

staatsanwalt ordnete Freilassung und Einstellung des Verfahrens an. Er sah § 54 ← als gegeben an. Die Unverschuldetheit des Notstands begründet er damit, daß »was damals von den Rechtswählern als Recht ausgegeben wurde, heute nicht mehr gelte. Fahnenflucht aus Hitlers und Keitels Armee enthalte für unsere Rechtsauffassung keine Verfehlung, die den Flüchtigen enthalte und seine Bestrafung rechtfertige; sie gereiche ihm nicht zur Schuld.«

Allerorten wird also unter dem Gesichtspunkt des gesetzlichen Unrechts und des übergesetzlichen Rechts der Kampf gegen den Positivismus aufgenommen.

III

Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung „Gesetz ist Gesetz“ den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts. Dabei ist der Positivismus gar nicht in der Lage, aus eigener Kraft die Geltung von Gesetzen zu begründen. Er glaubt, die Geltung eines Gesetzes schon damit erwiesen zu haben, daß es die Macht besessen hat, sich durchzusetzen. Aber auf Macht läßt sich vielleicht ein Mißsen, aber niemals ein Sollen und Gelten gründen. Dieses läßt sich vielmehr nur gründen auf einen Wert, der dem Gesetz innewohnt. Freilich: *einen* Wert führt schon jedes positive Gesetz ohne Rücksicht auf seinen Inhalt mit sich: es ist immer noch besser als kein Gesetz, weil es zum mindesten Rechtssicherheit schafft. Aber Rechtssicherheit ist nicht der einzige und nicht der entscheidende Wert, den das Recht zu verwirklichen hat. Neben die Rechtssicherheit treten vielmehr zwei andere Werte: Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit. In der Rangordnung dieser Werte haben wir die Zweckmäßigkeit des Rechts für das Gemeinwohl an die letzte Stelle zu setzen. Keineswegs ist Recht alles das, „was dem Volke nützt“, sondern dem Volke nützt letzten Endes nur, was Recht ist, was Rechtssicherheit schafft und Gerechtigkeit erstrebt. Die Rechtssicherheit, die jedem positiven Gesetz schon wegen seiner Positivität eignet, nimmt eine merkwürdige Mittelstellung zwischen Zweckmäßigkeit und Gerechtigkeit ein: sie ist einerseits vom Gemeinwohl gefordert, andererseits aber auch von der Gerechtigkeit. (Daß das Recht sicher sei, daß es nicht heute und hier so, morgen und dort anders ausgelegt und angewandt werde, ist zugleich eine Forderung der Gerechtigkeit. Wo ein Widerstreit zwischen Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, zwischen einem inhaltlich anfechtbaren, aber positiven Gesetz und zwischen einem gerechten, aber nicht in Gesetzesform gegossenen Recht entsteht, liegt in Wahrheit ein Konflikt

der Gerechtigkeit mit sich selbst, ein Konflikt zwischen scheinbarer und wirklicher Gerechtigkeit vor. Diesen Konflikt bringt großartig das Evangelium zum Ausdruck, indem es einerseits befiehlt: „Seid untertan der Obrigkeit, die die Gewalt über euch hat“, und doch andererseits gebietet, „Gott mehr zu gehorchen als den Menschen“.

Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und un-zweckmäßig ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als „unrichtiges Recht“ der Gerechtigkeit zu weichen hat. Es ist unmöglich, ein schärfere Linie zu ziehen zwischen den Fällen des gesetzlichen Unrechts und den trotz unrichtigen Inhalts dennoch geltenden Gesetzen; eine andere Grenzziehung aber kann mit aller Schärfe vorgenommen werden: wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Satzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur „unrichtiges Recht“, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur. Denn man kann Recht, auch positives Recht, gar nicht anders definieren denn als eine Ordnung und Satzung, die ihrem Sinn nach bestimmt ist, der Gerechtigkeit zu dienen. An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt.

Die hervorstechendste Eigenschaft in Hitlers Persönlichkeit, die von ihm aus auch zum Wesenszuge des ganzen nationalsozialistischen „Rechts“ geworden ist, war sein völliger Mangel an Wahrheitssinn und Rechtssinn: weil ihm jeder Wahrheitssinn fehlte, konnte er dem jeweils rednerisch Wirkamen ohne Scham und Skrupel den Akzent der Wahrheit geben; weil ihm jeder Rechtssinn fehlte, konnte er ohne Bedenken die krasseste Willkür zum Gesetz erheben. Am Anfang seiner Herrschaft stand jenes Sympathie-Telegramm an die Potempa-Mörder, am Ende die grauenhafte Entehrung der Märtyrer des 20. Juli 1944. Schon anlässlich des *Potempa-Urteils* ← hatte *Alfred Rosenberg* ← im „Völkischen Beobachter“ die Theorie dazu geliefert: Mensch sei nicht gleich Mensch, und Mord sei nicht gleich Mord; die Ermordung des Pazifisten *Jaurès* ← sei in Frankreich mit Recht anders bewertet worden als der Mordversuch an dem Nationalisten *Clemenceau* ←; ein Täter, der aus vaterländischen Motiven gefehlt hat, könne unmöglich derselben Strafe unterworfen werden, wie ein anderer, dessen Beweggründe sich (nach nationalsozialistischer Auffassung) gegen das Volk richten. Damit war von vornherein ausgesprochen, daß nationalsozialistisches „Recht“ sich der wesensbestimmenden Anforderung der Gerechtigkeit

keit, der gleichen Behandlung des Gleichen, zu entziehen gewillt war. Infolgedessen entbehrt es insoweit überhaupt der Rechtsnatur, ist nicht etwa unrichtiges Recht, sondern überhaupt kein Recht. Das gilt insbesondere von den Bestimmungen, durch welche die nationalsozialistische Partei entgegen dem Teilcharakter jeder Partei die Totalität des Staates für sich beanspruchte. Der Rechtscharakter fehlt weiter allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten und ihnen die Menschenrechte versagten. Ohne Rechtscharakter sind auch alle jene Strafdrohungen, die ohne Rücksicht auf die unterschiedliche Schwere der Verbrechen, nur gelehrt von momentanen Abschreckungsbedürfnissen, Straftaten verschiedenster Schwere mit der gleichen Strafe, häufig mit der Todesstrafe, bedrohten. Alles das sind nur Beispiele gesetzlichen Unrechts.

Es darf nicht verkantet werden — gerade nach den Erlebnissen jener zwölf Jahre —, welche furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit der Begriff des „gesetzlichen Unrechts“, die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze mit sich bringen kann. Wir müssen hoffen, daß ein solches Unrecht eine einmalige Verirrung und Verwirrung des deutschen Volkes bleiben werde, aber für alle möglichen Fälle haben wir uns durch die grundsätzliche Überwindung des Positivismus, der jegliche Abwehrfähigkeit gegen den Mißbrauch nationalsozialistischer Gesetzgebung entkräftete, gegen die Wiederkehr eines solchen Unrechtsstaates zu wappnen.

IV

Das gilt für die Zukunft. Gegenüber dem gesetzlichen Unrecht jener vergangenen zwölf Jahre müssen wir die Forderung der Gerechtigkeit mit einer möglichst geringen Einbuße an Rechtssicherheit zu verwirklichen suchen. Nicht jeder Richter sollte auf eigene Faust Gesetze entwerfen dürfen, diese Aufgabe sollte vielmehr einem höheren Gericht oder der Gesetzgebung (so auch *Kleine, SJZ S. 36*)[←] vorbehalten bleiben. Ein solches Gesetz ist in der amerikanischen Zone auf Grund einer Übereinkunft im Länderrat bereits erlassen: das „Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege“[←]. Dadurch, daß nach ihm „politische Taten, durch die dem Nationalsozialismus oder Militarismus Widerstand geleistet wurde, nicht strafbar“ sind, werden z. B. die Schwierigkeiten des Deserteur-Falls (oben Nr. 4) gelöst. Dagegen ist das Schweregesetz, das „Gesetz zur Abminderung nationalsozialistischer Straftaten“[←], auf die

⁶ Für übergewaltiges Recht tritt auch *Buchwald a.a.O. S. 8 ff.* ein. Vgl. ferner *Roemer in SJZ S. 5 ff.*[←]

andern hier behandelten Fälle nur anwendbar, wenn die Strafbarkeit solcher Taten schon nach dem Rechte ihrer Begehungzeit bestand. Wir haben [107] also unabhängig von diesem Gesetz die Strafbarkeit jener andern drei Fälle nach dem Recht des RStGB zu prüfen.

In dem hier besprochenen Denunzianten-Fall ist die Annahme mittelbarer Täterschaft eines Tötungsverbrechens in der Person des Denunzianten nicht zu beanstanden, wenn bei ihm ein Tätervorsatz in dieser Richtung bestanden hat, zu dessen Verwirklichung er sich des Strafrichts als Werkzeug und des juristischen Automatismus eines Strafprozesses als Mittelbedient hat. Ein solcher Vorsatz liegt besonders in solchen Fällen vor, „in denen der Täter ein Interesse an der Beseitigung des Verdächtigen hatte, sei es, um seine Frau zu heiraten, oder sich in den Besitz seiner Wohnung oder seiner Stellung zu setzen, sei es aus Rachsucht und dergleichen (so das erwähnte Gutachten von Professor Richard Lange in Jena)“. Wie mittelbarer Täter ist, wer sein Befehlsrecht gegen Gehorsamspflichtige zu verbrecherischen Zwecken mißbraucht hat, so ist auch der mittelbarer Täter, der zu verbrecherischen Zwecken durch eine Denunziation den Justiz-Apparat in Funktion gesetzt hat. Die Benutzung des Gerichts als eines bloßen Werkzeugs ist besonders deutlich in denjenigen Fällen, in denen der mittelbare Täter mit einer politisch tendenziösen Ausübung des Strafrichteramts, sei es aus politischem Fanatismus, sei es unter dem Druck der damaligen Machthaber, rechnen konnte und gerechnet hat. Hatte der Denunziant diesen Tätervorsatz nicht, wollte er vielmehr nur dem Gericht Material liefern und das weitere dessen Entscheidung überlassen, dann kann er als Verursacher der Verurteilung und mittelbar der Vollstreckung der Todesstrafe nur dann wegen Beihilfe bestraft werden, wenn das Gericht seinerseits durch das Urteil und dessen Vollstreckung sich eines Tötungsverbrechens schuldig gemacht hat. Diesen Weg ist das Nordhäuser Gericht in der Tat gegangen.

Die Strafbarkeit der Richter wegen Tötung setzt die gleichzeitige Feststellung einer von ihnen begangenen Rechtsbeugung (§§ 336, 344 StGB)[←] voraus. Denn das Urteil des unabhängigen Richters darf Gegenstand einer Bestrafung nur dann sein, wenn er gerade den Grundsatz, dem jene Unabhängigkeit zu dienen bestimmt war, die Unterworfenheit unter das Gesetz, d. h. unter das Recht, verletzt hätte. Wenn an der Hand der von uns ent-

⁷ Es ist freilich ein Gipfel des Subjektivismus in der Teilnahmelehre, daß der Tätervorsatz — nach Art eines „subjektiven Unrechtselements“ — die Rechtswidrigkeit — in der Person des mittelbaren Täters mit sich bringt, die in der Person des Tarmittlers fehlt.

wickelten Grundsätze festgestellt werden kann, daß das angewandte Gesetz kein Recht war, das angewandte Strafmaß, etwa die nach freiem Ermessen erkannte Todesstrafe, jedem Willen zur Gerechtigkeit Hohn sprach, liegt objektiv Rechtsbeugung vor. Aber konnten Richter, die von dem herrschenden Positivismus soweit verbildet waren, daß sie ein anderes als das gesetzte Recht nicht kannten, bei der Anwendung positiver Gesetze den Vorsatz der Rechtsbeugung haben? Auch wenn sie ihn hatten, bleibt ihnen als ein letzter, freilich peinlicher, Rechtsbehelf die Berufung auf die Lebensgefahr, die sie selbst durch die Auffassung nationalsozialistischen Rechts als gesetzlichen Unrechts über sich herabbeschworen hätten, die Berufung auf den Notstand des § 54 StGB — peinlich, da das Ethos des Richters auf Gerechtigkeit um jeden Preis, auch den des Lebens, gerichtet sein sollte.

Am einfachsten erledigt sich die Frage der Strafbarkeit der beiden Scharfrichterhilfen wegen der Vollstreckung von Todesurteilen. Man darf sich weder durch den Eindruck von Menschen bestimmen lassen, die sich aus der Tötung anderer Menschen ein Gewerbe machen, noch durch die damalige Hochkonjunktur und Einträglichkeit jenes Gewerbes. Schon als der Scharfrichterberuf noch eine Art erblichen Handwerks war, pflegten sich die Inhaber dieses Gewerbes immer wieder damit zu entschuldigen, daß sie nur exequierten, zu judizieren aber die Aufgabe der Herren Richter sei. „Die Herren steuern dem Unheil, ich exequiere ihr Endurteil“ — dieser Spruch von 1698 kommt so oder ähnlich immer wieder auf den Klängen von Richtschwertern vor. Wie das Todesurteil eines Richters nur dann strafbare Tötung darstellen kann, wenn es auf Rechtsbeugung beruht, so kann der Nachrichten wegen einer Hinrichtung nur dann bestraft werden, wenn sie dem Tatbestand des § 345 ←: vorsätzliche Vollstreckung einer Strafe, die nicht zu vollstrecken ist, darstellt. Karl Binding (Lehrbuch, Besonderer Teil, Bd. 2, 1905, S. 569) sagt über diesen Tatbestand: in analogem Verhältnis wie der Richter zum Gesetz stehe der Vollstreckungsbeamte zum vollstreckbaren Urteil; seine ganze und einzige Pflicht bestehe in dessen exakter Verwirklichung. Das Urteil bestimme seine ganze Tätigkeit: „Sie bleibt gerecht, soweit sie es befolgt, sie wird ungerecht, soweit sie von ihm abweicht. Da in dieser Verleugnung der einzigen für die Vollstreckung als solche maßgebenden Autorität der Kernpunkt der Schuld liegt, so kann man das Delikt (des § 345) als Urteilsbeugung bezeichnen.“ Eine Nachprüfung der Rechtmäßigkeit des Urteils liegt dem Scharfrichter nicht ob. Die Annahme seiner Unrechtmäßigkeit kann ihm also nicht schaden, die Nichtaufgabe seines Gewerbes als rechtswidrige Unterlassung nicht zugerechnet werden.

V

Wir sind nicht der in Nordhausen ausgesprochenen Meinung, daß „formalistische Bedenken“ geeignet seien, „den klaren Tatbestand zu trüben“. Wir sind vielmehr der Meinung, daß es nach zwölf Jahren Verleugnung der Rechtssicherheit mehr als je notwendig sei, sich durch „formalistische“ Erwägungen gegen die Versuchungen zu wappnen, welche sich begreiflicherweise in jedem, der zwölf Jahre der Gefährdung und Bedrückung durchlebt hat, leicht ergeben können. Wir haben die Gerechtigkeit zu suchen, zugleich die Rechtssicherheit zu beachten, da sie selber ein Teil der Gerechtigkeit ist, und einen Rechtsstaat wieder aufzubauen, der beiden Gedanken nach Möglichkeit Genüge zu tun hat. Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste an der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist, den Rechtsstaat zu sichern [108].