machtausübung als legal und legten sie ihren Entscheidungen zu Grunde. Dies hat viele dazu veranlasst, die Beteiligung der Gerichte mit der Tatsache zu erklären, dass der Rechtspositivismus die vorherrschende Theorie über das Recht war. Ein genauerer Blick auf die historischen Umstände zeigt, dass dies nicht stichhaltig ist. Die Rechtsideologie der Nationalsozialisten war alles andere als rechtspositivistisch und die Gerichte in Brasilien, die trotz allem hauptsächlich an der Unterdrückung durch die Junta mitwirkten, basierten auf naturrechtlicher Theorie.

Ein Kern Wahrheit liegt dennoch im Positivismus als Erklärung, wenn man die Autorität der Machthaber als gleichbedeutend mit dem Gesetz versteht. Die Richter in Deutschland deuteten das alte Recht um, um die-

660 Osiel 1995, S. 536–537.

ses in Einklang mit den Forderungen des neuen Regimes zu bringen. Und die Richter in Südafrika gingen über den Gesetzeswortlaut hinaus, um das Gesetz zu einem möglichst wirksamen Instrument für die Bedürfnisse und Absichten des Apartheid-Regimes zu machen. Was viele mit Rechtspositivismus erklärt haben, kann vielleicht besser mit dem Gehorsam gegenüber einer Autorität erklärt werden. So können die Erklärungen, die die sozialpsychologische Forschung entwickelt hat, um die Mitwirkung des gewöhnlichen Volkes an Grausamkeiten zu erklären, auch dazu beitragen, die Mitwirkung der Richter an der Aufrechterhaltung einer autoritären Regierungsführung zu erklären. Wie andere tun sie auch das, was die Autoritäten von ihnen erwarten und für Richter haben diejenigen, die den Gesetzgebungsapparat beherrschen, große Autorität.

In den Diskussionen seiner Versuche hinsichtlich Gehorsamkeit gegenüber Autoritäten verwies Stanley Milgram auf das, was er Bindungsfaktoren und gedankliche Anpassung nannte, als Erklärung für den hohen Grad an Gehorsam, den er bei den Versuchspersonen beobachten konnte.⁶⁶¹ Faktoren, die Menschen an Gehorsam binden, sind solche wie allgemeine Höflichkeit, der Wunsch die Zusage zu erfüllen, die sie eingegangen sind, um an dem Experiment teilzunehmen und die Unannehmlichkeit, die es mit sich bringt, sich zurückzuziehen. Diese Faktoren beeinflussen auch eindeutig die Situation des Richters in Form von Rollenerwartungen sowie hinsichtlich des Erlebnisses sich aus einer sowohl rechtlichen wie auch moralischen Verpflichtung heraus, nach dem geltenden Recht zu richten. Darüber hinaus gibt es kollektive Faktoren, die einen sozialen Druck auslösen – wie etwa die Zurückhaltung, aus einer professionellen und kollektiven Gemeinschaft auszubrechen und die Solidarität, die darauf hindeutet, dass man sich nicht zurückziehen sollte und die unangenehmen Entscheidungen anderen überlassen sollte.

Richter begründen ihre Entscheidungen mit dem geltenden Recht. Es ist dennoch eine offene Frage, inwiefern ihr Standpunkt zum Recht Ursache des Ergebnisses ist, zu dem sie letztlich gelangen und wie weit das Ergebnis ihren Standpunkt zum Recht bestimmt. Das Recht ist oft nichts Festgelegtes und Objektives und die Ansicht darüber, was geltendes Recht ist, kann sich ändern, gerne in Verbindung mit einem einzelnen Fall. Eine konkrete Untersuchung des Entscheidungsverhaltens deutet darauf hin, dass viele der Normen, die scheinbar eine Entscheidung leiten, von den Rechtsanwendern selbst während des Entscheidungsprozesses geschaffen

661 Milgram 2004, S. 17.

werden, ohne notwendigerweise aus bewussten Prozessen zu resultieren.⁶⁶² Insbesondere in Fällen, in denen der Richter unter starkem psychologischem Druck steht, kann die Sichtweise auf das geltende Recht das Ergebnis dessen sein, was Milgram als gedankliche Anpassung charakterisiert. Eine Studie von amerikanischen Richtern in der Mitte des 19. Jahrhunderts über Fälle von Festnahme und Rückführung entfloherer Sklaven zeigt, wie bereits erläutert, dass selbst Richter, die persönlich Gegner der Sklaverei waren, die Bedeutung der Regeln, die Sklavenbesitzern das Recht einräumten, geflüchtete Sklaven zurückzuholen, für das US-Verfassungssystem unterstrichen und damit dazu beitrugen, diese Regeln auch in Staaten durchzusetzen, die die Sklaverei abgeschafft hatten.⁶⁶³

Eine Reihe institutioneller Faktoren deuten in die gleiche Richtung. Die Richter sind Teil einer Hierarchie, in der der Druck sich unterzuordnen groß ist. Richter, die abweichende Urteile verhängen riskieren, dass diese von einer höheren Rechtsinstanz aufgehoben werden. In vielen Ländern hat ein Teil der höheren juristischen Beamtenpositionen ein hohes Maß an Autorität inne, wie etwa der Riksadvokat und der Regjeringsadvokat in Norwegen. Autoritäre Machthaber legen oft großen Wert darauf, sich die Loyalität solcher Schlüsselinstitutionen zu sichern, zum Beispiel durch «court packing» des Obersten Gerichts des Landes, um sich dort die Mehrheit für ihre Politik zu sichern.

Dazu kommen Mechanismen, die von Jonathan Glover als «entrapment» und «moral blindness» beschrieben wurden.⁶⁶⁴ Der Richter ist in einer Situation gefangen, aus der es nicht leicht ist, ohne organisierten und kollektiven Widerstand zu entkommen. Es ist fast unmöglich, sich einen solchen Widerstand vorzustellen. Für die Unterdrückung durch das Regime ist es kaum von Bedeutung, ob der einzelne Richter sich weigert oder Widerstand leistet. So erließ etwa der deutsche Richter Lothar Kreyssig⁶⁶⁵ 1940 ein Verbot gegen die Überführung psychisch kranker Personen, über die er eine Vorsorgevollmacht hatte. Der Grund war, dass er festgestellt hatte, dass Patienten in spezielle Einrichtungen gebracht wurden, um im Rahmen des Euthanasie-Programms der Nationalsozialisten vergast zu werden. Er wurde zu einem Treffen ins Justizministerium vorgeladen und fragte dort, ob sein Fall nicht einer von vielen sei, da es in Deutschland

662 Siehe näher Graver 2008, S. 66–67.

663 Cover 1974, S. 229.

664 Glover 2012, Kap. 19.

665 Zu Lothar Kreyssig vgl. Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare Juristen, Baden-Baden 1988, S. 342 ff.

1.400 Richter mit denselben behördlichen Aufgaben gab. Er war niedergeschlagen, als ihm zu Ohren kam, dass er der einzige war, der protestierte.⁶⁶⁶

Auf der anderen Seite kann es von großer Bedeutung sein, wie repressive Maßnahmen aufgefasst werden, wenn Richter zum ersten Mal mit diesen konfrontiert werden. Die deutschen Richter waren im März 1933 passive Zeugen als die SA-Trupps in die Gerichtsgebäude stürmten und die jüdischen Kollegen und Anwälte mit Macht hinauswarfen. Am Tag danach, dem 1. April, erhielten sie vom Justizministerium die Weisung die jüdischen Richter zwangsweise zu beurlauben und jüdischen Anwälten den Zugang zu den Gerichtsgebäuden zu verweigern. Die Weisung wurde von den Vorsitzenden der Gerichte über ganz Deutschland effektiv umgesetzt. Auffallend genug wussten sie ganz genau, welche Personen von der Weisung erfasst waren.⁶⁶⁷ Am 7. April 1933 wurde das Gesetz erlassen, welches Juden und Sozialdemokraten aus dem öffentlichen Dienst entfernte. Die Gerichtsvorsitzenden erhielten den Auftrag Listen zu erstellen, in denen auch angegeben war, wer unter die Ausnahmestimmungen des Gesetzes fiel; diejenigen mit langen Dienstzeiten und diejenigen, die im Ersten Weltkrieg Dienst an der Front geleistet hatten. Diese Entscheidung oblag dem Justizministerium. Ihre Mitwirkung erschwerte es den Richtern in der Folgezeit gegen diskriminierende Maßnahmen zu protestieren. Die norwegischen Richter erhielten im Oktober 1942 den Auftrag, eine Liste aller Immobilien zur Verfügung zu stellen, die sich möglicherweise im Eigentum von Personen jüdischer Herkunft befanden. Die meisten Richter folgten dem Aufruf. Wie wäre es ausgegangen, wenn sie in der nächsten Runde als Nachlassgericht den Auftrag erhalten hätten, die jüdischen Wohnungen zu verwalten?

Im Vergleich dazu protestierten die belgischen Richter aktiv, als die deutschen Besatzungsbehörden die Absetzung ihrer jüdischen Kollegen forderten. Die belgischen Richter waren auch die einzigen, die während der deutschen Besatzung rechtliche Methoden und Argumente verwendeten, um der Implementierung antijüdischer Gesetze in nationales Recht aktiv entgegenzuwirken.⁶⁶⁸

666 Bericht des Amtsgerichtsrats i. R. Dr. Lothar Kreyssig vom 16.10.1969, S. 5, Institut für Zeitgeschichte München-Berlin, Kreyssig, Dr. Lothar ZS-1956 <http://www.ifz-muenchen.de/archiv/zs/zs-1956.pdf> (zuletzt abgerufen am 22.04.2015).

667 Bergemann und Ladwig-Winters 2004, S. 18.

668 Siehe Fraser 2009, S. 211.

Der Rechtsstaat und das richterliche Selbstverständnis

Die besten Lösungen

Wie kann es für Richter möglich sein, ihre rechtlichen Grundwerte über Bord zu werfen und zu einem Instrument willkürlicher Machtausübung zu werden, während sie gleichzeitig ihr Selbstverständnis als Schützer des Rechts aufrechterhalten? Einige werden vielleicht die Problemstellung zurückweisen und behaupten, es handele sich um eine rein ideologische Verschleierung. Ich glaube jedoch, dass es tiefer als das geht und viele Richter tatsächlich aufrichtig meinen, selbst in solchen Situationen das Recht und den Rechtsstaat zu beschützen. Ferner glaube ich, dass ein Teil der Erklärung darin liegt, dass Veränderungen, wie Juristen ihr Amt ausüben, nicht die Art und Weise betreffen, wie sie das tun. Vielmehr verändert sich der Hintergrund für ihr Handeln und die daraus resultierenden Konsequenzen. Eine rhetorische Rechtstheorie und eine Analyse der rhetorischen Situation können dies besser beleuchten.⁶⁶⁹

Die Richter lassen sich davon überzeugen, dass die von ihnen befürworteten Lösungen, die rechtlich besten sind, auch wenn diese von außen betrachtet, entsetzlich erscheinen. Um dies näher zu beleuchten, kann es von Vorteil sein, einen Blick über die Situation der norwegischen Richter während der Besatzung hinaus, zu werfen. In den ordentlichen Gerichten und im allgemeinen Recht gab es trotz allem nicht so viele Änderungen und die Sondergerichte liefern nur wenig und spezielles Material. Indem wir uns allgemeiner damit befassen, wie Richter damit umgehen, für ein autoritäres Regime als Richter tätig zu sein, erhalten wir möglicherweise dennoch einen tieferen Einblick in das, was in Norwegen geschah. Ein wichtiger Teil des juristischen Selbstverständnisses ist, dass der Richter nach dem Recht urteilen soll. Er sollte weder darauf, was der Macht nützt noch auf seine eigenen Vorstellungen von Moral oder Politik achten. Zu ihrer Verteidigung gegen den Anklagevorwurf der Mitwirkung äußerten südafrikanische Richter in der Wahrheits- und Versöhnungskommission nach dem Zusammenbruch des Apartheidregimes:

Ein Richter, der sich berechtigt sieht, den Richterschwur zu missachten, wenn er in Konflikt mit seiner eigenen Auffassung gerät, ist kein Held, was auch immer der Grund für seine Auffassung ist, dass er sich

669 Zur allgemeinen Darstellung einer rhetorischen Rechtstheorie, siehe Graver 2008.

links, im Zentrum oder rechts des politischen Spektrums befindet. Ein solches Verhalten ist ohne jegliche Integrität und impliziert einen egozentrischen Machtmissbrauch. Ein Richter, der vor solch eine Situation gestellt wird, hat nur zwei Optionen: Entweder zurückzutreten oder sich den Anforderungen des Amtes zu beugen.⁶⁷⁰

Die Autonomie des Rechts wurde von den meisten als wichtiges Merkmal eines Rechtsstaates und als ein wichtiger Garant für die Rechtssicherheit angesehen. Aber manchmal funktioniert es umgekehrt. Unter dem Vorwand, nicht in Politik oder Moral eingreifen zu müssen, kann dieses Verständnis den Dienst der Richter für repressive Regime legitimieren.

Doxa

Aristoteles unterstreicht in seiner Rhetorik, dass man seine Argumentation auf den Auffassungen basieren sollte, die die Gruppe, an die man sich wendet, teilt.⁶⁷¹ Es hat keinen Sinn, etwas zu diskutieren das weder jetzt noch in der Zukunft anders sein kann. Rechtliche Argumente, Überlegungen und Schlussfolgerungen basieren darauf, was jeder für selbstverständlich hält.

Das was als selbstverständlich angenommen wird und implizit in den gemeinsamen Voraussetzungen zu finden ist, prägt Schlussfolgerungen, indem es bestimmt, wie Akteure ihre Situation verstehen, welche Alternativen sie wahrnehmen und wie sie generelle Prinzipien und Normen deuten.⁶⁷² In der rhetorischen Fachterminologie bezeichnet man dies als *doxa*, abgeleitet vom griechischen *dokein* – das Erwartete oder das Scheinbare.

Doxa nimmt als Element des rhetorischen Schlusses, des sogenannten Enthymem, eine zentrale Rolle in der rhetorischen Theorie ein. Dies unterscheidet die Rhetorik vom logischen Schluss. Während eine logische Schlussfolgerung auf geäußerten Prämissen beruht, ist die generelle Prämisse dem Enthymem immanent. Rhetorische Schlussfolgerungen basieren auf dem, was wahr oder glaubwürdig erscheint, das heißt im Allgemeinen angenommene Meinungen.⁶⁷³

670 Submission to the South African Truth and Reconciliation Commission by the following members of the Supreme Court of Appeal: Mr. Justice J W Smalberger, Mr. Justice C T Howie, Mr. Justice R M Marais, and Mr. Justice D G Scott.

671 Aristoteles, Rhetorik 1359 b.

672 Siehe Pauer-Studer und Velleman 2011, S. 336.

673 Siehe näher Ø. Andersen 1995, S. 148–149.

Doxa entspricht dem, was in der Hermeneutik als Vorurteile bezeichnet wird. In diesem Zusammenhang ist dies ein rein technischer Begriff, der nicht so belastet ist, wie etwa das Wort «Vorurteile» im gewöhnlichen Sprachgebrauch. Wie der dänische Rhetorikforscher Jørgen Fafner erläutert, sind Rhetorik und Hermeneutik zwei Seiten derselben Sache; während die Rhetorik davon handelt zu sprechen und zu schreiben, geht es in der Hermeneutik darum, zuzuhören und zu lesen.⁶⁷⁴ Doxa ist auch eng mit der sogenannten «Rechtskultur» verwandt. Da die Rhetorik jedoch mit den Überzeugungselementen in der rhetorischen Situation verknüpft ist, weist das Doxa-Konzept auf ein dynamisches Element hin, das häufig verloren geht, wenn über Vorurteile und Kultur gesprochen wird. Wie auch die rhetorische Situation veränderbar ist, so sind auch die Doxa veränderbar. Was in einer Situation als beständig und selbstverständlich erscheint, kann in einer anderen Situation gänzlich anders erscheinen. Auf diese Weise können selbst Werte und Ansichten, die wir oft mit den Kernstrukturen des Rechts verbinden, wie das Legalitätsprinzip und Gleichheit vor dem Gesetz, sich im Laufe eines Augenblicks in Luft auflösen.

Der Einfluss der Doxa ist innerhalb der eigenen Zeit und Tradition oftmals schwierig zu erkennen. Situationen, in denen unsere eigenen Normen als verzerrt erscheinen, liefern gute Anhaltspunkte, da wir vergleichen können, wie gemeinsame Normen und Moralvorstellungen in unterschiedlichen Situationen zu gänzlich unterschiedlichen Ergebnissen führen. Deutschland unter dem NS-Regime eignet sich als Vergleichsbasis.

Viele Deutsche agierten innerhalb eines wohlgeordneten moralischen Universums aus Pflicht, Ehre, Loyalität und Treue. Die Philosophen Pauer-Studer und Velleman haben im Rahmen ihres Forschungsprojekts zur verzerrten Normativität darauf hingewiesen, dass die Vernichtung der Juden durch die Nationalsozialisten in dieser Zeit nicht auf die mangelnde Moral Deutschlands zurückzuführen oder von einem nihilistischen Geist geprägt war, in dem alles erlaubt war. Die Teilnehmer an der Erschießung von Männern, Frauen und Kindern an der Ostfront und an der Vergasung in den Massenvernichtungslagern glaubten, dass sie moralisch handelten und schwerwiegenden moralischen Verpflichtungen nachkamen.⁶⁷⁵ Um zu verstehen, wie diese Menschen ihr moralisches Universum auf den Kopf stellen konnten, so dass das Töten eine moralische Pflicht wurde, müssen wir in den Blick nehmen, wie moralische Urteile und Schlussfolgerungen von der Situation und dem Verständnishorizont, in dem normative Überlegun-

674 Siehe Fafner 1997, S. 7–19.

675 Pauer-Studer and Velleman, S. 330.

gen vorgenommen werden, geprägt werden. Um Pauer-Studer und Velleman zu zitieren:

The explanation we will offer is that these perpetrators mischaracterized their situations and consequently misinterpreted and misapplied the guidelines of their conventional morality. Even if fundamental principles remain intact in their abstract form, there can still be a moral inversion such as Arendt describes. Abstract principles must be given a socially relevant interpretation, and they must then be applied by agents with socially inculcated habits of moral perception. It was at these stages that things went wrong in the Third Reich.⁶⁷⁶

Selbst wenn dies wohl nicht die einzige Erklärung ist, und selbst wenn viele sicher aus anderen Vorstellungen als der Moral handelten, verweisen Pauer-Studer und Velleman auf einen Aspekt, der nach und nach relativ breite Zustimmung als Erklärungsmodell erhalten hat. Die deutsche Rassenideologie und die Betonung der sowohl schützenswerten wie bedrohten deutschen Volksgemeinschaft wurden als gegeben und selbstverständlich akzeptiert. Diese wandelte sich, wie Arne Johan Vetlesen es ausdrückte, von einer rein ideologischen Voraussetzung für die nationalsozialistische Rechts- und Moralauffassung hin zu einem Teil der *second nature* der Bürger.⁶⁷⁷ Mit diesem Ausgangspunkt, wurde auch mit dem Fortschreiten des Krieges das Töten zu einer moralischen Pflicht.

Doxa prägen nicht nur moralische Urteile, sondern sind für Beurteilungen ganz allgemein von Bedeutung. Damit sind sie auch für juristische Einschätzungen und die Bestimmung geltenden Rechts von Bedeutung. Dies können wir deutlich erkennen, indem wir die Urteile der deutschen Gerichte nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten im Januar 1933 analysieren. Es existierte eine Kontinuität sowohl hinsichtlich des Gerichtspersonals wie auch der Rechtsquellen bis in die nationalsozialistische Diktatur hinein. Anders als beispielsweise der Anwaltsstand oder die juristischen Bildungseinrichtungen, in denen rund 30 Prozent der Belegschaft 'gesäubert' wurden, weil sie Juden oder politisch unzuverlässig waren, waren die Gerichte nur in geringem Maße von den Säuberungen der Nationalsozialisten betroffen. Es war lediglich eine kleine Minderheit der Richter, die Juden oder aktive Sozialdemokraten waren.

Damit kann nicht behauptet werden, dass die Urteile, die in den ersten Jahren der nationalsozialistischen Führung verhängt wurden, von Rich-

⁶⁷⁶ Pauer-Studer and Velleman, S. 334.

⁶⁷⁷ Vetlesen 2014, S. 125.

tern verkündet wurden, die von den Nationalsozialisten handverlesen waren.⁶⁷⁸ Allmählich wurden viele Richter von den neuen Machthabern ernannt. Abgesehen von den politischen Positionen im Volksgerichtshof und den Gerichtspräsidenten in den ordentlichen Gerichten beruhten die Ernennungen hauptsächlich auf fachlichen und nicht auf politischen Kriterien. Die Juristen, die während der nationalsozialistischen Diktatur Urteile verhängten, waren daher im Großen und Ganzen fachlich gesehen nicht von Juristen zu unterscheiden, die ihren Dienst in den Gerichten vor der Machtübernahme Hitlers verrichteten. Das Naziregime übernahm die Richter der Weimarer Republik.

Juristen und ihr verzerrtes Weltbild

Wie konnten Richter, die sich als Teil einer stolzen deutschen rechtsstaatlichen Tradition begriffen, dem nationalsozialistischen Terrorregime zur Hand gehen? Die einfache Erklärung wäre gewesen, sie hätten ihre juristische Professionalität aufgegeben und sich als reine Handlanger für die nationalsozialistischen Machthaber zur Verfügung gestellt. Dies war die Erklärung, die das amerikanische Militärtribunal in Nürnberg im Verfahren gegen die Leiter des Justizwesens der Nationalsozialisten gab.⁶⁷⁹

Nähere Untersuchungen zeigen, dass diese Erklärung nicht haltbar ist. Die Richter waren daran beteiligt, das Gericht als einen Teil des Macht- und Unterdrückungsapparates umzuformen und zwar nicht, indem sie die juristische Arena verließen, sondern gerade, indem sie als Juristen auftraten. In ihrer juristischen Methode und ihrem rechtlichen Argumentationsmuster unterschieden sie sich nicht wesentlich von ihren Vorgängern und insofern weder von den heutigen deutschen, noch von den nordischen Juristen. Es ist daher treffend, was Bernd Rüthers in seiner umfassenden Studie zur rechtlichen Transformation des Privatrechts während der NS-Zeit sagt:

Auf diese Weise konnte (...) das methodische Instrumentarium, mit dem die Umdeutungen ganzer Rechtsordnungen jeweils bewerkstelligt wurden, im jeweils neuen System scheinbar unbefangen übernommen und fortgeführt werden. Als anerkannter juristischer Methodenspezialist in zwei gegensätzlichen Verfassungssystemen zu wirken, er-

678 Siehe Angermund 1990, S. 54.

679 Siehe Wilke 2009, S. 181–201.

schien unproblematisch, weil die historischen, ideologischen und politischen Funktionen juristischer Berufe aus der Juristenausbildung und aus dem Blickfeld der Justiz bewusst und konsequent ausgeblendet wurden und werden.⁶⁸⁰

Was die deutschen Juristen nach der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten diskutierten war, welche der bereits bekannten juristischen Methoden sie anwenden sollten, und nicht welche moralischen Implikationen die Umformung des Rechts nach dem Programm der Nationalsozialisten hatte. Durch diese konsequente Methode wendeten sie sich in einigen Fällen an den Gesetzgeber, wenn es zum Beispiel darum ging, den Juden ihre Rechte zu entziehen. Die Juden wurden im juristischen Sinne von den Gerichten für tot erklärt, lange bevor ihre Ausrottung als «Endlösung» von den nationalsozialistischen Machthabern lanciert wurde und auch bevor der Gesetzgeber den Juden alle Rechte entzogen hatte.

Einem Urteil des Reichsgerichtes aus dem Jahre 1936 zufolge, waren die Juden bereits vom Frühjahr 1933 rechtlich gesehen als tot zu betrachten, bevor ein rassendiskriminierendes Gesetz von Adolf Hitler erlassen worden war.⁶⁸¹ In einem Vertrag vom 24. Februar 1933 ging es um die gesamten Rechte an dem Drehbuch «Odysseus Heimkehr». Die Rechte umfassten Dienste für den Regisseur «Ch», der auch Verfasser des Drehbuches war. Bestandteil des Vertrages war eine Klausel, die der Klägerin das Recht zur Vertragskündigung gab, falls Ch «aufgrund Krankheit, Todesfall oder einer ähnlichen Ursache» außer Stande sein sollte den Regieauftrag zu vollenden. Die Klägerin war sich bei Vertragsabschluss darüber im Klaren, dass Ch Jude war. Am 5. April kündigte sie den Vertrag mit der Begründung, Ch könne den Regieauftrag nicht ausführen und forderte die Rückerstattung des von ihr gezahlten Vorschusses. Sie argumentierte, dass die Tatsache, dass der Film aufgrund veränderter Einstellungen zu von Juden geschaffenen Werken nun von der öffentlichen Präsentation ausgeschlossen wurde, bedeutete, dass Ch aus Gründen, die seine Person betrafen, den Regieauftrag nicht ausführen konnte. Die Ausstellung von Werken, die mit der Beteiligung von Juden geschaffen wurden, wurde ferner später per Gesetz verboten. Der Beklagte bestritt, dass der Umstand das Ch Jude war, einen Kündigungsgrund darstellte. Bei den Verhandlungen über die entsprechende Klausel war nur von körperlichen oder geistigen Leiden die Rede gewesen. Die Beschwerdeführerin hatte keine Einwände dagegen,

680 Rütters 2011, S. 517.

681 RG., 1 Siv.Sen., 27. Juni 1936, Seufferts Archiv 91, 65.

dass der Film von einer Person jüdischer Herkunft geschrieben wurde und diese auch Regie führte. Der Vertrag wurde auch geschlossen, nachdem Hitler am 30. Januar an die Macht gekommen war, so dass die Beschwerdeführerin mit den Entwicklungen in Bezug auf die Position der Juden bestens vertraut war.

Das Reichsgericht bestätigte das Recht der Klägerin auf Vertragskündigung. Es wies auf die tiefgreifende Änderung in der öffentlichen Meinung hin, was die Stellung der Juden in Deutschland betraf und auf den Willen des gesamten Volkes, was es unmöglich mache Juden bei der Vorführung eines Filmes einzusetzen. Der Umfang der Befugnisse der juristischen Personen sei rassenmäßig bedingt, befand das Gericht, und nur das deutsche Blut könne als rechtlich vollwertig angesehen werden. Es verwies auf frühere fremdenrechtliche Ausführungen und stellte fest, dass man diejenigen, die vollständig rechtlos waren, mit den Toten gleichstellte, da ihre Rechtspersönlichkeit gänzlich zunichtegemacht sei. Dies beinhaltete, dass wenn der Vertrag dem Auftraggeber ein Kündigungsrecht bei Krankheit oder Tod des Regisseurs einräumte, so konnte man die vorliegende Situation mit Chs Tod gleichstellen und die umstrittene Klausel auf die vorliegenden Umstände anwenden. Die Klausel zielte genau auf erwartbare Umstände ab, die an die Person Chs geknüpft waren. Eine der Gründe, warum der Klägerin insistiert hatte, die Klausel in den Vertrag aufzunehmen, war, dass Ch einen früheren Regieauftrag aufgrund eines Nervenzusammenbruchs hatte abbrechen müssen. Der Aufhebung stand daher nicht entgegen, dass der Auftraggeber hatte vorhersehen können, dass die Machtübernahme durch die Nationalsozialisten der Filmproduktion Steine in den Weg legen könnte.

Wie bereits aufgezeigt, lag der Keim einer entsprechenden Entwicklung auch im norwegischen Recht in der Rechtsauffassung und Rechtsquellenlehre der nationalsozialistischen Juristen. Der große Unterschied zu Deutschland lag damit nicht im juristisch-technischen, sondern an dem Umstand, dass die nationalsozialistische Ideologie in Norwegen eine Ideologie der Minderheit war. Dies hinderte jedoch die gewöhnlichen norwegischen Gerichte nicht daran, die nationalsozialistische Gesetzgebung als geltendes Recht anzuwenden.

Der Zusammenbruch des Rechtsstaats

Der junge Rechtsreferendar am Kammergericht in Berlin, Sebastian Haffner, beschreibt lebhaft den rechtsstaatlichen Zusammenbruch, der sich im

Laufe weniger Wochen im April 1933 am Kammergericht in Berlin vollzog.⁶⁸² Haffner berichtet von einem jungen Juristen des Amtsgerichts, der als Ersatz für einen der jüdischen Richter des Gerichts eingetreten war, welcher sein Amt verlassen musste.

Haffner wohnte den Sitzungen des Gerichts bei. Die Verhandlungen waren oft merkwürdig. Das neue Mitglied des Gerichts präsentierte frisch und selbstbewusst Auslegungen und Punkte, die den anderen unbekannt waren. Haffner und die anderen Rechtsreferendare verdrehten die Augen, während er sprach. Schließlich unterbrach der Gerichtsvorsitzende mit ausgesuchter Höflichkeit und machte ihn darauf aufmerksam, dass es kein Schaden sei § 816 des BGB in den Blick zu nehmen. Daraufhin sah der neue Richter leicht beschämt aus, blätterte rasch im Gesetzbuch und räumte ein «Ah ja, selbstverständlich. Dann ist es wohl genau das Gegenteil». So triumphierte das alte Gericht. Aber es gab andere Fälle, in denen der Neue nicht daneben lag, sondern wohlklingende Beiträge darüber hielt, wie der Gesetzeswortlaut dem Geist des Gesetzes weichen müsse. Er wies seine Kollegen mit Zitaten von Hitler an und bestand darauf, dass das Gericht zu einem Ergebnis komme solle, das eindeutig unhaltbar war. Es war peinlich die Gesichter der älteren Richter des Kammergerichts zu sehen. Sie sahen mit deutlich abweisendem Ausdruck auf ihre Notizen herab, während sie nervös mit Bleistiften, Büroklammern oder einem Stück Löschpapier spielten. Sie waren es gewohnt solche Kandidaten für diese Art von Schluderei, die als äußerste juristische Weisheit präsentiert wurde, nicht zum zweiten Staatsexamen zuzulassen. Nun aber wurde Weisheit mit der Drohung untermauert, das Amt und den Lebensunterhalt zu verlieren und in die Konzentrationslager geschickt zu werden. Sie räusperten sich, baten um Respekt für das Gesetzbuch und versuchten das bisschen zu retten, was gerettet werden konnte. Im Laufe von Wochen war das stolze Gericht als selbstständige Institution zusammengebrochen.

Als die Richter herausgefordert wurden, beugten sie sich und stellten bei der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten und das Außerkraftsetzen der Weimarer Verfassung keine Fragen. Es ist möglich, dass die Ursache dafür sowohl Furcht um die eigene Sicherheit, wie auch die Hoffnung war, dass die Nationalsozialisten wieder eine Ordnung herstellen würden nach dem Chaos, welches in den turbulenten Jahren der Weimarer Republik herrschte. In den Normen und der Rechtsstaatsideologie eingebettete Schranken waren indessen für diese Entwicklung kein Hindernis. Ganz im Gegenteil waren es die Schranken selbst, die verschwanden.

682 Haffner 2002, S. 189.

In den Jahren, die folgten, waren die Gerichte was die Entwicklung von Diskriminierung gegen Juden innerhalb des Familienrechts, des Arbeitsrechts und des Vertragsrechts betraf, im Voraus. Die neuen Auslegungen, führten dazu, dass «keine Strafe ohne Gesetz» in «kein Verbrechen ohne Strafe» umgewandelt wurde, dass Juden keine bürgerlichen Rechte mehr innehaben konnten oder sich dagegen wehren konnten, dass Verträge mit der Begründung aufgehoben wurden, dass sie Juden waren. Dies sowie eine Reihe anderer radikaler Transformationen wurde von Kanzeln der Universitäten als Recht doziert, in Lehrbüchern und Gesetzeskommentaren geschrieben und von den Gerichten zu Grunde gelegt.

Hier waren die tieferen Strukturen und Werte des Rechts leicht austauschbar. Verankerte Werte wie Gleichheit vor dem Gesetz und das Legalitätsprinzip zur Machtverteilung fielen im Verlaufe einiger stürmischer Wochen im Frühling 1933 wie ein Kartenhaus zusammen. Die Doxa veränderten sich auf einen Schlag. Wie konnte das geschehen?

Wie normale Menschen zu Massenmördern werden

Menschen handeln nicht in Isolation. Einstellungen, Motive und Werte werden in sozialen Zusammenhängen gebildet, in denen politische, soziale und psychologische Faktoren einfließen. Harald Welzer weist in seinem Buch darauf hin, wie Menschen zu Massenmördern werden können, dass wenn eine Gruppe Übergriffen ausgesetzt ist, dies oft das Ergebnis eines sozialen Prozesses ist, in dem sich die Werte und Einstellungen der Gesellschaft gegenüber der Gruppe verändert haben.⁶⁸³ Dies geschah in Deutschland in den 1930er Jahren gegenüber den Juden, in Jugoslawien gegenüber Kroaten, Bosniern und Kosovo-Albanern in den 1990er Jahren, gegenüber Muslimen in vielen westlichen Ländern nach dem 11. September 2001 und dies geschieht in der heutigen Zeit gegenüber Roma und Ausländern mit illegalem Aufenthalt.⁶⁸⁴ Solche Einstellungsänderungen müssen nicht die gesamte Gesellschaft umfassen, sondern können in Subkulturen entstehen und gefunden werden, beispielsweise innerhalb der Polizei und der Strafverfolgungsbehörde gegen bestimmte Personengruppen.⁶⁸⁵

683 Welzer 2007, Kindle edition location 169–197.

684 Siehe Korando 2012, S. 125–147.

685 Siehe Otto Kirchheimer: «each society has such islands where the rule of law is at best uncertain, conjectural and often nonexistent», Kirchheimer 1961, S. 322.

Diese Art von Haltungen schafft Möglichkeiten Menschen als zugehörig zu «uns» oder «jenen» zu betrachten und «jene» als etwas zu definieren, was außerhalb der gewöhnlichen Normen und Regelungen steht, die die Rechtssicherheit wahren sollen. In Ländern, die während des Zweiten Weltkrieges von Deutschland besetzt waren, ermöglichten es solche Haltungen, die Auffassung aufrechtzuerhalten, dass die nationale Polizei und die nationalen Behörden die Rechtssicherheit so weit wie möglich beibehielten, während gleichzeitig die Juden ausgeschlossen, ihres Rechtsschutzes beraubt und an die Deutschen zu ihrer Vernichtung ausgeliefert wurden. Die Nachwirkungen dessen konnten wir in der norwegischen Rechtspraxis nach dem Krieg sehen, wo der höherrangige Polizeibeamte (Politinspektør) Knut Rød der Staatspolizei, der Mann, der die Verhaftung der Juden aus der Region Østlandet im Oktober und November 1942 geplant und durchgeführt hatte, von der Anklage des Beistandes für den Feind freigesprochen wurde.⁶⁸⁶ Die Tatsache jedoch, dass sich solche Haltungen bilden, muss an sich nicht bedeuten, dass die ausgesetzten Gruppen verfolgt oder Übergriffen ausgesetzt werden. Genau in solchen Situationen ist es besonders wichtig, dass unsere rechtlichen Institutionen Widerstand leisten.

Die sozialen Anschauungen und Normen bilden für den Einzelnen ein Deutungsschema, in dem individuelle Ansichten und Werte gebildet werden. Wie sich der Einzelne hinsichtlich der Entwicklung sozialer Normen verhält, ist von den Erfahrungen und Erwartungen des Betreffenden abhängig, wie seine Familie, Freunde und Kollegen sich verhalten, inwiefern er von der Entwicklung bedroht oder begünstigt ist, sowie von einer Reihe anderer Umstände. Die deutsch-amerikanische Philosophin Hannah Arendt ist der Ansicht, dass diejenigen die daran interessiert sind, sich moralisch zu verhalten, leicht für sich neue Moralnomen übernehmen, wenn die Gesellschaft sich ändert. Für sie ist nicht das Wichtigste, nach welchen Moralnomen sie sich richten, sondern, dass sie sich moralisch vertretbar verhalten. Und um zu klären, was moralisch vertretbar ist, suchen sie Unterstützung in der Autorität der Gesellschaft. Für die Gerichte war sich nach der nationalsozialistischen Weltanschauung und Rechtsauffassung zu richten, teilweise eine bewusste und willensbestimmte Entscheidung.⁶⁸⁷

686 Siehe eine Analyse der Verfahren gegen Rød in Harper 2010, S. 469–489 und die darauffolgende Debatte zwischen Harper, Rieber Mohn und mir selbst in Lov og Rett 2011 und 2012. Siehe allgemeiner zu der Behandlung der Juden im Aufarbeitungsprozess nach dem Krieg in Johansen 2007, S. 145–179.

687 Siehe Bach 1938, S. 200.

Zum Schutz von «Blut und Ehre» des deutschen Volkes zu handeln, wurde für viele Deutsche zur höchsten Moral und die liberale Verfassung, die der den Weimarer Republik zu Grunde lag, wurde zu einem Schimpfwort. Verbunden mit der Vertreibung der Juden aus der moralischen Gemeinschaft als Fremde, die bekämpft werden mussten, da sie offen die deutsche Volksgemeinschaft bedrohten, galt zum Schluss nicht mehr länger das moralische Gebot «Du sollst nicht töten». Ganz im Gegenteil wurde es moralisch wertvoll zu töten und seinen natürlichen Hang gegen das Töten zu überwinden wurde zu einer moralischen Leistung

Das Reichsgericht und die Juden

Ein Beispiel für die Rezeption der neuen Moral durch das Recht finden wir in einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1938 über die strafrechtliche Verfolgung des Verbotes sexuellen Umgangs zwischen Juden und Ariern, welches als Teil des Gesetzes zum Schutz des deutschen Blutes und der Ehre in Nürnberg 1935 erlassen worden war.⁶⁸⁸ Das Verfahren wurde vor dem Großen Senat verhandelt.

Die Frage war, inwiefern der in § 3 des StGB normierte Geltungsbereich des Strafgesetzbuches mit der Formulierung «alle im Gebiete des Deutschen Reiches begangenen strafbaren Handlungen» als «ausschließlich geografisch» zu verstehen war. Der Angeklagte L, der Jude mit deutscher Staatsbürgerschaft war, war mit der Deutschen J seit zehn Jahren zusammen. Sie waren von 1930 bis 1933 verlobt. Nach Inkrafttreten des Gesetzes zum Schutz des deutschen Blutes und der Ehre von 1935 entschied L sich nach Südamerika auszuwandern und begab sich vorläufig in die Tschechoslowakei, wo er versuchte Arbeit zu finden. Er schrieb J und bat sie nach Prag zu kommen, damit sie sich dort voneinander verabschieden konnten. Sie kam und sie verbrachte drei Tage und drei Nächte zusammen mit ihm in einem Hotel «in demselben Zimmer und verkehrte wiederholt mit ihm geschlechtlich».

Es lag kein Beweis dafür vor, dass der Angeklagte und J, indem sie in Deutschland nach Inkrafttreten der Nürnberger Gesetze sexuellen Umgang miteinander hatten, Rassenschändung begangen hatten. Der Senat nahm als Ausgangspunkt, dass es seine Aufgabe als Oberster Gerichtshof war, das Recht fortzuführen und er diesbezüglich keinen größeren Frei-

688 Großer Senat für Strafsachen, 23. Februar 1938, Entscheidungen des Reichsgerichts, Strafsachen 72 91.

heitsgrad als andere Gerichte hatte. Die Grundlage war weiterhin, dass nur derjenige bestraft werden konnte, der eine Tat begangen hatte, die vom Gesetz mit Strafe bewehrt war oder die von einem dem Gesetz zu Grunde liegendem Grundgedanken heraus strafbar war und die nach einer gesunden Rechtsauffassung des Volkes eine Strafe verdiente. Dass das Dritte Reich eine Reihe an Gesetzen aus der Vergangenheit übernommen hatte, konnte an diesem Ausgangspunkt nichts ändern. Auch die Gesetze, die der Führer hatte bestehen lassen, stellten einen Bestandteil des Rechts dar und mussten angewendet werden, bis er diese aufhob.

Die Aufgabe, die das Dritte Reich den Gerichten und der Rechtsanwendung übertragen hatte, konnte nur erfüllt werden, indem die Auslegung der Gesetze nicht am Wortlaut der Gesetze haften blieb, sondern in deren innerstes Wesen vordrang und alles tat, um die Ziele des Gesetzgebers realisieren zu können. Dazu gehörte nach Ansicht des Gerichts, nicht nur die einzelnen Vorschriften isoliert zu betrachten, sondern auch das Gesetz in seiner Gesamtheit in den Blick zu nehmen. Sollte der Rechtsanwender entdecken, dass einzelne Fragen nicht explizit reguliert waren, musste es zur Recht und Pflicht der Rechtsprechung gehören, eine Lösung zu finden, die von der Gesetzgebung als Gesamtheit ausgehend, am besten dem Willen des Gesetzgebers und dem gesunden Volksempfinden entsprach. In diesem Zusammenhang mahnte das Gericht jedoch zur Vorsicht: Die Gerichte sollten nicht von Einzelfällen ausgehend, allgemeine Grundsätze aufstellen, die über die Eigenart des einzelnen Falles hinausgingen.

Das Gericht ging dann zu dem konkreten Fall über und konstatierte, dass eine Handlung, wie die des Angeklagten, gleichermaßen strafwürdig war, ob die Tat innerhalb oder außerhalb der Grenze Deutschlands begangen worden war. Gleichzeitig stellte das Gericht fest, war es ebenso offensichtlich, dass es sich hier um eine Neuordnung handelte, für die es an dem Gesetzgeber war, Regeln zu erlassen. Es wäre nicht vereinbar mit der Aufgabenteilung zwischen Gesetzgeber und den Gerichten, wenn der Senat von einem Einzelfall ausgehend, ohne dass zwingende Gründe vorlägen, eine erweiterte Deutung des Begriffes «im Gebiete des Deutschen Reiches» vornähme, entgegen der Auffassung, die früher in der Rechtspraxis zu Grunde gelegt worden war.

Der Senat sah auf der anderen Seite keinen Bedarf auf diese Fragen weiter einzugehen, da er der Ansicht war, dass der Fall ausgehend von einer Deutung des Blutschutzgesetzes gelöst werden konnte. Allerdings beinhaltete dieses keine Bestimmungen zum Anwendungsbereich. Das Blutschutzgesetz war jedoch:

eines der Grundgesetze des nationalsozialistischen Staates. Es soll die Reinheit des deutschen Blutes als Voraussetzung für den Fortbestand des deutschen Volkes für alle Zukunft sichern. Die Erreichung dieses Zieles würde auf das Äußerste gefährdet sein, wenn nicht auch die Möglichkeit bestände, unter bestimmten Voraussetzungen den Täter auch wegen solcher Verbrechen gegen das Gesetz zur Verantwortung zu ziehen, die er außerhalb des Reichsgebietes begangen hat

In all seiner Perversion ist dieser Gedankengang leicht als juristisch zu erkennen. Was dies so pervers werden ließ, ist nicht, dass die Richter von der juristischen Methode abwichen, sondern, dass sie diese vor dem Hintergrund einer anderen Doxa praktizierten, in der Rechtssicherheitsideale als «Liberalismus» und «Legalität» verstanden wurden und wo die höchste Rechtsquelle das Führerprinzip und die höchste Moral die Volksgemeinschaft war.

Ordentliche Juristen

Die Umdeutung des Rechts vor dem Hintergrund geänderter Doxa, zeigte sich auch auf anderen Gebieten als dem Verhältnis zu den Juden. Ein illustrierendes Beispiel ist ein Fall vor dem preußischen Berufungsgericht für Verwaltungsverfahren. Das Gericht musste 1938 dazu Stellung nehmen, ob das Veranstalten eines Boxkampfes zwischen Frauen gegen die öffentliche Ordnung, die Anständigkeit und die Moral verstieß. Eine frühere Entscheidung aus dem Jahre 1932 hatte dies unter der Voraussetzung zugelassen, dass die Teilnehmer anständig gekleidet waren. Nun jedoch schrieb das Gericht:

Inzwischen hat mit dem Durchbruch der nationalen Revolution ein gewaltiger innerer Aufschwung stattgefunden, der sich u.a. gerade auf die Begriffe von öffentlicher Ordnung, von öffentlichem Anstand und öffentlicher Sittlichkeit erstreckt und in den Anschauungen über Bestimmung und Betätigung der Frau einen Wandel bewirkt hat, wie er in der Entwicklung deutschen Wesens selten erlebt worden ist. Nach diesen veränderten Anschauungen ist es mit den Wesenseigentümlichkeiten der Frau, ihrer Stellung und ihrer Würde innerhalb der Volksgemeinschaft unvereinbar, wenn zur Befriedigung der Schaulust in öffentlichen Lokalen weibliche Personen auftreten, die im Kampfe auf-

einander losschlagen und sich gegenseitig Verletzungen beizubringen suchen.⁶⁸⁹

Was kann Richter, die in Idealen wie Gleichheit vor dem Gesetz erzogen wurden dazu bringen, eine stark abweichende Ideologie wie die nationalsozialistische zu ergreifen und sogar der Ideologie Rechtswirkungen über die Gebiete hinaus zu verleihen, die der Gesetzgeber selbst festgelegt hat? Wie können juristische Begriffe wie Rechtssubjektivität und Grundwerte wie Legalität und Verhältnismäßigkeit über Nacht ihre Bedeutung ändern? Wie überwinden Richter und andere Personen ihre natürlichen Neigungen sowie tief sozialisierte Barrieren gegen Übergriffe? Für viele Juristen stellen grundlegende Werte des Rechtsstaates eine Barriere dar: Gleichheit vor dem Gesetz, Recht auf ein faires Verfahren, das Recht als unschuldig zu gelten bis das Gegenteil bewiesen ist, die Forderung nach Verhältnismäßigkeit zwischen Verbrechen und Strafe. Was das Handeln anbelangt, so trifft der Einzelne eine individuelle Wahl. Leider treffen viele in Situationen, in denen die Rechtsstaatlichkeit bedroht ist, nicht die Wahl, die diese fördert, sondern beugen sich dem Druck von Gesellschaft und Macht. Was sind die Faktoren, die den Einzelnen dazu antreiben, sich dem Druck durch soziale Strömungen, von großen und kleinen Machthabern oder persönlichen Einstellungen, die den Anforderungen eines Rechtsstaates widersprechen, zu beugen?

Die juristische Methode verschließt sich jedenfalls nicht einer Umdeutung und Rechtsentwicklung. Der Wortlaut des Gesetzes muss im Lichte des Ziels und des Geistes des Gesetzes verstanden werden und muss bisweilen weichen oder weit ausgelegt werden, um auf neue Umstände oder neue Anforderungen zu passen. Vielleicht ist es keine Tortur Gefangene auf Guantánamo über längere Zeit erschreckenden, erschöpfenden, degradierenden Verhören auszusetzen, so lange keine ernsthafte und direkte physische Gewalt gegen eine Person ausgeübt wird. Zumindest waren die Juristen des amerikanischen Justizministeriums im Rahmen des «Krieg(s) gegen den Terror» der Bush-Administration dieser Ansicht.⁶⁹⁰ Dies war lange Zeit auch die Haltung der amerikanischen Justiz. Dies zeigt, dass solche Prozesse nicht totalitären Gesellschaften vorbehalten sind.

Auslegungen, die in einem Zusammenhang unmoralisch und unverständlich sind, werden vor einem anderen Hintergrund an Auffassungen

689 Siehe Bach 1938, S. 202 f.

690 Siehe zu einer Beschreibung wie die berühmte «Torture Memos» entstand Sands 2008.

und Werten, die in einer Gesellschaft als gegeben betrachtet werden, selbstverständlich. Harald Welzer spricht diesbezüglich von drei Kreisen an Zusammenhängen, die erklären, dass ein moralisches Verbot zu töten, in eine moralische Pflicht Juden zu töten, umgeformt werden kann. Der erste Kreis ist der soziale Prozess, in dem Juden radikal aus der deutschen Volksgemeinschaft als «die Anderen» ausgeschlossen werden. Dies geschah, wie wir gesehen haben, rasch nach der Machtübernahme mit den Demonstrationen der SA und der Machtausübung auf den öffentlichen Ämtern und gegenüber den jüdischen Geschäften Ende März 1933 sowie durch den gesetzmäßigen Ausschluss von Juden vom öffentlichen Dienst durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933. Die Gerichte folgten rasch nach und etablierten die Juden als rechtlose Personen und damit als vom Begriff der Volksgemeinschaft ausgeschlossen. Sie trugen damit sowohl mit ihrer Konkretisierung wie auch mit der Verrechtlichung dazu bei, dem Ausschluss der Juden Autorität und Legitimität zu verleihen.

Der zweite Kreis betrifft Welzer zufolge die soziale Situation des einzelnen Akteurs und wie der Akteur diese auffasst. Insbesondere in Bezug auf die Richter kann es Grund geben, zu betonen, dass sie zur Elite der Gesellschaft gehörten, die sich von der Politik der Weimarer Republik verraten und vernachlässigt fühlte. Viele von ihnen betrachteten die Nationalsozialisten als diejenigen, die die frühere Ordnung wiederherstellen und den Status der Gerichte in der Gesellschaft verbessern sollten. Während die deutschen Gerichte wiederholt die Rechtmäßigkeit der von der Weimarer Republik getroffenen Maßnahmen in Frage gestellt hatten, verzichteten sie auf eine rechtliche Überprüfung der nationalsozialistischen Gesetzgebung. Sie begriffen die neue Ordnung als Revolution und sahen es als ihre Aufgabe an, sie in der praktischen Ausübung des Rechts umzusetzen und auf dieser Grundlage die rechtlichen Aufgaben zu erfüllen.

Vor dem Hintergrund der ersten beiden genannten Kreise eröffnet sich die Möglichkeit, die individuelle Wahl, die der einzelne Akteur mit Blick auf die einzelnen Handlungen trifft, zu analysieren. Dies ist der dritte Kreis an Zusammenhängen wie Welzer hervorhebt. Pauer-Studer und Velleman beschreiben die Mitwirkung am Massenmord betrifft wie folgt: ⁶⁹¹ Überzeugte Nationalsozialisten konnten ausgehend von einem übergeordneten moralischen Prinzip handeln: «The fundamental principle was that all persons must relate to one another either as *Volksgenossen* or *Volksfeinde*, because they were embodied in creatures biologically committed to a batt-

691 Pauer-Studer und Velleman, S. 351.

le of races.» Diejenigen, die nicht überzeugt waren, konnte sich auf eine Art berufsethische Überzeugung zurückziehen, dass sie ihre Arbeit erledigten, derer sie beauftragt worden waren: «rather internalized mischaracterizations of their circumstances in terms that engaged workplace codes of conduct rather than moral principles. They saw features of their situations as normatively salient but as salient for the wrong norms. Moral considerations were thereby silenced by their professional self-understandings.»

Pauer-Studer hat die Karriere des SS-Richters Konrad Morgen studiert (1909–1982).⁶⁹² Morgen war engagiert in der Ermittlung von Korruption in den Konzentrations- und Vernichtungslagern. Er war ein Mann klarer moralischer Prinzipien, der verärgert war, wenn er auf Fälle stieß, in denen Autoritätspersonen versuchten, sich privat zu bereichern, indem sie Mittel unterschlugen. Er versuchte sogar Anklage gegen Adolf Eichmann zu erheben, was ihn fast selbst ins Konzentrationslager brachte. Morgens Ermittlungen in den Konzentrationslagern und an der Ostfront lieferten ihm aus erster Hand Erkenntnisse über die Vernichtung, die vor sich ging. Er betrachtete die Morde als «legal in the sense of National Socialist law and therefore I could not take any direct action on this sector».⁶⁹³

Morgen war über die Verhältnisse in den Vernichtungslagern empört, nicht jedoch aufgrund dessen was dort geschah, sondern weil die Offiziere und Wächter sich jüdische Geliebte hielten und sich am Hab und Gut der Opfer bereicherten. Er versuchte in einer Situation den Respekt zu fördern, in der das Gesetz jegliche Bedeutung verloren hatte. Seine Antwort auf die Situation war, dass er sich streng an das Recht hielt und daran, geltendes Recht auf objektive und neutrale Weise durchzusetzen, wenn er Gesetzesbrüche und moralische Ausschweifungen erkannte.

Für viele Richter handelte es sich wohl oft um diese Alternative. Die Herausforderung war, eine Arbeit auf bestmögliche Weise zu verrichten. Viele glaubten sogar, dass ihre Arbeit darin bestand, die Rechtsstaatlichkeit zu beschützen, und dass sie genau das taten. Die Hierarchie der Rechtsquellen hatte sich gemeinsam mit den sozialen Voraussetzungen geändert. Die Richter fassten es dennoch weiterhin als ihre Arbeit auf, eine kohärente Deutung auf Grundlage anerkannter Rechtsquellen zu schaffen und sich an das Recht zu halten, das heißt nicht auf politische oder moralische Bewertungen der Rechtsquellen einzugehen. Sie waren derart davon eingenommen, ordentliche Juristen zu sein, dass sie nicht erkannten, dass sie ge-

692 Pauer-Studer 2012, S. 367–390.

693 Pauer-Studer 2012, S. 383 unter Zitierung in Fußnote 74: MIS Nuremberg Interrogation of Konrad Morgen, 11 October 1946, p. 82.

nau letzteres taten, und sie sahen darin nichts Unmoralisches. Indem sie daran festhielten, Juristen zu sein, änderte sich ihre Rolle von den Beschützern des Rechtsstaates hin zu denjenigen, die diesen auf das stärkste untergruben, da sich die rhetorische Situation und damit auch die Doxa änderten. Die Erfahrungen aus Deutschland zeigen, dass dies schnell geschehen kann, ohne dass die Richter ihr Selbstbild ändern müssen.

