

E: 10. 1. 12

Schlegelberger

- **Staatssekretär im Reichsjustizministerium**

von

Dr. iur. Menno Aden, Essen

*Clarorum virorum facta moresque tradere antiquitus
usitatum.....At nunc narraturo mihi vitam defuncti hominis venia
opus fuit, quam non petissem incursumus.*¹

Ausgangspunkt.....	4
I. Recht und Macht.....	4
1. Recht und Rechtsdurchsetzung.....	4
2. Rechtsstaat und Revolution.....	6
3. Akzeleration des Unrechts.....	7
4. Terror und Krieg.....	7
5. Neues gegen altes Recht.....	8
II. Interesse an Schlegelberger.....	9
1. Lebensgang.....	9
2. Quellen.....	10
a. Monographien.....	10
b. Verfahren um das Ruhegehalt.....	12
c. Strafverfahren in Nürnberg.....	12
d. Autobiographisches.....	13
3. Beurteilungen.....	13
4. Vergleiche.....	14
a. Klassenjustiz der DDR.....	14
b. Carl Schmitt.....	15
c. Karl Larenz.....	16
III. Selbstzeugnis: Staatssekretär unter Gürtner.....	16
IV. Justiz im NS - Staat.....	22
1. Rechtspositivismus.....	22
2. Was ist Rechtspositivismus?.....	23
3. Kritik des Positivismusvorwurfes.....	24
4. Rechtspositivismus in Deutschland.....	25
5. Normative Nacheile des RMJ.....	26

¹ Tacitus beginnt seinen *Agricola* mit diesen Worten: *Seit alters werden Taten und Leben bedeutender Männer beschrieben. ...Hier aber muß man bei der Beschreibung des Dahingegangenen um Verzeihung bitten; wollte ich freilich anklagen, wäre das nicht nötig.*

6.	Rechtswidrige NS – Gesetze ?	28
a.	Rechtsstaat im Unrechtsstaat	28
b.	Normsystem und Maßnahmestaat	28
c.	Führerbefehl als Gesetz	30
7.	Unrecht durch Verwaltung	31
a.	Zuständigkeiten des Reichsjustizministeriums	31
b.	Rechtsprechung im NS - Staat	32
V.	Sozial - Nationales	34
1.	NS und die Linke	34
2.	Sachgerechtigkeit oder Regimetreue ? Beispiel des AktG	35
VI.	Justiz als Mauer gegen das Unrecht	38
VII.	Akademie für deutsches Recht	40
VIII.	Vorwürfe gegen Schlegelberger	42
1.	Ausgangspunkt	42
2.	Gruppierung der Vorwürfe	43
a.	Ausgangspunkt	43
b.	Nürnberger Urteil	44
b.	Förster/Nathan	45
c.	Vorwürfe vor dem Verwaltungsgericht	45
d.	Oberverwaltungsgericht	46
3.	Perspektive der Vorwürfe	47
a.	Zeitliche Rahmen	47
b.	Zeitgeist	48
IX.	Steuerung der Rechtspflege	50
1.	Steuerung der Rechtspflege (S. 11)	50
a.	Einzelweisungen Hitlers	50
b.	Rechtsmittel des Außerordentlichen Einspruchs	51
2.	Beeinflussung der Rechtsprechung (S.12 -19)	52
a.	Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit	52
b.	Ansprache v. 23. April 1941	54
c.	Würdigung dieser Rede	55
d.	Rechtmäßiges Alternativverhalten	58
3.	Hinrichtung des „Juden Luftglass“ (S. 19 ff)	59
a.	Führerbefehle	59
b.	Überstellung	60
c.	Kritik	62
X.	Strafrecht gegen Polen (. S. 27 ff)	63
1.	Allgemeine Rechtspflege	63
2.	Strafrecht	64
XI.	Verbrechen gegen Juden	67
1.	Ausgangspunkt	67
2.	Aktionen gegen die Juden	68
3.	Abschiebung oder Vernichtung	69
4.	Was tun?	70

a.	Deportation der Juden	70
b.	Aufforderung zu Sterilisierung	72
XII.	Nacht- und Nebelerlass	74
XIII.	Mitwirkung am rückwirkenden Strafgesetz	75
1.	Vorwurf	75
2.	Rückwirkung als Rechtsstaatswidrigkeit	76
XIV.	Beteiligung an der Euthanasieaktion	77
1.	Ausgangslage	77
2.	Durchbrechung der Schweigemauer	78
3.	Kritik	80
XV.	Volksgerichtshof	81
XVI.	Nazifizierung des BGB	82
XVII.	Entlassung	83
1.	Beginn des Endes	83
2.	Entlassung	84
3.	Nach der Verabschiedung	91
	Schluss	92
	Literatur	93

Ausgangspunkt

Staatssekretär Prof. Dr. mult Franz Schlegelberger war im Reichsjustizministerium (RMJ) der NS-Zeit aus bürgerlicher Zeit übrig geblieben. Nicht, weil das Regime seine Arbeit schätzte, sondern weil es sich überhaupt nicht sehr für Recht interessierte. Der NS- Staat vollstreckte von dem Recht, das Schlegelberger und das RMJ verwalteten, nur noch das, was ihm in den Kram passte. Das Regime ließ die formal weiter bestehende, aus der Kaiserzeit stammende bürgerliche Rechtsordnung immer weiter hinter sich und hielt es nicht einmal für nötig, die faktisch außer Kraft gesetzte Reichsverfassung auch förmlich abzuschaffen. Recht, wurde, ohne den Reichstag und oft auch ohne das RMJ zu fragen, in Kraft gesetzt. Die Peinlichkeit für Schlegelberger bestand darin, dass er nicht hatte verhindern können, dass das RMJ zum wesenlosen Schein wurde, und seine Tragik darin, dass seine Ankläger diesen Schein für wahres Wesen hielten und ihn danach beurteilten. Seine weitere Tragik besteht darin, dass fast alle Vorwürfe gegen ihn aus dem Bereich ihm unvertrauten Strafrecht stammen, für welches er auch nach seiner Berufung zum Ministervertreter neben Staatssekretär Roland Freisler als Aufsichtsführender nur die Mit-Verantwortung trug. Schlegelberger wurde unter den führenden Männern des Regimes immer mehr zum Fremdkörper. Er war wie ein Pastor, der in einer immer leerer werdenden Kirche die Botschaft vom Recht predigte und Kompromisse machte, um seine Gemeinde nicht ganz zu verlieren.

Die folgenden Ausführungen sind daher zwar dem Verständnis der Person Schlegelbergers gewidmet, dann aber, wie aus Person und Handeln Schlegelbergers entwickelt werden soll, dem Verhältnis von Recht und Macht in der Diktatur. Daraus können Lehren für heute gezogen werden. Auch der Staat unter dem Grundgesetz ist vor Fehlentwicklungen wie in der NS-Zeit nicht gefeit, und es gibt nicht wenige Zeichen, die das bestätigen.

I. Recht und Macht

1. Recht und Rechtsdurchsetzung

Recht und Macht stehen in einem symbiotischen Verhältnis. Ein Kläger bzw. Anspruchsteller setzt das Rechtsfindungsverfahren in Gang. Das darin festgestellte Recht sagt, was von *Rechts* wegen geschehen soll. Im Strafrecht kann nur der Staat durch die Staatsanwaltschaften das Verfahren in Gang setzen. Wenn er, wie der NS-Staat auf seinen Strafanspruch aus z.B. den Morden im Rahmen der Röhm-Affäre, oder wie der SED-Staat auf die Strafverfolgung der Tötungsdelikte an Zonengrenze und Mauer verzichtet, wenn er Freiheitsberaubungen durch die

Gestapo oder DDR-Stasi duldet oder gar ermutigt, dann bleibt das Recht Theorie, und ein etwa dennoch ergehendes Gerichtsurteil, welches von Rechts wegen eine Bestrafung des Täters anordnet läuft ins Leere. Der Staat als Machtträger ist kraft seines Gewaltmonopols verpflichtet, das Recht zur Geltung zu bringen. Rechtsstaat ist, wenn der Staat das auch dann tut, wenn das Recht den von *Staats* wegen festgestellten politischen Interessen zuwiderläuft.

Das ist auch in freiheitlichen Staaten oft problematisch. In der amerikanischen Verfassungsgeschichte spielt der Fall Worcester v. Georgia (1831) eine wichtige Rolle. Der Oberste Gerichtshof des USA hatte die autochtonen Indianer zu rechtmäßigen Eigentümern des von ihnen bewohnten Landes erklärt. Das widersprach aber den Machtinteressen des jungen Staates, der Siedlungsland für einwandernde Europäer bereitstellen wollte. Der damalige Präsident Jackson soll das Urteil mit den Worten kommentiert haben: *John Marshall (der Präsident des Gerichts) has made his decision; now let him enforce it - John Marshall hat entschieden, dann mag es das auch durchsetzen.* Die Indianer wurden in die damals noch kaum berührten Gebiete westlich des Mississippi vertrieben.² Das kann aber auch heute unter dem Grundgesetz ein Problem sein. Die verfassungsrechtliche Bedenklichkeit der steuerlichen Nichtanwendungs-Erlasse³ hindert den Bundesfinanzminister nicht, den Finanzverwaltungen immer wieder zu verbieten, unerwünschte, da dem Steuerzahler günstige, Entscheidungen des Bundesfinanzhofs auf gleichgelagerte Fälle anwenden. Im Pfeiffer- Barschel- Fall (1987) wurde die strafrechtliche Aufarbeitung durch einen Machtspruch des von der SPD-geführten schleswig-holsteinischen Landesregierung eingesetzten Schleswiger Generalstaatsanwaltes unterbunden.⁴ v. Alten⁵ (S. 133f) erwähnt eine Reihe von Beispielen, in denen Politiker der Bundesrepublik zu Verhaltensweisen aufrufen, die Schlegelberger als Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip vorgehalten worden sind, und sieht veranlasst, z.B. eine Erklärung des Fraktionsvorsitzenden der SPD im Landtag Baden - Württemberg mit den Worten zu kommentieren: *Das ist fast im Originalton eine Aufforderung zu dem Verhalten, welches Schlegelberger im Falle*

² Irons, Peter, A People's History of the Supreme Court, Penguin, 2000, S. 111. - Im Ergebnis wurden 17.000 Cherokee Indianer auf dem berüchtigten Trail of Tears, dem Tausende zum Opfer fielen, aus Georgia in das heutige Oklahoma vertrieben.

³ Joachim Lang, Reaktion der Finanzverwaltung auf mißliebige Entscheidungen des Bundesfinanzhofs, Referat auf dem Deutschen Richtertag 1991, Steuer und Wirtschaft 1992, S. 14 ff; Die richterliche Sicht grundlegend bei Franz Klein, BFH-Rechtsprechung - Anwendung und Berücksichtigung durch die Finanzverwaltung, Vortrag auf dem Deutschen Steuerberatertag 1983, Deutsche Steuer-Zeitung 1984, S. 55 ff).

⁴ Aus Wikipedia, Stichwort: Barschelaffäre: *Im Jahr 2007 entspann sich in Kiel ein juristischer Streit zwischen dem in den 1990er Jahren mit dem Fall betrauten Oberstaatsanwalt Heinrich Wille und dem Schleswiger Generalstaatsanwalt Erhard Rex (Anmerkung d.Verf.: SPD). Wille vertrat die Ansicht, die vorhandenen Indizien deuteten in Richtung Mord, während Rex der Meinung war, dass die Indizien eher für Suizid sprächen; da die bisherigen Recherchen von Wille nichts gebracht hätten, sollte das Verfahren seiner Meinung nach beendet werden.*

⁵ Präsident des Verwaltungsgerichtes Lüneburg (2012)

des polnischen Landarbeiters W. W. Gegenüber den Richtern des Landgerichts Lüneburg im Jahre 1941 als Rechtsstaatsverhalten vorgehalten worden ist. Der niedersächsische Innenminister erklärte 1997: Die Richter müssen in Fragen der Verbrechensbekämpfung eindeutig mehr zur Verantwortung gezogen werden, durch zu nachsichtige Urteile werde die Arbeit der Polizei letztlich zunichte gemacht. Auch hier, so von Alten, gebe es Parallelen zu Schlegelberger, der am 31. März 1942 vor den Präsidenten der Oberlandesgerichte und Generalstaatsanwälten forderte, Straftaten im Kriege streng zu bestrafen.

2. Rechtstaat und Revolution

Recht und Macht stehen aber auch in einem unauflöselichen Gegensatz zueinander. Recht ohne Macht ist sinnlos, und Macht ohne Recht ist Chaos. Sinn des Rechts ist, Macht zu beschränken. Sinn der Macht ist, freier Lebensvollzug. Rechtsstaat geschieht daher nicht als Zustand, sondern als *constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere*⁶, als hartnäckiges und nie endendes Suchen nach dem Gleichgewicht zwischen beiden. Revolutionen sind dadurch definiert, dass dieses Gleichgewicht nachhaltig verschoben ist, zumeist zugunsten der Macht und zulasten des Rechts.⁷

Der Begriff Revolution wird heute anscheinend als eine Art geschichtlicher Ehrentitel für soziale Bewegungen verwendet. Dabei unterscheidet man zwischen Gut und Böse. Die bolschewistische Revolution von 1917 war zwar nach heute herrschender Meinung in ihrer Durchführung böse, aber in ihren Absichten gut oder zumindest vertretbar. Das wird auch den Umwälzungen von 1789 in Frankreich zugebilligt. Die „Machtergreifung“ und ihre Anwendung wurden von Führern und Anhängern der Bewegung aber laut und vielfach als Revolution bezeichnet, und zwar dezidiert als antibürgerliche Revolution. Das heute vorherrschende Geschichtsbild versagt der NS-Zeit aber den „Ehrentitel“ einer Revolution. Das erschwert das Verständnis für viele damalige Vorgänge.

Akademisch anerkannte Revolutionen werden offenbar unter ein revolutionäres Bewertungsmuster gestellt, in welchem normale bürgerliche Werte *ipso facto* nicht vorkommen. In einem revolutionären Bewertungsmuster ist es verständlich, irgendwie sogar zwingend, dass antirevolutionäre gewaltsam eliminiert werden. Es erscheint als natürlich und daher verzeihlich, wenn nach 1945 im kommunistisch gewordenen Osteuropa, auch in der ehemaligen DDR, völlig offen und brutal Rechte und Menschenleben ausgelöscht wurden, wenn sie den Zielen der „akademisch anerkannten“ sozialistischen Revolution widersprachen.

⁶ vgl. die Eingangsworte der *Institutiones* des Corpus Iuris.

⁷ Auch der umgekehrte Fall kommt vor, Ausschaltung der Macht/Freiheit durch zuviel Recht: vgl. die Totaldemokratie des Kleisthenes in Athen oder die rechtliche Knebelung der wirtschaftlichen Betätigung im Kommunismus.

Die NS-Bewegung, da keine „akademisch anerkannte“ Revolution, wird dagegen unter das normale, gleichsam bürgerliche, Bewertungsregime gestellt. Alle Untaten und Rechtsbrüche, welche damals geschahen, zeigen sich dann in einem viel grelleren und abscheulicheren Licht. Ein echter Revolutionär darf das Recht brechen. Das wird von ihm geradezu erwartet – wozu macht er sonst Revolution? Eine bürgerliche Regierung aber darf das nicht. In einer echten Revolution wird gehobelt, und da fallen halt Späne in Form von Massenerschießungen und Gulags. In einer bürgerlichen Rechtsordnung sind das Ungeheuerlichkeiten!

3. Akzeleration des Unrechts

Revolution ist eine Umwälzung, welche von einer Minderheit gegen eine meist schweigende Mehrheit durchgeführt wird. Zu Beginn einer Revolution kommen daher daher zwar Verbrechen vor, aber nicht allzu viele. Die potentiellen Gegner des Umsturzes merken zunächst nicht, was geschieht, und erst indem sie sich zum Widerstand formieren, wächst der Druck des herrschend gewordenen Regimes auf die „Konterrevolutionäre, der im Verlauf immer brutaler wird. Die berüchtigten Septembermorde und das Terrorregime von Robespierre stehen nicht am Anfang, sondern am Ende der französischen Revolution, wie auch die Säuberungsaktionen Stalins erst im späteren Verlauf der Revolution stattfinden. In ähnlicher Weise kann auch in der NS-Zeit festgestellt werden, dass anfängliche Rechtsbrüche, etwa die Morde im Zusammenhang mit dem so genannten Röhm -Putsch, von der Bevölkerung noch als Unfälle oder gar als berechtigt angesehen werden konnten. Spätestens nach dem Tod Hindenburgs (August 1934) enttarnte sich das Regime. Dieses sah nun, vielleicht im Bewusstsein seiner immer häufigeren Unrechtshandlungen, immer mehr und schlimmere Feinde, sodass sich, wie in anderen Verläufen dieser Art, das Terrorregime selbst nährte.

4. Terror und Krieg

Der NS-Terror bekam sein besonderes Gesicht durch den Krieg. In der nachträglichen Betrachtung der Unrechtstaten des Regimes wird nicht immer berücksichtigt, dass Kriegszeiten stets und überall zur Verkürzung von Freiheitsrechten und auch zu offenem Unrecht führen. Die meisten und größten Unrechtshandlungen des Regimes fanden während des Krieges. So liegt auch fast alles, was Schlegelberger vorgeworfen wird, in dieser Zeit. Die Brutalität des Unrechts nimmt dabei in dem Maße zu, wie sich das Kriegsglück gegen Deutschland gewendet hatte. Es ist also bei der Betrachtung der Unrechtshandlungen des NS-Regimes nicht immer leicht festzustellen, was auf das Konto einer rechtsfeindlichen Gesinnung des Regimes geht, und daher auch in Friedenszeiten geschehen wäre, und was den Kriegsumständen zuzuschreiben ist, was also z.B. auch in der Schweiz unter Kriegsbedingungen hätte geschehen können.

Krieg macht Angst, und Angst macht rechtsblind. Auch im Rechtsstaat kann nicht alles gesetzlich geregelt sein. Das Verwaltungsrecht braucht Allgemeinbegriffe. Die damaligen und heutigen Polizeigesetze ermächtigen die zuständigen Behörden allgemein, zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung zweckdienliche Maßnahmen zu ergreifen. Was aber ist als Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung anzusehen?

Die Anwesenheit von einigen hunderttausend Juden im Deutschen Reich war sicherlich keine Gefährdung. Aber eine Verschiebung der politischen Rahmenbedingungen, etwa die vom Präsidenten des jüdischen Weltkongresses Weizmann nach Kriegsausbruch gegebene Erklärung, dass Juden in aller Welt mit England gegen Deutschland stehen würden, konnte immerhin als Vorwand dienen, dem deutschen Volk einzureden, dass auch die deutschen Juden auf Seiten des Feindes stünden, und daher im Altreich keinen Platz mehr haben können.⁸ Die USA sah nach dem japanischen Angriff auf Pearl Harbour in der Anwesenheit von amerikanischen Staatsangehörigen japanischer Herkunft in Kalifornien ebenfalls eine solche Gefahr, der mit Deportation zu begegnen war. Die deutsche Bevölkerung in Schlesien und im Sudetenland war keine Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in diesen Gebieten. Eine Verschiebung der politischen Rahmendaten, nämlich der nach 1945 erhobene politische Anspruch des polnischen bzw. tschechoslowakischen Staates, diese Gebiete zu annektieren, machte den Verbleib von mehreren Millionen Deutschen zur Gefahr für die (polnische) öffentliche Sicherheit und Ordnung.

5. Neues gegen altes Recht

Diktatoren und Revolutionäre, was meist identisch ist, rechtfertigen ihre zu Unrecht erlangte oder unter Rechtsbrüchen aufrecht erhaltene Macht dadurch, dass sie versprechen, eine neue, bessere, gerechtere usw. gesellschaftliche Ordnung aufzurichten. Jede Revolution pflegt daher den Hass auf die vorgefundene Rechtsordnung, deren Beseitigung sie als ihr politisches Ziel verkündet. In der Regel erweisen sich Diktatur und Unrechtsregime daher nicht durch ungerechte Gerichtsurteile, sondern dadurch, dass unter Mißachtung des bestehenden Rechtes Gerichte gar nicht erst angerufen werden, ihre Anrufung erschwert wird und deren

⁸ Chaim Weizmann schrieb an [Chamberlain](#), den damaligen britischen Premierminister:

„Ich wünsche in nachdrücklichster Form die Erklärung abzugeben, daß wir Juden an der Seite Großbritanniens stehen und für die Demokratie kämpfen werden. Aus diesem Grunde stellen wir uns in den kleinsten und größten Dingen unter die zusammenfassende Leitung der britischen Regierung. Die jüdische Vertretung ist bereit, in sofortige Abkommen einzutreten, um alle menschlich-jüdische Kraft, ihre Technik, ihre Hilfsmittel und alle Fähigkeiten nützlich einzusetzen“ (veröffentlicht in der [Londoner Times](#) vom 5. September 1939, drei Tage später auch im *Jewish Chronicle* 8. September 1939)

etwaige Urteile nicht vollstreckt werden. Revolutionen schaffen ihr eigenes neues Recht. Die innere Logik von Revolutionen zwingt zu raschem Handeln. *Endlich* soll die alte Ordnung beseitigt werden. Die Folge sind oft überstürzte Ausnahme Gesetze, die nicht notwendig böse sein müssen. Aber sie werden in den Händen rechtsfeindlicher oder oft auch nur schwacher Amtsträger leicht dazu. Ein Ausnahmezustand in Permanenz ist ein Widerspruch in sich. Je länger das Revolutionsregime dauert, desto öfter bricht das Regime auch das von ihm selbst gesetzte Recht oder weicht in allumfassende Allgemeingesetze aus.

II. Interesse an Schlegelberger

1. Lebensgang

Der 1876 in Königsberg/Pr. geborene Franz Schlegelberger (folgend auch: FS) stammte aus einer Familie in Ostpreußen heimisch gewordener Salzburger Protestanten. Die Familie war wohlhabend, aber nicht reich. Der mit etwa 1,70 m kleingewachsene Junge hatte Förster werden wollen, sah sich daran aber durch seine schwächliche Konstitution gehindert und wurde Jurist. Er war nicht der einzige bedeutende Jurist in seiner Familie. Sein Vetter Paul Schlegelberger war später Vizepräsident des Preußischen Obergerverwaltungsgerichts.⁹ Mit knapper Mühe schaffte FS in Königsberg das 1. jur. Staatsexamen. Das im 2. Staatsexamen erreichte Prädikat „gut“ war der Schlüssel für Schlegelbergers Aufstieg. Dieser führte ihn über die Landgerichte Königsberg und Berlin, Kammergericht und ab 1. April 1918 zum Reichsjustizamt, später Reichsjustizministerium, wo er 1931 Staatssekretär und nach dem Tode von Reichsjustizminister Gürtner am 29.1.1941 dessen kommissarischer Nachfolger wurde.

Als Beamter hat Franz Schlegelberger (folgend: FS) Wichtiges geleistet. Die Rentenmark, welche die große Inflation 1923 beendete, war zum Beispiel seine Erfindung.

Ich entsinne mich einer Sitzung, die Helferich als Abgeordneter im Finanzministerium abhielt. Nach langem Warten erschien auch "eine Fuhre Minister". Der Finanzminister Hilferding war völlig ratlos und bat Helferich dringend um Hilfe. Helferich hatte den Gedanken, eine so genannte "Bodenmark" zu schaffen, jedoch war das Projekt noch nicht zu Ende gedacht. Eines Abends im Oktober rief mich der damalige Reichs ernährungsminister Dr. Luther an, er werde mich zu einer unaufschiebbaren Besprechung abholen lassen. In der Nacht haben dann Luther und ich die Deutsche Rentenmark

⁹ vgl. seinen Aufsatz Reichswasserrecht DJZ 34, 614

*geschaffen, ein Zahlungsmittel, basiert auf Belastung des Grundbesitzes und der Industrie.*¹⁰

Das umfangreiche juristische Werk des 1970 in Flensburg gestorbenen FS war bedeutend und wirkt bis heute nach. Er begründete und schrieb führende Kommentare Handels-, Aktienrecht und Seeversicherungsrechtes. Als Kammergerichtsrat im 1. Zivilsenat, dem für ganz Preußen zuständigen Senat für das Recht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, schuf er einen in vielen Folgeauflagen erschienen Kommentar zur Freiwilligen Gerichtsbarkeit, Vorstück für die heutigen Werke zu diesem Rechtsgebiet. Als Herausgeber des Rechtsvergleichenden Wörterbuches war FS zudem einer der Begründer der rechtsvergleichenden Wissenschaft, welche ihm weltweites Ansehen verschaffte.¹¹

Aber dieses Lebenswerk erregt heute weniger Interesse als seine dienstliche Tätigkeit ab 1933 – 1942, und davon besonders die letzten 20 Monate, in denen FS, ohne Minister zu sein, das Reichsjustizministerium leitete, bis er am 26. August 1942 dem von Hitler ernannten Minister Thierack die Geschäfte übergab und in den Ruhestand ging. Seinem Bild soll hier nachgegangen werden. Für Schlegelberger wie für viele Entscheidungsträger jener Zeit gilt, was Schiller 1798 als Prolog zum Wallenstein sprechen ließ.

*Von der Parteien Gunst und Hass verwirrt,
schwankt sein Charakterbild in der Geschichte,
doch euren Augen soll ihn der Jurist¹²
auch eurem Herzen menschlich näher bringen.*

2. Quellen

a. Monographien

Über Schlegelberger gibt es drei Monografien. Zwei davon beschreiben ihn als aktiven Förderer (Förster)¹³ oder willfähigen Teilnehmer (Nathans)¹⁴ des NS -

¹⁰ Auszug aus den Erinnerungen von FS. Es hat FS, so sein Sohn Hartwig gelegentlich, nachhaltig geärgert, dass Hjalmar Schacht den Ruhm erntete, Urheber der Rentenmark zu sein. Schacht selbst rühmt sich dieser Erfindung nicht, vgl. S. 225 seiner Selbstbiographie.

¹¹ Der Verfasser hat noch 1995 in der Rechtsfakultät der Pekinger Universität, Schlegelbergers Bild an einer Wand gesehen zusammen mit einem Faksimile vom Frontispiz des Rechtsvergleichenden Handbuchs.

¹² Der Gebildete wird stutzen, und es sei zugestanden. Der Verfasser, da selbst Jurist, hat das Wort „Kunst“ im Original gegen „Jurist“ getauscht.

Unrechts. Die dritte Arbeit (Wulff) übernimmt im wesentlichen Schlegelbergers im Nürnberger Prozess vorgetragene These, dass er, sofern er Vorwerfbares getan oder geduldet habe, dieses geschehen sei, um Schlimmeres zu verhüten.¹⁵ Diese letztere Arbeit ist Schlegelberger wohl gesonnen.¹⁶ Ihr wissenschaftlicher Wert ist

¹³ Förster, Michael: Jurist im Dienst des Unrechts - Leben und Werk des ehemaligen Staatssekretärs im Reichsjustizministerium, Franz Schlegelberger (1876 - 1970) Nomos -Verlag 1995

¹⁴ Nathans, Eli: Franz Schlegelberger - Der Unrechtsstaat III, Nomos Verlag 1990; ders. (oder Sohn?) Legal Order as Motive and Mask: Franz Schlegelberger and the Nazi Administration of Justice (2004) <http://www.historycooperative.org>

¹⁵ Wulff, Arne Staatssekretär Prof. Dr. Dr. hc. Franz Schlegelberger 1876 - 1970, Rechtshistorische Reihe Nr. 59 Peter Lang Verlag 1991. Die Arbeit ist die unveränderte Druckausgabe einer Kieler Dissertation (1990).

¹⁶ Das hat Wulff erheblich Kritik eingetragen, die ihn sogar in seiner politischen Position gefährdete: WDR 5 Politikum - Das Meinungsmagazin 24. November 2010

Nett zum NS-Juristen von Stefan Welzk: Franz Schlegelberger war über ein Jahrzehnt Staatssekretär im Reichsministerium der Justiz und 1947 in Nürnberg Hauptangeklagter im Prozess gegen die führenden Nazi-Juristen. Seine Rolle beim Massenmord an den Juden war eine flankierende:

1942 wird in der „Wannsee-Konferenz“ die Vernichtung der Juden beschlossen. In einem Rundschreiben im Nachgang zu dieser Konferenz schlägt Schlegelberger vor, Halbjuden die Wahl zwischen Deportation und Sterilisierung zu lassen. Als 1941 wegen der Euthanasie-Morde in der Bevölkerung Unruhe aufkommt, lädt er die Spitzen der Justiz zu einer Konferenz. Dort spricht er von der „Vernichtung lebensunwerten Lebens“ und erklärt, nachdem - Zitat - „ein rechtlich geltender Erlass des Führers für diese Maßnahmen vorliege, können Bedenken gegen die Durchführung der Euthanasie nicht mehr gegeben sein“. Schlegelberger weist die Generalstaatsanwaltschaften an, Strafanzeigen wegen dieser Morde nicht zu bearbeiten, sondern seinem Ministerium vorzulegen. Stets bestand Schlegelbergers Verteidigung darin, jeweils Schlimmeres verhüten haben zu wollen - ein Argument, was fast ein jeder außer Himmler und Hitler sich zu eigen machen konnte. Schlegelberger wurde auch wegen seiner Mitverantwortung für mehrere Todesurteile zu einer lebenslänglichen Haftstrafe verurteilt. 1959 wurde ihm wegen seiner Verstrickung in Euthanasie und Endlösung die Pension aberkannt.

Arne Wulffs Traktat mit dem Titel „Staatssekretär Prof. Dr. Dr. hc. Franz Schlegelberger 1876-1970“ kommt jedoch daher wie eine Gedenkschrift. Im ersten Satz würdigt Arne Wulff Schlegelberger als - Zitat - „die führende Figur der deutschen Justiz von der Monarchie bis zur Demokratie in der Bundesrepublik“. Das zentrale Thema der Dissertation ist der Nürnberger Prozess gegen Schlegelberger - Hitlers Top-Juristen. Arne Wulff listet jedoch - neben den Anklagepunkten und jeweils der Entgegnung der Verteidigung - fast nur wohlwollende Zeugenaussagen und entlastende Dokumente auf. In Wulffs Traktat erscheint Schlegelberger als Bollwerk gegen die Angriffe der Nazis auf das Rechtssystem, als Hüter einer unabhängigen Justiz. Als ein solches Bollwerk stellte Schlegelberger sich auch selbst dar: Hitler, so erklärt Schlegelberger bei den Nürnberger Prozessen unter Eid, „war der erklärte Gegner“. Dieser Gegner beruft ihn 1941, nach acht Jahren angeblicher Widerständigkeit, zum geschäftsführenden Reichsjustizminister und gewährt ihm bei seiner Pensionierung eine Donation von 100 000 Mark. 1944 bittet der Beschenkte Hitler um Genehmigung, mit diesem Geld ein Grundstück kaufen zu dürfen. Arne Wulff freilich führt in seiner Dissertation aus, der Mann habe das Geld aus Hitlers Hand nie angerührt und das Grundstück mit anderem Geld kaufen wollen. Dessen vom Führer genehmigte Bitte, auch im Ruhestand seine Dienstuniform tragen zu dürfen, wird von Arne Wulff nicht erwähnt. Gewiss war Schlegelberger kein fanatischer Faschist. Er war, wie das Gericht anerkennt, eine tragische Figur. Doch wie ein bürgerlich konservativer und pflichtbewusster Beamter lavierend von Kompromiss zu Kompromiss zum Mitverantwortlichen wird für Barbarei und für nicht wenige Morde, das gibt diesem Fall

aber nicht sehr hoch. Da sie von einem Doktorvater betreut wurde, welcher mit der Familie Schlegelberger in gesellschaftlichen Beziehungen stand, wäre sie überzeugender, wenn sie gelegentlich etwas weniger an der Oberfläche geblieben wäre.

b. Verfahren um das Ruhegehalt

Nach seiner Haftentlassung am 2. Januar 1951 bekam FS als ehemaliger Reichsbeamter ein Ruhegehalt. Dieses wurde ihm 1959 aufgrund des Gesetzes zum Art. 131 GG aberkannt. In der hiergegen von FS erhobenen Klage, die sich über zwei Instanzen zog und dann vor dem Bundesverwaltungsgericht am 21. Oktober 1966, wenige Tage vor seinem 90. Geburtstag, durch einen Vergleich endete, wurde Schlegelbergers Verhalten umfassen beleuchtet. Das in 2. Instanz ergangene Urteil des Oberverwaltungsgerichts für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein v. 3. Dezember 1962 (Az. V OVG A 144/60) ist wohl die umfangreichste und sorgfältigste Gesamtdarstellung des Wirkens Schlegelbergers in seiner Zeit als Ministervertreter. Dieses 95 Schreibmaschinenseiten umfassende Urteil ist leider nur in Bezug auf seinen rechtstheoretischen Teil (Verpflichtungscharakter des überpositiven Rechts) veröffentlicht¹⁷ Der Volltext kann aber unter dem Aktenzeichen V OVG A144/60) eingesehen bzw. vom Gericht abgefordert werden und wird im Folgenden vielfach herangezogen. Die Schrift Recht oder Unrecht des Präsidenten des Verwaltungsgerichts Lüneburg, H. von Alten behandelt diesen Rechtsstreit.

c. Strafverfahren in Nürnberg

FS war durch Urteil des Militärgerichtshofes III der Vereinigten Staaten vom 3./4. Dezember 1947 wegen Kriegsverbrechens und Verbrechens gegen die Menschlichkeit nach dem Kontrollratsgesetzes Nr.10 zu lebenslänglicher Gefängnisstrafe verurteilt worden. Der Prozeßstoff ist heute im Internet zugänglich, das Urteil in Bezug auf FS aber in Anbetracht der gegen ihn erkannten hohen Strafe erstaunlich dürftig. Es handelte sich hierbei aber um ein

paradigmatische Brisanz. Doch Arne Wulff findet kein Wort der kritischen Reflexion und Distanz. Wann geht ein von Verantwortung getragenes Verhinderungs-Mitwirken über in verbrecherische Mittäterschaft? Wo setzt die Sittlichkeit dem Gehorsam Grenzen? Wann müssen Beamte künftig die Reißleine ziehen, wo ihren Dienstherrn ausbremsen oder aufkündigen? Dazu bietet Arne Wulffs Traktat keinen einzigen Gedanken. Statt dessen verliert sich dieses intellektuell auffallend dürftige Papier in mitfühlendem Verständnis und in biografischen und familiären Details. Ist Arne Wulff **mit dieser distanzlosen Doktorarbeit im Amt des Chefs einer Staatskanzlei in unserer Demokratie tragbar**? Kann sich Schleswig-Holstein einen solchen Spitzenbeamten leisten?

¹⁷ OVGE 18, 446 ff

Sammelverfahren gegen 16 Angeklagte verschiedener dienstlicher Stellung, denen unterschiedliche Vorwürfe gemacht wurden. Die individuelle Handlungsweise von Schlegelberger und die ihm zugewiesene Schuld werden in diesem Urteil nicht deutlich. In dem erwähnten Verwaltungsrechtstreit vor dem OVG hat Schlegelberger sich ua dahin eingelassen, er habe sich offenbar tadelsfrei verhalten, denn das Land habe nicht einmal aufgrund der Nürnberger Verurteilung Veranlassung gesehen, ein Disziplinarverfahren gegen ihn zu eröffnen. Dagegen hat das Land erwidert (S. 44 des Urteils): *Das Urteil des Nürnberger Militärgerichtshofes allein hätte zur Einleitung eines Disziplinarverfahrens schwerlich ausgereicht, denn es enthalte nicht die Beweise, die in einem Disziplinarverfahren hätten erbracht werden müssen.* Die vom Militärgerichtshof gegen Schlegelberger zugrunde gelegten Vorwürfe empfand das Land also offenbar als so dürftig, dass sie nicht einmal ausreichten, ein, gegenüber einer lebenslänglichen Verurteilung sehr viel geringer eingreifendes, Disziplinarverfahren wegen dienstlicher Verstöße einzuleiten.

OVG

d. Autobiographisches

FS hat auf 290 maschinenschriftlichen Seiten im DIN A – 5 Format nach seiner Entlassung und vor Ende des Krieges Erinnerungen verfaßt. Der Verfasser, der mit der Enkelin von FS, Dr. med. Patricia Aden geb. Schlegelberger, verheiratet ist, hat diese im Besitz. Sie sind bisher nicht veröffentlicht, weil das Urheberrecht daran einer Erbgemeinschaft zusteht. Sie enthalten persönliche Erinnerungen an Familie und Studienzeit, aber keinerlei für FS ehrenrührige Inhalte. Seriösen Anfragern kann der Text im Hause des Verfassers gezeigt werden. Aus diesen wird hier, oft zum ersten Male, zitiert.

3. Beurteilungen

Beachtlich ist das Urteil des ersten Präsidenten des BGH Weinkauff: *Franz Schlegelberger hat die übelsten Verletzungen des Rechtsstaates geduldet und selbst begangen.*¹⁸ Lothar Gruchmann führt im Personenregister seines grundlegenden Werkes den Namen Schlegelberger über 70 mal auf, niemals im Sinne einer Anklage. Sein ehemaliger Referent beschreibt ihn wie folgt: *Geborener Ostpreuße, klein¹⁹, untersetzt, mit großer Hakennase, quicklebendig, immer agil und robust, dabei hoch gebildet, ein vollendeter Diplomat mit bezaubernder Liebenswürdigkeit, begabt mit unglaublich rascher Auffassung, ungewöhnlich intelligent, von*

¹⁸ Weinkauff, Hermann Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus Stuttgart 1968. Darin S. 141 ff: Die Ära Schlegelberger

¹⁹ FS war etwa 1,65 m groß.

*unermüdlicher Schaffenskraft, in seinen Reaktionen den anderen immer um eine Nasenlänge voraus, glänzender Jurist.*²⁰

Menschen, die befragt werden konnten, schildern ich als *Preuße, wie er im Buche steht*²¹ Freundlich, freisinnig, arbeitsam, gebildet, aufrecht, seinen Freunden hilfreich, dem Vaterland getreu und weltoffen, sparsam und doch großzügig, seiner Familie ein guter Vater und Großvater. Der Verfasser ist mit der Enkelin von FS, Dr. med. Patricia geb. Schlegelberger, verheiratet. Für diese und ihre Vettern und Kusinen war FS der hochverehrte und geliebte Großvati schlechthin. Dieses Urteil wurde in Familie und Freundeskreis gebildet und bis heute weiter getragen. Es entspricht auch der zeitgenössischen Beurteilung.

4. Vergleiche

a. Klassenjustiz der DDR

Es fällt ein Ungleichgewicht auf in der Beurteilung Schlegelbergers gegenüber der von anderen prominenten Juristen der NS- Zeit, insbesondere aber gegenüber der Beurteilung von Juristen aus der zweiten deutschen Diktatur im 20. Jahrhundert. Dieses im einzelnen auszuführen, wäre ein zu weites Feld, daher nur ein Beispiel. Im Jahr 2011 wurde eine Frau Karola Wille zu Intendantin des Mitteldeutschen Rundfunks gewählt. Frau Wille hatte in der DDR Rechtswissenschaft studiert. Dieses Fach konnte man nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Staatsmacht studieren, nachdem man sich bereit erklärt hatte, den Herrschaftsanspruch der SED - Diktatur auch über die Justiz, Klassenjustiz wie sie ganz offiziell hieß, anzuerkennen. Frau W. konnte sich trotz der massiven SED – Verstrickung gegen einen gut, oder sogar besser, qualifizierten unbelasteten Mitbewerber durchsetzen.²² Öffentliche Proteste gab es nicht.

Man hat Schlegelberger vorgeworfen, dass er durch seine Forderung nach einer Neuausrichtung des deutschen Rechtes mit den völkischen Vorgaben der NSDAP zum Teil übereingestimmt habe. Offenbar fällt es aber niemandem ein, ehemaligen Juristen aus der SED-Diktatur vorzuhalten, dass sie sich der ausdrücklich geforderten Parteilichkeit im Sinne des Arbeiter-und Bauernstaates ausgeliefert haben. Von Schlegelberger sind keinerlei antisemitische oder rassepolitisch motivierten juristischen Äußerungen bekannt. Es fällt vielmehr auf, dass der schreibfreudige Schlegelberger etwa in der Zeitschrift Deutsches Recht, DR, dem von Hans Frank herausgegebenen Zentralorgan des nationalsozialistischen Rechtswahrerbundes nicht ein einziges Mal publiziert hat. Auch in der von Carl

²⁰ Heintzeler, W. Im Jahrhundert extremer Turbulenzen, 1983, S. 57

²¹ So eine noch lebende Dame aus Flensburg, dem letzten Wohnort von FS zum Verfasser.

²² vgl. Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 21. 10. und 3. 11 2011; Leserbrief Jost FAZ v. 15.11. 11

Schmitt herausgegebenen Deutschen Juristenzeitung, DJZ, findet sich zwischen 1933 und 1936 kein Aufsatz von Franz Schlegelberger.

b. Carl Schmitt

	Schlegelberger	Schmitt
Herkunft	Ostpreußen	Westfalen
Familie	Kaufmann	Ebenfalls
Konfession	Protestantisch	Katholisch
Beruf	Praktischer Jurist	Theoretiker.
NSDAP	Zwangsmitgliedschaft 1938	Eintritt am 1. Mai 1933
NS -aussprüche	Keine	<i>Der Führer schützt das Recht uvam</i>
Nachrede	Nazijurist	Konservativer Vordenker

Schlegelberger (1876 –1970) und Carl Schmitt (1888 – 1985) werden beide Exponenten dessen, was das 20. Jahrhundert in Deutschland juristisch prägte. Sie werden aber praktisch nicht zusammen gesehen oder gegen einander gestellt. Während FS weiterhin gegen den Ruf, ein unbelehrbarer Nazijurist gewesen zu sein, in Schutz genommen werden muß, ist die Berührungsscheu vor Carl Schmitt (1888 bis 1985) weitgehend verschwunden. Schmitt, als konservativer Staatsdenker, ist wieder einer der am häufigsten zitierten deutschen Staatsrechtslehrer.²³ Der Katholik Schmitt hat sich aus freien Stücken zu nationalsozialistischen Aktivitäten hergegeben. In Dutzende von Aufsätze rechtfertigte Schmitt die NS-Herrschaft. Berüchtigt ist sein Aufsatz *Der Führer schützt das Recht*, in welchem er die Maßnahmen des Führers zur Niederschlagung des zum sogenannten „Röhm-Putsches“ vom Juni 1934 rechtfertigt.²⁴ Hier stehen die oft zitierten Worte: *Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Missbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft. . . Die Tat des Führers untersteht nicht der Justiz, sondern war selbst höchste Justiz.*

Wenig erbaulich ist auch sein Aufsatz *Die deutsche Rechtswissenschaft im Kampf gegen den jüdischen Geist.*²⁵ Darin fordert er zunächst einmal *so exakt wie nur möglich festzustellen, wer Jude ist und wer nicht Jude ist.* Auf dieser Grundlage seien die Bibliotheken zu säubern. Dann stelle sich das Problem der Zitate, denn *ein*

²³ Thomas Assheuer, DIE Zeit On-Line, v. 03.04.2007.

²⁴ Deutsche Juristenzeitung, DJZ, 1934, 945 v. 1. August 1934: Zu diesem Zeitpunkt mußte jedem klar sein, was unmittelbar nach den Morden noch nicht erkennbar gewesen sein mochte, dass nämlich von einem wirklichen Putsch nicht die Rede sein konnte, und dass insbesondere nicht erklärlich war, weswegen Schleicher und seine Frau in ihrem Haus erschossen wurden..

²⁵ DJZ 36, 1193 f

jüdischer Autor hat für uns keine Autorität, auch keine rein wissenschaftliche Autorität. Das Wichtigste aber sei, der klaren und endgültigen Erkenntnis zum Durchbruch zu verhelfen, dass jüdische Meinungen in ihrem gedanklichen Inhalt nicht mit Meinungen deutscher oder sonstiger nichtjüdische Autoren auf eine Ebene gestellt werden können. usw.

c. Karl Larenz

Hier wird keine Gesamtdarstellung der deutschen Rechtswissenschaft im Dritten Reich versucht, daher sei statt vieler nur Karl Larenz als von Rüthers besonders gut herausgearbeitetes Beispiel erwähnt.²⁶ Karl Larenz (1903 – 93) war einer der einflussreichsten Zivilrechtslehrer nach dem Zweiten Weltkrieg. Durch das *Gesetz über die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7.4.1933* wurden jüdische Beamte und Professoren aus ihren Ämtern entfernt. Von 10 juristischen Lehrstuhlinhabern in Kiel blieb nach der Machtübernahme daher nur einer übrig. In die entstehenden Lücken wurden junge Professoren berufen, darunter Karl Larenz. Auch damals konnten die Autoren selbst bestimmen, über was sie schreiben wollten, und über was nicht. Larenz hätte seinen Lehrstuhl nicht verlorene, wenn er über Themen geschrieben hätte, die ihn nach dem krieg berühmt gemacht haben, Schuldrecht und juristische Methodenlehre. Der ehrgeizige Larenz stieg aber voll in die rassenpolitischen Themen der Zeit ein und begründete unter anderem die Lehre von der geminderten Rechtsfähigkeit der Juden.

III. Selbstzeugnis: Staatssekretär unter Gürtner²⁷

Am 10. Oktober 1931 wurde ich zum Staatssekretär ernannt. Das Jahr 1932 brachte einen politischen Umschwung. Der Reichspräsident entließ den Reichskanzler Brüning und beauftragte von Papen mit der Bildung eines neuen Kabinetts. Reichsjustizminister wurde der bisherige bayerische Justizminister Dr. Gürtner, den ich schon seit längerer Zeit kannte und hoch schätzte. Dr. Joel, der seit 1931 Reichsjustizminister gewesen war, war aufs tiefste betroffen, daß man ihn gehen ließ. Bei dem Auszug aus dem Haus verlor er vollständig die Haltung. Die letzten Monate hatte ich schwer unter ihm gelitten. Es war seine Eigenart, sich die Weisheit von den Referenten außerhalb des Reichsjustizamtes zu holen, die er anscheinend für maßgebender hielt als seine berufenen Berater. Dazu kam eine Hörigkeit gegenüber jedem Kanzler und Minister, wie sie einem aufrechten deutschen Menschen fremd ist. Erst bei seinem Abgang erfuhr ich, daß Joel, der

²⁶ Rüthers, Bernd, Personenbilder und Geschichtsbilder – Wege zur Umdeutung der Geschichte? Anmerkungen zu einem Larenz- Porträt JZ 11, 593 f

²⁷ Abschnitt III wörtlich ohne Zufügungen, aber um Privates gekürzt, aus den persönlichen Aufzeichnungen von FS. Fußnoten von M.A.

auch sehr viele gute Seiten und im allgemeinen eine natürliche Liebenswürdigkeit hatte, Volljude war. Das hatte er mit Erfolg vollständig verborgen gehalten.

Die Papen-Regierung, die am Jahresschluß durch ein im übrigen unverändertes Kabinett Schleicher abgelöst wurde, beseitigte die preußische Regierung. Der Ministerpräsident Braun, der lange in Preußen regiert hatte, floh. Der Innenminister Severing "wich der Waffengewalt", d.h. er verließ das Amt, als die von ihm mit dem Reichsinnenminister als ausreichend bedrohend vereinbarte Truppe, ein Leutnant und einige Mann, erschien. Mit Papen verhandelte es sich im Allgemeinen recht angenehm. Nur wollte er auch gleich alle widerstrebenden Gegner erschießen. Als ich den Zweifel aussprach, ob das Militär schießen würde, gab es einmal einen scharfen, aber rein sachlichen Zusammenstoß. Daß in allen kritischen Augenblicken mein Minister krank oder abwesend war, war mein Schicksal.

1933, das Jahr der Machtübernahme durch Adolf Hitler! (30. Januar). Bald nachher erkrankte Minister Gürtner, und ich führte die Geschäfte (ohne besonderen Auftrag). Im März kam in einer Kabinettsitzung zur Sprache, daß Kommunisten als SA-Männer getarnt ein französisches Konsulat gestürmt hatten. Auf die Frage des Kanzlers, ob es hierfür nicht eine drakonische Sonderstrafbestimmung gebe, mußte ich auf das allgemeine Strafgesetz verweisen. Der Kanzler war empört und sagte etwa: "Der Vertreter des Justizministers will offenbar der nationalen Regierung Schwierigkeiten bereiten." Nach formellem Sitzungsschluß verlangte ich eine sofortige Rücksprache mit den Ministern, die den Kanzler über den Vorfall informiert hatten, so kategorisch, daß diese Minister im Saal blieben und Auskunft gaben. Nach Klärung des Tatbestandes ließ ich im Amt eine Strafbestimmung ausarbeiten und verlangte von der Reichskanzlei schon für den nächsten Tag (es war der 21. März, der Tag von Potsdam) eine Sondersitzung des Kabinetts. Auf die Antwort der Reichskanzlei, dies sei unmöglich, erwiderte ich, daß damit die Reichskanzlei für alle Folgen die Verantwortung übernehme. Daraufhin wurde die Sitzung für den 21. März im Anschluß an die Potsdamer Feier anberaumt. Der Kanzler führte den Vorsitz. Ich führte aus, der Kanzler habe am Vortage schwere Vorwürfe gegen mich erhoben, ich stände an nationaler Gesinnung hinter niemand der Anwesenden zurück und empfinde deshalb die Vorwürfe als ungerecht. Dafür daß die andern Minister mich nicht rechtzeitig unterrichtet hätten, trüge ich nicht die Verantwortung, ich bäte nunmehr, über meine Vorlage zu beschließen. Die Vorlage wurde einstimmig angenommen. Am Schluß kam der Kanzler zu mir heran und drückte mir die Hand.

Schon zu Beginn des Jahres wurde die Frage nach dem Schicksal der jüdischen Rechtsanwälte akut. Ich ließ mich beim Kanzler melden und schlug vor, Juden nicht mehr neu zuzulassen, bezüglich der bereits vorhandenen jüdischen Rechtsanwälte, die zum größten Teil vortreffliche Männer seien, es beim Gesetz des Aussterbens bewenden zu lassen. Der Kanzler billigte diesen Vorschlag ausdrücklich. Bald

darauf fand unter meinem Vorsitz eine Sitzung sämtlicher Justizminister statt, in der diese Frage behandelt werden sollte. Sehr bald war mir klar, daß ein verabredeter Vorstoß gegen das Reichsjustizamt geplant war. Die Rollen waren verteilt: Staatssekretär Freisler war außerordentlich liebenswürdig, Justizminister Kerrl ironisch, Justizminister Franck grob. Sachlich waren sie alle einig in dem Verlangen der Vernichtung sämtlicher jüdischer Rechtsanwälte. Mein Hinweis auf den Führerentscheid machte gar keinen Eindruck, er paßte nicht ins Konzept. Auf Wunsch der Teilnehmer unterbrach ich die Sitzung kurzfristig. Wie ich nachher erfuhr, wurde ein Antrag beraten, mich als Vorsitzenden abzulehnen, da ich Jude sei. Leider, muß ich sagen, wurde der Antrag abgelehnt. Die Sitzung endete ohne sachliches Ergebnis. An Deutlichkeit gegenüber den Verschwörern habe ich es nicht fehlen lassen. Später kam Reichsminister Gürtner gegenüber dem Kanzler auf beide Angelegenheiten zurück. Er fragte: "Sie haben Schwierigkeiten mit meinem Vertreter gehabt?" Antwort des Kanzlers: "Im Gegenteil, oder nein, richtig. Einmal gab es etwas, aber da hatte ich Unrecht." Auf die Frage des Kanzlers nach der Familie des Staatssekretärs antwortete der Minister: *Ausgewanderte Salzburger protestantische Familie. Endungen auf „er“ seien dort wie auch sonst häufig, z.B. Hitler, Gürtner.* ²⁸

Als bald nach der Machtübernahme zeigte sich deutlich, dass der bayerische Justizminister Dr. Franck²⁹ kraft seiner Stellung in der Partei die Führung in allen Justizangelegenheiten für sich in Anspruch nahm. Dieses bereitete Dr. Gürtner schwere Sorgen, und er erbat oft meinen Rat, wie man diese Frage meistern könne. Ich wusste, dass Gürtler keine Kampfnatur war und in einem Kampf mit Franck sicher unterliegen würde. Da man andererseits mit einer einfachen Ablehnung nicht weiterkommen würde, riet ich Dr. Gürtner, dem Führer vorzuschlagen, Frank zum Reichskommissar für die Erneuerung des deutschen Rechts zu ernennen. Ich erwartete auf der einen Seite die Zustimmung von Frank und andererseits keine Gefahren, da ja schließlich ohne Zustimmung des Reichsjustizministers nichts Wesentliches geschehen konnte. Diese Taktik erwies sich als richtig. Franck nahm

²⁸ FS persönliche Aufzeichnungen beginnen mit dem Hinweis auf diese Herkunft: Während ich mit diesen Aufzeichnungen beginne, im Februar des Jahres 1945, fahren in endlosem, oft kilometerlangem Zuge ländliche Fuhrwerke, bespannt mit abgetriebenen Pferden, beladen mit meist ärmlichstem Hausrat und in dicke Tücher gehüllten Frauen und Kindern still und traurig durch Lehnin gen Westen. So ähnlich muß es gewesen sein, als vor etwa 200 Jahren die ihres Glaubens wegen verfolgten Salzburger ihre Heimat verließen, um in Ostpreußen Aufnahme zu finden.. Mit diesen Salzburger Emigranten kam auch mein Vorfahr, gleichfalls ein Bauer, nach Ostpreußen. Balthasar Schlegelberger wurde wie die anderen Salzburger in der Gegend von Gumbinnen angesiedelt. Sein Sohn, Simon, lebte in Ragnit, dessen Sohn, mein Großvater, in Tilsit. Er war, wie sein Vater, nicht mehr Bauer sondern Kaufmann, und diesen Beruf wählte auch mein Vater, Rudolph Schlegelberger. Er begründete in Königsberg ein Getreidekommissionsgeschäft, das sich eines großen Ansehens erfreute.

²⁹ FS schreibt den Namen von Frank mehrfach falsch mit „ck“. Es kann als Indiz für sein distanziertes Verhältnis zu ihm gesehen werden, wenn er nicht einmal dessen Namen richtig schreibt.

das neue Amt gern an, hat aber als Reichsjustizkommissar wegen seiner sonstigen Interessen keinen erheblichen Einfluss auf die Gesetzgebung genommen.

Dass es bald zu einer einheitlichen deutschen Justiz kommen möge, war ein weit verbreiteter Wunsch, und alsbald wurde dieses Problem das zentrale Problem der Rechtspflege. Immerhin war aus Vorsicht ein langsames vorwärts schreiten geboten. Durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 30. Januar 1934 war die Justiz Reichsjustiz geworden. Ein erstes Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich vom 16. Februar 1934 zog hieraus auf einzelnen Gebieten Folgerungen: Sämtliche Gerichte sprechen fortan Recht im Namen des Deutschen Volkes, das Begnadigungsrecht wird dem Reichspräsidenten vorbehalten. Die Freizügigkeit der Richter und Rechtsanwälte sowie der notariellen Urkunden wird gesichert. Ein zweites Überleitungsgesetz übertrug die Zuständigkeiten der oberen Landesjustizverwaltungen auf den Reichsminister der Justiz.

In dieser Lage der Entwicklung propagierte Preußen plötzlich den Gedanken einer Spaltung der Reichsjustizverwaltung, d.h. des Ministeriums in ein gesetzgebendes Ministerium und ein Verwaltungsministerium. Minister Kerrl³⁰ erschien eines Tages, begleitet von Staatssekretär Freisler, bei Dr. Gürtner. In meiner Gegenwart führte Kerrl aus: Gürtner verstehe von Gesetzgebung gewiss mehr als er, aber Gürtner müsse doch zugeben, dass er, Kerrl, von Verwaltung viel mehr verstehe als Gürtner (Kerrl war mittlerer Justizbeamter gewesen, Gürtner langjähriger bayerischer Justizminister!). Daraus ergebe sich zwangsläufig die Teilung des Justizministeriums sachlich und persönlich. Dr. Gürtner hörte im Wesentlichen nur zu. Am nächsten Morgen hielten wir eine Einladung in das preußische Justizministerium zum Kaffee. Auf dem Balkon fand tatsächlich der Kaffee statt. Wider Erwarten und trotz meiner Aufforderung an Freisler wurde vom Thema nicht mehr gesprochen. Dicke Butterbrote dienten als Ersatz. Offensichtlich war über Nacht den preußischen Herren die Erkenntnis gekommen, dass Versuche, ihre Lösung zu erreichen, aussichtslos waren. In der Tat war der Vorstoß endgültig abgeschlagen und am 24. Januar 1935 erschien mit der Unterschrift des Führers, das dritte Rechtspflege-Überleitungsgesetz, nach dem das Reich als Träger der Justizhoheit die gesamte Justiz mit allen Zuständigkeiten, Rechten und Pflichten, mit allen Justizbehörden und allen Bediensteten übernahm. Von einer Aufteilung des Ministeriums war keine Rede mehr. In Gegenwart des Führers wurde dieser Abschnitt der Entwicklung durch einen Festakt im Opernhaus feierlich bekundet, an dem sämtliche Präsidenten und Richterabordnungen in Roben teilnahmen.

Preußen hat dem Reichsjustizministerium diesen Sieg niemals vergeben. Göring hat mir in einem Gespräch im Jahre 1942 selbst gesagt, dass er die Verreichlichung der Justiz, durch die er überrumpelt sei, nicht verzeihen könne. Man sucht

³⁰ 1887 – 1941; damals Preußischer Justizminister

vergeblich nach den Gründen, lag doch dieser Akt, ganz unzweifelhaft im Zuge der Entwicklung. Vielleicht trägt folgender Vorgang ein wenig zur Klärung bei. Als Minister Kerl mich durch das Jüterboger Referendarlager „Hans Kerrl“³¹ führte und ich bemerkte, dass Lager müsse viel Geld gekostet haben, erwiderte Kerl lächelnd: *Den Staat nicht!* Das Geld stamme hauptsächlich von wohlhabenden Firmen und Leuten, die durch Zahlung einer erheblichen Geldsumme die Verschonung mit einem Strafverfahren und einem Gnaden erreichen wollten. Das Geld sei zunächst dem Winterhilfswerk überwiesen und dann ihm zur Verfügung gestellt. Vielleicht erklärten sich auch so die dauernden konzentrischen Angriffe fast aller Gauleiter, die Minister Gürtner und ich während unserer letzten Amtszeit erlebt haben. Jedenfalls haben die Erzählungen von Kerrl zur wesentlichen Beschleunigung der Verreichlichung beigetragen.

Die Verschmelzung der beiden Beamtenkörper (im Rahmen der Verreichlichung der Justiz) war schon deshalb sachlich nicht einfach, weil für dieselben Gebiete in beiden Zentralbehörden eingearbeitete Referenten zur Verfügung standen. Die weit zahlreicheren Preußen betrachteten die Männer vom Reich als Eindringlinge. Am dornenvollsten war das Verhältnis zu Freisler, der als zweiter Staatssekretär in das Reichsjustizministerium übertrat. Freisler war ein Mann, dem eine gewisse Genialität nicht abzusprechen war, aber ein völlig und disziplinierter Geist, launenhaft wie eine Primadonna, übermäßig empfindlich, von einer inneren Unruhe, die immer wieder nach neuer Betätigung suchen ließ, und der im Grunde nichts ernst nahm. Ich habe anfänglich dauernd Zusammenstöße mit ihm gehabt, wozu sein gewisses Minderwertigkeitsgefühl meist Anlass gab. Aber ich habe mich meiner Haut gewehrt, und als ich nach Dr. Gürtners Tod die Führung des Ministeriums übernahm, hat er sich einwandfrei untergeordnet und mir oft versichert, dies sei die schönste Zeit seines Lebens. Dr. Gürtler machte den Fehler, Freisler erziehen zu wollen, womit er restlos scheiterte. Einzige Ergebnisse waren hin und wieder Nervenzusammenbrüche mit vielen Tränen, Besserungsgelübden ohne Erfüllung. Ich bin überzeugt davon, dass der fast tägliche Ärger, den Dr. Gürtner seiner Natur nach in sich hinein fraß, viel zu seinem Ende beigetragen hat. Freisler war seinem ganzen Wesen nach untreu, er liebäugelte mit jeder Kombination. Bei der Partei hatte er trotz des goldenen Parteiabzeichens keine gute Nummer, und ich habe ihn wiederholt „retten“ müssen. Am 3. Februar 1945 ist Freisler bei einem Bombenangriff auf Berlin ums Leben gekommen. Die Arbeit teilte ich mir mit Freisler sachlich so, dass er die Strafsachen und das Prüfungsamt, ich das übrige übernahm. Mit Strafsachen habe ich als Staatssekretär bis zum Schluss nichts zu tun gehabt.

Dr. Frank hatte im Jahre 1934 die Akademie für deutsches Recht gegründet mit der Aufgabe, die Neugestaltung des deutschen Rechtslebens zu fördern. Der Gedanke

³¹ Verfasser hat noch eine Reihe von Juristen kennen gelernt, denen in diesem halb-militärischen Lager der nötige ideologische Schliff beigebracht werden sollte.

war gut. Leider riss nur der Missbrauch ein, aus dekorativen Gründen Leute zu Mitgliedern zu ernennen, die für das Rechtsleben gar nichts mitbrachten. Die Ausschüsse arbeiteten überwiegend gut, zum Teil sogar vorzüglich. Da die Gefahr drohte, dass die betriebsame Akademie und namentlich ihr Präsident Franck die Reform des bürgerlichen Rechts an sich reißen würde, gewann ich Minister Dr. Gürtner für meinen Plan, selbst mit Reformgedanken hervor zu treten und hierfür den Führer zu interessieren.

Am 25. Januar 1937 konnte ich in der Universität Heidelberg meinen großen Vortrag „Abschied vom BGB“ halten, an dessen Schluss ich erklärte, der Führer und Reichskanzler habe sich auf Vortrag des Reichsministers Dr. Gürtner damit einverstanden erklärt, dass das Reichsjustizministerium die Erneuerung des gegenwärtig im BGB geregelten Rechts alsbald in Angriff nimmt. Der Vortrag machte großes Aufsehen, verursachte viel Zustimmung und sie war schwankt zwischen schwang er bis viel Widerspruch, erreichte also sein Ziel, die Frage in Fluss zu bringen und die klare Zuständigkeit des Ministeriums zu betonen.

Der Anfang Januar 1941 leitete einen neuen Abschnitt meiner dienstlichen Tätigkeit ein. Anfang Januar erkrankte der Minister Dr. Gürtner. Die Krankheit sah zunächst keineswegs bedrohlich aus. Auch als ich den Patienten am 23. in seiner Wohnung besuchte, fand ich ihn auffallend leidend, ahnte jedoch nichts Schlimmes. Am 29. früh erreichte mich die Meldung des Sanatoriums, dass der Minister in der vergangenen Nacht gestorben sei. Das war ein schwerer Schlag. Wir waren sehr verschiedene Naturen. Was mir nach meinem Urteil besonders eigen ist, starke Aktivität und Kampfgeist, fehlte Dr. Gürtner durchaus. Dafür war sein hervorstechender Zug tiefe Besinnlichkeit und wärmste Herzensgüte. Er war ein Mann von ganz außergewöhnlicher Klugheit, universellem Wissen, ehrlicher Bescheidenheit und unantastbarer Lauterkeit der Gesinnung, eine ganz auf Harmonie gestellte Persönlichkeit, die den Frieden wollte und jeden krummen Weg verabscheute. Wir standen so zueinander, dass jeder die Gedanken des anderen sofort erriet, und dass wir immer zueinander fanden, wenn wir einmal verschiedener Meinung waren. Vielleicht sagt alles dieses am besten der Brief, den mir Gürtner zu meinem 60. Geburtstag schrieb:

..... Ich danke Ihnen am heutigen Tag aus tiefster Verpflichtung für alles was Sie für mich und mit mir seit der Amtsübernahme gedacht, gesorgt und gearbeitet haben, und was sie mir in diesen kritischen Jahren auch außerhalb des Amtes aus innerer Verbundenheit und treuer Freundschaft geschenkt haben. Ich habe gefunden, es ist eine hohe und darum seltene Gabe des Glücks, einen Mann an seiner Seite zu wissen, demgegenüber das unbelehrbare Gefühl vollkommener Sicherheit und unbegrenzten Vertrauens besteht. Sie, lieber

Herr Staatssekretär, sind einer der wenigen Gefährten meines Lebensweges, in denen ich dieses Stückes teilhaftig geworden bin.³²

Mit eigenem tiefen Schmerz verband sich meine Sorge um das Ministerium. Ich war überzeugt davon, dass Gürtners Lebenskraft nicht allein durch seine Krankheit, sondern vor allem durch seine Sorge um Deutschlands Zukunft und durch den täglichen Ärger über Staatssekretär Freisler gebrochen war. Es war mir klar, dass bei einem Zustand, in dem Freislers disziplinierte Natur sich auswirken könnte, es für mich unmöglich sei, weiter im Ministerium mit Verantwortung zu wirken. Ich suchte deshalb noch am 29. den Chef der Reichskanzlei Dr. Lammers auf und sagte ihm dieses. Ich stellte ihm vor, dass der Führer sofort eine Entscheidung über die Führung des Ministeriums treffen müsste, ganz gleichgültig, wie sie ausfalle. Eine Gesamtregierung mit Freisler sei für mich völlig ausgeschlossen. Darauf wurde ich noch im Laufe des Tages vom Führer mit der Führung der Geschäfte des Ministeriums beauftragt. Freisler nahm das wider Erwarten völlig ruhig hin.

IV. Justiz im NS - Staat

1. Rechtspositivismus

Fehlentwicklungen des Rechts während der NS-Zeit wurden nach verbreiteter Meinung auf den Rechtspositivismus deutscher Juristen zurückgeführt. Dieser sei erklärtes Ziel der *Bismarckschen Erziehung* (sic!) gewesen. Dessen Frucht, der Kadavergehorsam, habe dann zu dem blinden Gehorsam des deutschen Richters gegenüber dem Gesetz des Gewalthabers geführt.³³ Göppinger sagt: *Das damals herrschende positivistische Rechtsdenken trug zum Entstehen des Unrechtsstaates bei.*³⁴ Auch Weinkauff (S.28) sieht das so: *Der deutsche Richter war mit Selbstverständlichkeit Rechtspositivist.* Die Positivismusdiskussion wurde durch die Rede des Papstes vor dem Deutschen Bundestag im September 2011 neu entfacht, indem er den Theoretiker des Rechtspositivismus Hans Kelsens heraushob. Erwartungsgemäß nahm diese Diskussion sofort Richtung auf die NS- Zeit und den Beitrag des Positivismus zu den damaligen Entgleisungen.³⁵

Ausländische Autoren nahmen den Vorwurf des Positivismus, auch in Bezug auf FS auf. Nathan schreibt: *Schlegelberger war eine klassische Verkörperung des Typs, der im deutschen Rechtssystem seit Wilhelms Zeiten vorherrschte. Der Typ des blind auf das Gesetz fixierten positivistischen Juristen, daran gewöhnt, das Gesetz*

³² Das vertrauensvolle Verhältnis zwischen FS und Gürtner wurde nach dem Krieg durch unverdächtige Zeugen wie die Witwe von Carl Goerdeler bestätigt, vgl. von Alten S. 121

³³ Himmelmann, Werner, Juristische Zeitgeschichte, Hrg. Justizministerium des Landes NRW, Band 8 Justiz und Judentum, 1999, S. 4, 10

³⁴ Göppinger, S. 7

³⁵ Verschiedene Beiträge in der FAZ; ua Leserbrief v. Prof. Hofmann v. 25. 10. 11

formallogisch auszulegen. ³⁶ Ryszka: *Seine Bedenken gegenüber den Lehren und Zielen des Nationalsozialismus hinderten ihn nicht daran, das Justizsystem gemäß den ihm erteilten Befehlen des Reichskanzlers zu steuern. Außerdem legte er in dieser Hinsicht eine beachtliche Initiative an den Tag.* ³⁷ Es war nach dem 2. WK ein anscheinend besonders bei Amerikanern verbreiteter Glaubenssatz geworden, dass Rechtspositivismus eine deutsche Eigenheit sei, welche damit natürlich dem über allem Deutschen liegenden Verdikt verfiel. Auch der weit über Deutschland als Rechtsphilosoph bekannte G. Radbruch³⁸, zweifellos ein Gegner der NS-Ideologie, wurde als Positivist geschmäht.

2. Was ist Rechtspositivismus?

Den Anklägern ist aber nicht immer klar, was sie hier mit „Positivismus“ meinen. Immerhin hat ein amerikanischer Jurist jetzt auch erkannt, ein historisch adäquater Begriff des Gesetzespositivismus *müsse noch gesucht werden*, und hat jedenfalls Radbruch von diesem „Vorwurf“ freigesprochen.³⁹ Nach allgemeiner Definition ist Positivist ein Mensch, welcher sich an das Gegebene hält und seine Entscheidungen auf allgemein anerkannte Erfahrungstatsachen gründet. Rechtspositivist ist also ein Jurist, der unter Verzicht auf spekulativ gewonnene Erkenntnisse das Gesetz und gesetzesgleiche Gewohnheitsrecht anwendet. Als Gegensatz zum Rechtspositivismus wird die Naturrechtslehre gesehen. Mit der Entdeckung des *Rechts, das mit uns geboren ward* (Goethe) trat ein neuer Geltungsgrund für das Recht in die Welt. Nicht der Machtspruch eines Gesetzgebers gab einem Rechtssatz die Geltungsautorität, auch nicht sein bis in römische Zeiten reichendes hohes Alter, sondern das Maß der in ihm ausgedrückten natürlichen Gerechtigkeit. Der Vorwurf des Gesetzespositivismus bedeutet also im Ergebnis: Der deutsche Jurist, wandte das Gesetz an, ohne darauf zu achten, ob es gerecht sei.

Dieser Vorwurf auch Schlegelberger gemacht. Ihm wurde das Ruhegehalt mit der Begründung abgesprochen, dass er in seiner amtlichen Tätigkeit Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit im Sinne des einschlägigen zu Art. 131 GG erlassenen Gesetzes verletzt habe. Zwar möge er sich im Rahmen des zur NS-Zeit geltenden positiven Rechts bewegt haben, aber *die Rechtsgrundsätze, die den Kernbestand des Rechtsstaatsprinzips ausmachen,.. waren auch während der Herrschaft des Nationalsozialismus als überpositives Recht verbindlich.*⁴⁰ Es ist nicht ohne Ironie, dass das Oberverwaltungsgericht die Geltung des überpositiven Rechts auch unter

³⁶ Vgl. Nathan, Law Order und Franz Schlegelberger: selbst ist N. in beiden Schriften differenzierter.

³⁷ Ryszka, Franciszek, Staat des Kriegsrechts (polnisch), Breslau 1974; zitiert nach Nathans, S. 10

³⁸ 1878 – 1949. Im 2. Kabinett Wirth vom 26.10.21 – 22.11. 22 Sozialdemokratischer Reichsjustizminister. FS schreibt von ihm: *Ideologe, völlig abhängig vom Vorwärts-Redakteur, von dem er sich Instruktionen holte. Persönlich sehr anständig.*

³⁹ JZ 08, 106: Paulson, Stanley, Ein ewiger Mythos: Gustav Radbruch als Rechtspositivist.

⁴⁰ OVG Lüneburg v. 3.12.1962 OVG 18, 446 f

Bezugnahme auf Carl Schmitt begründet (aaO, S. 449), des Mannes also, der den politischen Anspruch der NS-Partei auf unbedingte Geltung des Führerbefehls offenbar als erster in juristische Form gebracht hatte.

3. Kritik des Positivismusvorwurfes

FS mag, was freilich mit Gründen bezweifelt werden kann, Rechtpositivist gewesen sein. Es ist aber unsinnig, ihm gerade *diesen* Vorwurf zu machen. Der ständige Vorwurf des NS-Regimes gegen Schlegelberger und die von ihm verächtlich gemachten bürgerlichen Juristen seiner Art war es gerade, dass sie entgegen den Forderungen der mit Hitlers Machtübernahme angebrochenen Neuen Zeit ständig das Gesetz ins Feld führten. Diktatoren und Terroristen jeder Couleur schätzen Generalklauseln, die man beliebig mit Volkszorn oder Volksempfinden aufladen kann.⁴¹ Beispielhaft ist die Strafbestimmung des provisorischen revolutionären Zentralrates der Münchener Räteregierung von 1919: *Jeder Verstoß gegen revolutionäre Grundsätze wird bestraft. Die Art der Strafe steht im freien Ermessen des Richters.*⁴²

Schon in *Mein Kampf* hatte Hitler in dem unabhängigen, nur dem Gesetz verpflichteten Beamten seinen ärgsten Feind gesehen. *Was den deutschen Beamtenkörper und Verwaltungsapparat besonders auszeichnete, war seine Unabhängigkeit von den einzelnen Regierungen, deren jeweilige politische Gesinnung auf die Stellung des deutschen Staatsbeamten keinen Einfluss auszuüben vermochte* (S. 309). Das Regime forderte, in den ersten Monaten noch verhalten, dann aber vielstimmig und mit den Jahren immer unverschämter, den Volkswillen zur Richtschnur der Gesetzesauslegung zu machen, was schließlich in die Forderung gipfelte, diesen anstelle des Gesetzes zur Geltung zu erheben. Dabei stand für diese NS-Juristen fest, wie der wahre Volkswillen zu erkennen sei. Nicht etwa, was allenfalls vertretbar wäre, im Rahmen repräsentativer Erhebungen und Umfragen, sondern durch das politische Postulat: *Es gibt nur einen Träger des politischen Willens, die Nationalsozialistische Partei.*⁴³ Von hier ist nur ein kleiner Schritt, der auch wenig später gegangen wurde. Anstelle des Willens der Partei tritt allein der des Führers. Derselbe Carl Schmitt verkündet 1935: *Heute ist das Gesetz Wille und Plan des Führers.*⁴⁴

⁴¹ Goebbels erklärte am 22.7.42 vor Mitgliedern des Volksgerichtshofes, Zitat nach Weinkauff, S. 45: *Der Richter muss weniger vom Gesetz ausgehen als von dem Grundgedanken, dass der Rechtsbrecher ausgeschieden wird.*

⁴² ZStW 40, 511; vgl. die ganz ähnlichen Gesetze in der Französischen Revolution, etwa das VerdächtigungsG vom 17. September 1793, vgl. Aubry II, Geschichte der französischen Revolution Frz. 1942; dt. Zürich o. D. S. 42. Auf die unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten völlig unmöglich weiten Formulierungen von DDR-Strafgesetzen sei hingewiesen. Merkwürdigerweise finden aber Verirrungen der DDR-Justiz heute nur geringes Interesse.

⁴³ Carl Schmitt DJZ 34, 949

⁴⁴ DJZ 35, 924

Nichts konnte Hitler lieber sein, als die Überwindung des Positivismus, des herkömmlichen an Normen gebundenen Rechtsdenkens. Die NS - Diktatur war dadurch geprägt, dass es eben keine klaren Befehle gab und stattdessen ein Klima geschaffen wurde, in welchem Verbrechen gleichsam von selbst, im Verwaltungswege, geschahen. Das Regime tat, was es konnte, um den Gesetzesgehorsam der deutschen Richter zu untergraben und lächerlich zu machen.⁴⁵ Es ist ein Ruhmesblatt der deutschen Justiz für Justizminister Gürtner und dann für Schlegelberger, als deren oberster beamteter Vorgesetzter, dass Hitler bis Schlegelbergers Rücktritt 1942 damit kaum, und auch danach unter Thierack nur teilweise durchdrang.⁴⁶

Auf eine Formel gebracht, war das aber gerade der Kampf Schlegelbergers: Das Gesetz zu wahren als Mauer gegen Übergriffe des Führers.

4. Rechtspositivismus in Deutschland

Das Gesetz, das geschriebene Recht, ist der einzige, wenn auch häufig unzureichende, Schutzwall gegen das leicht manipulierbare Wallen des Volksempfindens. Der Vorwurf gerade eines *deutschen* Rechtspositivismus wäre auch besonders erklärungsbedürftig. Die starre Bindung des *common-law* - Richters an seit Jahrzehnten und Jahrhunderten überkommene Präjudizien und an den Gesetzeswortlaut, wo er Gesetze anwendet, und rechtfertigen wohl viel eher, dem angelsächsischen Richter einen Positivismusvorwurf zu machen, auch wenn er dann anders hieße.⁴⁷ Dasselbe gilt für die, jedenfalls früher, fast abergläubische Hochachtung französischer Juristen vor der Weisheit ihres Code Napoléon.

Deutsche Juristen, auch die Rechtsprechung des Reichsgerichts, zeigten dagegen stets eine ziemliche Souveränität im Umgang mit dem Wortlaut des Gesetzes, wenn die Sachgerechtigkeit sie forderte. So wurden fast unmittelbar nach Inkrafttreten des BGB neben dem Gesetz oder sogar im Widerspruch dazu neue Rechtsinstitute entwickelt. Zu erwähnen sind die Erfindung der im BGB ursprünglich nicht erwähnten Rechtsfiguren der Positiven Vertragsverletzung (= gegenseitige Schutzpflichten bei Abwicklung eines Vertrages) und der *culpa in contrahendo* (=gegenseitige Schutzpflichten vor Abschluss eines Vertrage, zB Wertpapierberatung). Das von der Rechtsprechung schon früh anerkannte

⁴⁵ Hitler hatte am 23. März 1933 im Reichstag gesagt, nach JuN S. 90: *Der Unabsetzbarkeit der Richter auf der einen Seite muss die Elastizität der Urteilsfindung zum Zweck der Erhaltung der Gesellschaft entsprechen.*

⁴⁶ Peinlich für uns Deutsche ist freilich, dass es 1945 in der DDR sofort gelang, das Justizsystem auf die kommunistische Weltansicht umzustellen.

⁴⁷ Martens, S, Die Werte des Stare decisis, JZ 11, 348 f; Vgl. Aden, Internationales Privates Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. München 2009, S. 173 f zum amerikanischen Recht.

(besitzlose) Sicherungseigentum⁴⁸ gehört hierher, denn es läuft dem in der Pfandrechtsregelung § 1205 I BGB zum Ausdruck kommenden Gesetzeswillen (Besitzübergabe zwingend nötig) offen zuwider. Die system- und daher eigentlich rechtswidrige Zulassung der GmbH & Co KG schon in den 1920er Jahren als Gemisch von Kapital- und Personengesellschaft ist ein weiteres Beispiel dafür, dass das deutsche Recht und die deutsche Rechtsprechung auch ohne oder sogar gegen das Gesetz sachlichen Erfordernissen entsprechen kann. Die um 1920 im Zuge der großen Inflation aufgekommene Rechtsprechung zum *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, auch das seitherige Vordringen der Generalklauseln, insbesondere die auf § 242 BGB gestützte Rechtsprechung, sind ohne Gesetz entwickelte juristische Innovationen, die von außerdeutschen Juristen geradezu als typisch deutscher Beitrag zur Weltrechtskultur angesehen werden.

Im Strafrecht freilich ist Positivismus, im Sinne strenger Bindung an den Wortlaut einer Norm, Gemeingut aller Kulturstaaten. Hier war das Reichsgericht in der Tat besonders konservativ mit der Folge vieler Freisprüche, die in der Öffentlichkeit nicht verstanden wurden, weil sie dem *gesunden Volksempfinden* widersprachen. Die Aufhebung des Analogieverbots durch das „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs“ vom 28. Juni 1935 wurde daher auch von freiheitliche gesinnten Juristen nicht als Schritt zur Unterwerfung unter die Diktatur, sondern als sachgerecht empfunden.⁴⁹ FS berichtet über den mündlichen Teil seiner 2. Staatsprüfung: *Ich wünschte, daß man jetzt anders prüft. Es hat doch keinen Sinn, ...den Prüfling antworten zu lassen, daß, wer eine Flasche Wein, wissend, daß sie gestohlen ist, mit nach Hause nimmt, als Hehler zu betrachten ist (er nimmt sie an sich), daß dagegen straflos ausgeht, wer sie am Tatort mit dem Dieb austrinkt, weil er sie nicht an sich, sondern in sich bringt. Gott Lob kam ich damals zur großen Befriedigung der Kommission auf diese Lösung, die tatsächlich damals höchster richterlicher Rechtsprechung entsprach, ohne daß ich das natürlich ahnte. Heute wird solcher Unsinn mit Hilfe der entsprechend angewendeten Strafnorm vermieden.*

5. Normative Nachteile des RMJ

Der Positivismusvorwurf geht mithin fehl. Er geht auch dann fehl, wenn damit gesagt werden soll, die deutsche Justiz habe sich blind dem als Gesetz verstandenen Führerbefehl gebeugt. Es drängt sich im Gegenteil der auf, dass sich das Reichsjustizministerium unter Gürtner seit dem 30. Januar 1933, dem Tag der

⁴⁸ RG 59, 146

⁴⁹ § 2 StGB lautete nun: Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach *gesundem Volksempfinden* Bestrafung verdient. Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft. – Diese Vorschrift wurde von der „positivistischen“ deutschen Rechtsprechung übrigens kaum angewendet.

Machtergreifung, sich in einer immer gehetzter wirkenden „normativen Nacheile“ befand. Die ständigen und immer größer werdenden Ein- und Übergriffe des NS - Staates in Gerichtsbarkeit, denen Reichsjustizminister Gürtner nacheilend eine normativen Schleier umzuhängen versuchte, um den Anschein der Rechtsstaatlichkeit der rechtswidrigen Maßnahmen der Regierung und damit das ansehen der Justiz zu wahren. Das zeigte sich an dem, gegen Schlegelbergers ausdrückliche Warnung (Gruchmann S. S. 828) erlassenen, Gesetz, mit welchem Hitlers Forderung, den angeblichen Brandstifter des Reichstagsbrandes mit dem Tode zu bestrafen, rückwirkendes Rechnung getragen wurde. (Gruchmann S. 828).

Schlimmer noch war das Gesetz, mit welchem Gürtner die Morde im Zusammenhang mit dem so genannten Röhmputsch wider besseres Wissen rückwirkend legalisierte (S. 433 ff). Das *Gesetz über Maßnahmen zur Staatsnotwehr v. 3. Juli 1934*, mit welchem die Morde nachträglich als *rechters* gebilligt und der normalen Strafverfolgung entzogen wurden, trug Gürtners Unterschrift. Der Reichsjustizminister habe so die *ungesetzliche Aktion normativ aufgefangen und mit dem positiven Rechtssystem in Einklang gebracht*. (Gruchmann S.451). Der Aktion wurde so ein Schleier von Rechtsstaatlichkeit umgehängt, in welchen Carl Schmitt durch seinen berühmten Aufsatz „Der Führer schützt das Recht“ noch rechtswissenschaftliche Rüschen einwob. Damit war der Rechtsstaat, kaum ein Jahr nach Hitlers Regierungsantritt, praktisch aufgehoben.

Eingriffe Hitlers, der Gestapo und später auch der SS in den Rechtsgang und sogar in rechtskräftige Urteile konnten bald nicht mehr beherrscht werden. Das RMJ sah sich mehr und mehr an die Seite geschoben. Der gesamte Bereich der sogenannten Schutzhaft und ihre Folge, die Einlieferung ins Konzentrationslager, wurde aus der Zuständigkeit der Justiz herausgenommen. Gürtner und das RMJ versuchten zwar durch entgegenkommende Gesetzesvorschläge und markige Worte im Sinne des Regimes, zu denen auch Schlegelberger griff, Einfluß zu erhalten. Die prozessualen Sicherungen des Angeklagten im Strafverfahren wurden stetig zurück gebildet. Das neu erfundene Institut des „außerordentlichen Einspruchs“ sollte die Willkürmaßnahmen in das geltende Strafrechtssystem einzufügen, indem es es dem Führer und auf dessen Weisung dem RMJ, ermöglichte auch rechtskräftige Urteile zu vernichten und zur Neuverhandlung zweck Erhöhung der Strafe zu stellen. Viele weitere Beispiele, auch im Bereich der Polengesetzgebung, sind möglich. Sie alle zeigen den geradezu verzweifelten Versuch des RMJ, angesichts der rechtsfeindlichen Gesinnung des absoluten Gewalthabers, dessen Handlungen normativ einzuhegen, um ein völliges Ausbrechen der oft unüberlegten Führerbefehle zu vermindern.

6. Rechtswidrige NS – Gesetze ?

a. Rechtsstaat im Unrechtsstaat

Der Positivismusvorwurf führt insbesondere aus einem für die meisten unerwarteten Grunde in die Irre. Gesetze und Verordnungen der NS-Zeit waren als solche durchweg in Ordnung! Es wird hier die Aussage gewagt, dass es im Dritten Reich nur wenige Gesetze gab, deren Wortlaut im Sinne des damaligen und sogar des heutigen Verfassungs- oder humanitären Völkerrechts rechtswidrig war. Ausnahme gab es insbesondere wie immer im NS-Staat bei Regelungen betreffend die Juden, wie etwa das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums v. 7. 4. 1933, welches Juden aus dem Beamtenstand entfernte; das Heimtückegesetz v. 20. 12. 34, die sogenannten Nürnberger Gesetze ua. Allerdings ist auch hier zu sagen. Ähnliche Gesetze, also Ausschließung von Bewerbern aufgrund ihrer Volkszugehörigkeit oder Rasse, gab es außerhalb Deutschlands vielfach. Schwarze konnten in den USA bis etwa 1950 nicht (Marine-) Offizier werden, deutsche Volkszugehörige konnten in der Tschechoslowakei nicht beamtet werden usw. wurden, wenn sie es schon waren, aus ihren Stellungen entfernt. Die Ausgabe der von Dr. Heinrich Schönfelder begründete Deutscher Reichsgesetze Stand 30. April 1944, vielleicht die letzte regulär zusammengestellte Ausgabe der NS- Zeit, ⁵⁰ enthält viele Vorschriften, welche der preußisch-deutschen Rechtstradition widersprechen. Es findet sich darin aber wenig, was es *mutatis mutandis* nicht auch bei den damaligen demokratischen Staaten gab und heute noch gibt, oder welche gar etwas anordnete, was wir heute als offenen Rechtsbruch ansehen würden.

b. Normsystem und Maßnahmestaat

Fraenkel hat den nationalsozialistischen Staat als Doppelstaat ⁵¹ beschrieben. Danach zerfiel dieser in zwei parallele Systeme. In dem „Normsystem“ wurde der Rechtsstaat nach 1933 unverändert fortgeführt. Hier entstehen normale Gesetze und werden normal rechtsstaatlich angewendet. Im zweiten System aber entstand der „Maßnahmestaat“, etwa in Gestalt von der Justiz entzogenen Polizeibehörden (Gestapo). Hier wird mit den untergesetzlichen Mitteln des Verwaltungshandelns (RechtsVO, Verwaltungsakte, Erlasse, Richtlinien oft schlichtes Verwaltungshandeln), die neue Ordnung des NS- Staates durchgesetzt. ⁵² Die Übergänge sind dabei fließend. Infolge des Ermächtigungsgesetzes konnte die Reichsregierung (nicht der Reichskanzler/Führer allein) Gesetze ohne Parlament,

⁵⁰ Diese war wohl eine der letzten Ausgaben vor Kriegsende. Sie enthält das Reichsrecht, wie es von den Gerichten praktisch zugrunde gelegt wurde.

⁵¹ Fränkel, Ernst, Der Doppelstaat, Neuaufgabe Euro. Verlagsanstalt, 2001.

⁵² vgl. Ingo von Münch: Gesetze des NS-Staates, z.B. 3. Auflage 1994

also praktisch wie Verordnungen erlassen. Die Gesetze wurden anfangs auch wirklich durch das Kabinett beschlossen. Auch dieses Gesetz war an sich nicht ungewöhnlich. Es hatte bereits unter Reichspräsident Ebert Ermächtigungsgesetze dieser Art gegeben, und Art. 38 der französischen Verfassung v. 4. X. 1958 gibt ihrer Regierung noch heute eine ähnlich Befugnis zum Erlass von gesetzesgleichen Verordnungen, die auch genutzt wird.⁵³ Ab 1936 fanden Kabinettsitzungen aber immer seltener statt, sodaß Gesetze im Umlaufverfahren erlassen wurde, wenn nicht überhaupt ein Führerbefehl als ausreichend angesehen wurde.⁵⁴

Diese Sicht des Doppelstaates erklärt aber letztlich wenig. Jeder Staat ist in diesem Sinne ein Doppelstaat. Abstraktes Gesetzesrecht geschriebenes oder gesetzesgleiches Gewohnheitsrecht gibt dem Staat seine äußere, sichtbare Struktur. Parallel dazu wird im Lebensvollzug eines Staates eine Verfassungswirklichkeit entwickelt, welche den Normstaat oft geradezu auf den Kopf stellen kann. Beispiel: Großbritannien ist nach seinen äußeren Formen weiterhin ein absolutistischer Lehnsstaat, in welchem der Monarch, beraten von den Vertretern des Volkes seine souveränen Entscheidungen trifft und durch seine Regierung durchsetzen läßt. Die britische Rechtsentwicklung hat das heute umgekehrt. Der Monarch wird heute vom Parlament „geduldet“, nicht umgekehrt. Der Unterschied zu Diktaturen besteht wohl nur darin, dass der Gewalthaber bzw. die herrschende Partei, die Entwicklung unter Verletzung fundamentaler Rechte der Untertanen, meist zeitlich forciert, willkürlich zu betreibt. Jedenfalls ist diese Doppelung keine Besonderheit der deutschen Diktaturen (NS – bzw. DDR – Regime) .

Staatliches Unrecht schreibt man nicht ins Gesetzblatt. Staatliches Unrecht wird fast ausschließlich im Verwaltungsweg begangen. Die australische Regierung hat seit 1910 bis etwa 1970 den Ureinwohnern systematisch die Kinder weggenommen, um sie „zivilisiert“ aufzuziehen. Man spricht von mindestens 100.000 Kindern.⁵⁵ Das wurde erst jetzt bekannt, denn es stand in keinem Gesetz, und Verwaltungshandeln geschieht diskret, zumal dann, wenn es , wie in Australien keine Verwaltungsgerichtsbarkeit gibt. Aus demselben Grunde ist unbekannt, wie viele Opfer das schwedische Programm von 1936 gegen erkrankte Personen und Geisteskranke verursacht hat. Auch die Vertreibung der Deutschen aus den Vertreibungsgebieten stand nicht im polnischen oder tschechischen

⁵³ Art. 38: *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi...*

⁵⁴ Dieses Gesetz gab der Reichsregierung ähnliche Vollmachten wie sie Art. 38 der französischen Verfassung v. 4. X. 1958 ihrem Staatspräsidenten zum Erlass von ordonnances einräumt: *Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi...*

⁵⁵ Neue Zürcher Zeitung v. 9./10.2.08

Gesetz- und Verordnungsblatt.⁵⁶ Sie wurde, wenn man das so nennen darf, verwaltungsmäßig abgewickelt. Verwaltungshandeln ist der Aufsicht der Gerichte weithin entzogen. Nur im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens konnten hoheitliche Maßnahmen überprüft werden. Die meisten Staaten der Erde haben keine Verwaltungsgerichtsbarkeit. Diktaturen und autoritäre Regime erst recht nicht, und in NS-Deutschland gab es diese zwar grundsätzlich, aber sie waren lahm gelegt.⁵⁷ Wie jede Diktatur wurde daher auch die NS-Diktatur dadurch zum Terrorregime, dass die Exekutive bestehende Gesetze nicht befolgte oder ihnen in voreilemdem Gehorsam eine Auslegung entsprechend dem erratenen Wink des Machthabers gab. Es war im Dritten Reich nicht die im Reichsgesetzblatt oder im Schönfelder abgedruckte Rechtsordnung, die verbrecherisch war, sondern der Verwaltungsvollzug, zumal in den sich immer mehr ausbreitenden Sonderverwaltungen der Gestapo, des SSD u.a.

c. Führerbefehl als Gesetz

Die damals in Deutschland aufkommende Lehre von der unmittelbaren Normqualität des Führerbefehls ist eine bleibende Schande.⁵⁸ Sie trat erstmals ins praktische Licht mit den Morden im sogenannten Röhmputsch am 30. Juni 1934 und wurde theoretisch fundiert in einem Aufsatz von Carl Schmitt, in welchem diese Mordtaten gebilligt wurden: *Der Führer schützt das Recht, wenn er kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft. ..Die Tat des Führers war echte Gerichtsbarkeit. Sie untersteht nicht der Justiz.*⁵⁹

Ungeachtet des rhetorischen oder auch juristischen Aufwandes scheint es, wenn überhaupt nur wenige, Führerbefehle zu geben, die als Gesetz formuliert wurden und als solche in Kraft traten. Die klassische Unterscheidung zwischen Gesetz, Rechtsverordnung und Verwaltungsakt hatte sich verwischt (Gruchmann, S. 751). Die Gesetzgebungstätigkeit verlagerte sich vom infolge des Ermächtigungsgesetzes ursprünglich zuständigen Reichskabinett immer mehr auf Reichskanzler/ Führer. Da dieser aber in kurzen Leitgedanken mit Gesetzesvorhaben befasst zu werden wünschte, wurden die Fachministerien aufgrund von mehr oder weniger ausdrücklich erteilten Führerbefehlen bzw. – ermächtigungen tätig. Diese bedienten sich der klassischen Gesetzesform. Im Sinne des Weimarer Verfassungsrechtes waren diese Rechtssetzungen nun allerdings weder Gesetze,

⁵⁶ Auf die Rechtsqualität der so genannten Beneschdekrete sei hier nicht eingegangen.

⁵⁷ In der deutschen Entwicklungspolitik wird daher leider immer noch der Fehler begangen, zwar an der Schaffung rechtsstaatlicher Gesetze mitzuwirken, nicht aber zugleich auf Schaffung von *Verwaltungs*-gerichten zu dringen, um diesen Gesetzen auch Wirkung zu verschaffen.

⁵⁸ Bundesminister der Justiz, Justiz und Nationalsozialismus, Hrg. Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, Verlag Wissenschaft und Politik Köln 1989 ISBN 3-8046-8731-8, S. 108. Im Folgenden zitiert als: JuN

⁵⁹ DJZ 34, 945 f. vgl. allg. Gruchmann, S. 453

noch Verordnungen, und Verwaltungsakte erst recht nicht. Aber nach dem Verfassungsrecht fragte niemand.

In der Praxis scheint sich Führerbefehl sich fast immer auf die Regelung einzelner Fälle bezogen zu haben und hatte damit die Qualität eines Verwaltungsaktes, dessen Ermächtigungsgrundlage sich aus der „Sendung des Führers“ ergab. Die juristischen Lobhudler hätten es auch etwas weniger bombastisch ausdrücken können und wären damit im Bereich des damaligen und noch heutigen Staatsrechts geblieben. Der Regierungschef hatte die originäre Befugnis, nicht justiziable Regierungsakte vorzunehmen. Auf diese „Ermächtigungsgrundlage“ kam es nur dann an, wenn in Rechte Einzelner eingegriffen wurde, wenn also der Führerbefehl als Verwaltungsakt zu qualifizieren war. Das war der Fall, als Hitler anordnete, den Präsidenten des LG Neisse, Fabig, des Dienstes zu entheben, weil dieser völlig zu Recht gesagt hatte, dass der Führer zu einer bestimmten justiziellen Maßnahme „nicht befugt“ sei. (Gruchmann S. 193).

Es gab daher wohl nicht allzu viele Führerbefehle, welche als Gesetz/ Norm im klassischen Sinne galten und daher bestehendes Gesetzesrecht änderten oder aufhoben. Die Justiz und namentlich Schlegelberger, haben diesen Unsinn aber weder erfunden noch jemals mitgemacht.

7. Unrecht durch Verwaltung

a. Zuständigkeiten des Reichsjustizministeriums

Vielleicht hat die Tatsache, dass er Jurist war, Theodor Mommsen zu einem der bedeutendsten deutschen Historiker gemacht.⁶⁰ Historiker haben oft geringe Rechtskenntnisse. Dieser Mangel und zumal ihre Unvertrautheit mit Verwaltungsabläufen tragen anscheinend dazu bei, dass Historiker Recht und Rechtswirklichkeit der NS-Zeit verzerrt wahrnehmen. Die Bewertung der Rolle Schlegelbergers oder anderer Funktionäre im Reichsjustizministerium, müsste mit der Frage beginnen, welche Aufgaben und Eingriffsbefugnisse ein Justizministerium überhaupt in einem normalen rechtstaatlich organisierten Staat hat, um dann zu prüfen, welche dem Reichsjustizministerium im rechtsfeindlichen NS-Regime zu welchem Zeitpunkt verblieben waren. Formelhaft kann man sagen, dass sich der straf- und verwaltungsrechtliche Rechtsschutz in Deutschland ab 1932 bis 1945 etwa entsprechend der Funktion $y = 1 : x^2$ entwickelte. Vor Regierungsantritt Hitlers war der „Wert dieser Funktion“ als sehr hoch; mindestens so, wenn nicht höher als in den meisten anderen Staaten. Der Wert sank aber ab 1933 rasch, sank langsamer bis 1939, ab dann schneller und ab 1942 rapide und ging dann gegen Null, freilich ohne Null zu erreichen. Ab 1939 war Krieg. Kriegszeiten führen in allen Zeiten und Staaten zu einer Verkürzung des

⁶⁰ Zu Mommsens bedeutendsten Leitungen gehört z.B. die Herausgabe des Corpus Iuris

normalen Rechtsschutzes.⁶¹ Der bis Ende 1940 siegreiche Krieg wurde ab Juni 1941, Beginn des Krieges mit der Sowjetunion, immer härter.

Die Fachministerien entwickeln ihre Gesetze in eigener Zuständigkeit. Das Justizministerium leistet ihnen Amtshilfe, übt keine Rechtsaufsicht über die Gesetzesproduktion der Ministerien oder des Parlaments aus. Funktionell besteht kaum ein Unterschied zwischen dem Reichsjustizministerium (RMJ) und dem heutigen Bundesjustizministerium (BMJ). Ein Justizministerium schafft Gesetze in seinem eigenen Fachbereich. Viele Gesetze kommen daher zu Stande, ohne inhaltliche Einflußnahme des Justizministeriums. Auf die Anwendung der Gesetze in Verwaltung oder Rechtsprechung nimmt das Justizministerium keinen Einfluss. Eine Einflussmöglichkeit besteht lediglich im Rahmen der Organisation und der Personalpolitik. Das Ministerium kann bei Einrichtung oder Auflösung von Gerichten Schwerpunkte setzen, etwa durch Zusammenlegung von Kompetenzen, wie es etwa im Zusammenhang mit der Einführung des automatisierten Mahnverfahrens geschah oder der Digitalisierung des Grundbuchwesens. Die Festlegung von Qualifikationskriterien für die Ernennung zum Richteramt, die Bestellung von fachlich qualifizierten und organisatorisch begabten Gerichtspräsidenten ist der Rahmen, innerhalb dessen das Ministerium die Tätigkeit des unabhängigen Richters lenken kann. Die Möglichkeiten des Reichsjustizministeriums, Gutes zu tun oder Böses zu verhindern, waren also schon in normalen Zeiten beschränkt, standen aber in der Diktatur unter dem Damoklesschwert, jederzeit seiner Einwirkungsmöglichkeiten völlig beraubt zu werden.

b. Rechtsprechung im NS - Staat

Im Themenbereich der Rechtswissenschaft und der praktischen Rechtsanwendung nimmt das Strafrecht nur eine untergeordnete Rolle ein. Wohl kaum mehr als etwa 10 % des Rechtstoffes, der in einem entwickelten Staat wie Deutschland anfällt, betrifft das Strafrecht.⁶² Der juristische Laie denkt aber bei Recht und Gericht fast ausschließlich an Strafrecht. Mit dem Stichwort Justiz im NS – Staat wird daher fast ausschließlich das Strafrecht verbunden. Hier liegen zwar tatsächlich die größten Fehlleistungen.

⁶¹ Nach Ausbruch des Krieges mit Japan verfügte der amerikanische Präsident mit unanfechtbarem Verwaltungsakt bzw. RechtsVO (Executive Order 9066 v. 19. Februar 1942) die Einrichtung von Wohngebietszonen, was zur Aus- bzw. Einweisung in Konzentrationslager von über 100.000 amerikanischen Staatangehörigen führte, weil sie japanischer Abkunft waren. vgl. Irons, S. 349: .. *most of them native- born Americans who were never charged with crimes or given a hearing*

⁶² Dieses ist eine freie Schätzung. Wollte man sie durch Fakten erhärten, wäre die Zahl der veröffentlichten Entscheidungen und/oder der produzierten Gesetze nach Rechtsgebieten zu vergleichen.

Aber auch nur ein Teil der „Rechtsproduktion“ im Strafrecht der NS-Zeit hat einen inneren Bezug zum NS-Regime. Wie in der SED – Diktatur nicht nur politische Straftaten abgeurteilt wurden, sondern auch ganz normale Klein- und Großkriminelle, so auch während des Dritten Reiches. Man stahl, betrog und raubte, mordete und zündete Häuser an, man schlug sich, vergewaltigte und verführte Minderjährige usw. Man tat eben auch damals all das, was in unserer *besten aller Welten* zivilisierte, des Lesen und Schreibens kundige, damals noch fast ausnahmslos christliche getaufte, Menschen, fast 90 % Männer, so tun, und was Staatsanwälte dann vor Gericht bringen. Die hier ergangenen Urteile waren durchweg in Ordnung und werden bis heute ohne Bedenken zitiert und als Autorität verwendet. Ausnahmen betrafen wie immer die typischen NS- Themen wie Juden und andere unterdrückte Gruppen. Von den geschätzten 10% des strafrechtlichen Rechtsstoffes mögen dann etwa 1- 2 % - Punkte ns -trächtig gewesen sein. Auf dem Gebiet des Strafrechtes sind die Entgleisungen und Unrechtsurteile, wo sie vorkommen, für die Betroffenen einschneidend, und für den heutigen Juristen ist es zu sehen, zu welchen Dingen die Formen des Rechtsstaates missbraucht wurden. Ein Beispiel: Ein Jude war wegen einer normalen Straftat, welche mit seiner jüdischen Abstammung nichts zu tun hatte, zu einer zeitigen Freiheitsstrafe und dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte verurteilt worden. Hiergegen erhob die Staatsanwaltschaft Revision mit der Begründung, der Jude habe keine bürgerlichen Ehrenrechte, so dass der Strafausspruch insofern falsch und zu berichtigen sei. Das Reichsgericht entsprach dem. Ähnliches geschah auch im Zivilrecht, wenn Juden aufgrund geistreicher Deduktionen als vermindert rechtsfähig angesehen wurden mit der Folge, dass sie bei Kündigungen von Arbeits- und Wohnraummietverträgen praktisch ohne Rechtsschutz blieben.⁶³ Den meisten Betrachtern entgeht also, dass die Gerichtsbarkeit während der NS – Zeit in, wiederum frei geschätzten, 95% der anhängig gemachten Zivil- und auch Strafsachen völlig korrekt arbeitete. Die Urteile hatten juristisch sogar ein sehr hohes Niveau. Der erste Präsident des Bundesgerichtshofs stellt daher ganz richtig fest:

In der Justiz von 1933 bis 1945 überwogen die korrekten, von NS – Vorstellungen freien, Urteile die zu beanstandenden ganz außerordentlich.⁶⁴

Die rechtsstaatliche Qualität der meisten Gerichtsurteile aus der NS – Zeit erweist sich besonders in einem Vergleich mit den Urteilen der DDR- Zeit. Diese können heute in der unserer NJW entsprechenden damaligen DDR – Rechtszeitschrift *Neue Justiz* zur Kenntnis genommen werden. Sie waren von Anfang an durchtränkt mit Begriffen wie „sozialistische Gerechtigkeit, Klassenbewußtsein“ usw. Sie sind fast ohne Ausnahme rechtsstaatlich völlig indiskutabel. Dagegen lassen die Urteile aus der NS- Zeit, ausweislich der amtlichen Sammlung RGZ oder der JW,

⁶³ vgl. Rütters JZ 11, 596 mit Beispielen

⁶⁴ Himmelfmann aaO S. 13, wirft ihm vor, das gesagt zu haben, behauptet aber selbst nicht, dass es falsch sei.

Juristischen Wochenschrift, mit wenigen Ausnahmen, keinerlei Hinweise auf das politische Umfeld zu, in welchem sie ergingen.⁶⁵ Auch die rechtswissenschaftlichen Aufsätze der Zeit sind zum ganz überwiegenden Teil juristisch korrekt und gesinnungsneutral. Etwas anderes galt freilich für Zeitschriften wie *Deutsches Recht* (DR), das Organ des NS-Juristenbundes, und eingeschränkt für die von Carl Schmitt herausgegebene Zeitschrift DJ (Deutsche Justiz). Ab etwa 1935 mehren sich allerdings auch in an sich gesinnungsneutralen juristischen Veröffentlichungen Ergebnisindikatoren, wie Hitlerzitate, Bekundung der völkischen Gesinnung des Autors usw. Diese erreichen aber ausweislich einer Durchsicht der damaligen Jahrgänge der führenden *Juristischen Wochenschrift* (JW) bis zuletzt niemals die Penetranz der Huldigungen gegenüber SED-Parteitagbeschlüssen und ihrer erfolgreichen Umsetzung durch Juristen des SED-Zeit.

V. Sozial - Nationales

1. NS und die Linke

Der sozialistische Grundzug der NSDAP, wie er sich im nie geänderten Parteiprogramm von 1920 äußert, irritiert die politische LINKE auf heute noch.⁶⁶ Hitler selbst hatte sich davon zwar teilweise abgesetzt, aber die Kader der Partei waren ihren sozialistischen, z.T. sogar bolschewistischen (vgl. Strasser oder Roland Freisler, welcher als bekennender Bolschewist begonnen hatte) Ideen treu geblieben.⁶⁷ Der Anteil sozialen Gedankengutes in der Gesetzgebung der NS-Zeit wird, wohl aus Gründen der heute gebotenen politischen Korrektheit, gerne übersehen. Dieser ist aber in der Gesetzgebung, die den „kleinen Mann“ anspricht, sehr deutlich. Das überhaupt erste Gesetz der NS-Herrschaft war die Erhebung des 1. Mai als Tag der nationalen Arbeit zum bezahlten (!) Feiertag.

Eine Reihe von aus damaliger Sicht fast sozialistischen Gesetzen ist zu nennen. Die Bewertung von Gesetzen der NS-Zeit wird oft dadurch schwierig, dass anstößige und sinnvolle Vorschriften in demselben Gesetz vereint sind. Ein frühes Gesetz der NS-Regierung war das *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* v. 20. Januar 1934, AOG. Dieses enthielt neben dem NS-typischen Führerprinzip (§ 1 ff) und der faktischen Beseitigung der in der Weimarer Zeit zaghaft eingeführten Mitspracherechte der Arbeitnehmer auch sehr sinnvolle und soziale Regelungen.

⁶⁵ Dasselbe trifft übrigens auf französische Urteile der Vichy-Zeit zu. Allenfalls die Verurteilung *in absentia* des Generals de Gaulle zum Tode ist auffällig.

⁶⁶ Vgl. Parteiprogramm der NSDAP v. 24. Februar 1920, etwa Nr. 13, 14 (Verstaatlichung von Großbetrieben und Warenhäusern); 14 Gewinnbeteiligung; 17 Bodenreform durch unentgeltliche Enteignung u. a.)

⁶⁷ Vgl. Fest, Hitler, S. 337 ff

Dazu gehörte etwa § 56: Pflicht zur Rücknahme der Arbeitgeberkündigung, wenn sie *unbillig hart* war. Dieser, damals auch international neuartige, in vielen Industrieländern auch heute noch nicht selbstverständliche, Grundsatz liegt dem heutigen KündigungsschutzG zugrunde; in diesem nur mit anderer Systematik, indem die Kündigung gar nicht erst gültig wird. Das gegen alle wirtschaftliche Vernunft heute immer noch geltende Recht des Mieterschutzes geht auf das MieterschutzG i. F. v. 15. 12. 1942 zurück, welches das Recht des Eigentümers, nach Ablauf des Mietvertrages über sein Eigentum Haus zu verfügen, in geradezu unerhörter Weise einschränkte. Die Eigenbedarfsregelung in § 4 jenes Gesetzes entspricht im Wesentlichen noch der heutigen Rechtslage. Die Arbeitszeitordnung v. 30. April 1938 dürfte eine der weltweit ersten Gesamtsregelungen dieses Gegenstandes sein.⁶⁸ Das heutige ArbeitszeitG hat die damaligen Regelungen, im Grunde ohne große Änderungen, nur fortgeschrieben und modernisiert. Es findet sich aber in der arbeitsrechtlichen Literatur fast kein Hinweis auf die NS - Geschichte dieses Gesetzes. Als eines der ersten seiner Art und weltweit wegweisend war das Tierschutzgesetz. V. 24. 11. 1933.

Im Bereich des Wirtschaftsrechts, der Domäne Schlegelbergers, wurde eine Reihe von Gesetzen erlassen, die allgemein, das Ende der NS - Zeit überdauernden Beifall fanden. Sie führten zur Modernisierung des deutschen Rechtes und dienten vielfach als Vorbild in anderen Staaten. Zu nennen ist das DepotG v. 4. Februar 1934. Mutig war die von Schlegelberger (mit-) verantwortete, dem BGB - System der Eigentumsübertragung (§ 929 BGB) widersprechende Regelung, wonach das Eigentum an gehandelten Wertpapieren Absendung des Depotverzeichnisses übergang. Damit wurden nachbörsliche Manipulationen erschwert wurden. Dieses Gesetz scheint diesen Bereich weltweit erstmals zusammenhängend geregelt zu haben. Es gilt in Grundzügen, weltweit, bis heute. Bedeutsam und bis heute nachwirkend war die vollständige Neufassung des Rechts des gewerblichen Rechtsschutzes durch die Neuschöpfung des PatentG, des WarenzeichenG (anscheinend ein deutsche rechtliche Erfindung , heute: MarkenG) und GebrauchsmusterG (auch dieses offenbar eine deutsche Rechtserfindung), welche vom 5. Mai 1936 datieren.

2. Sachgerechtigkeit oder Regimetreue ? Beispiel des AktG

Die Domäne Schlegelbergers war das Wirtschaftsrecht, und darin das AktienG. Auch hier wird versucht, Schlegelberger als willfährigen Parteigänger des Regimes darzustellen.⁶⁹ Vielleicht zeigt sich aber gerade hier das Geschick von FS,

⁶⁸ Frühere deutsche und ausländische Regelungen betrafen nur Teilbereiche wie Begrenzung der Kinderarbeitszeit, schwangerer Frauen usw.

⁶⁹ Mertens, Bernd *Das Aktiengesetz von 1937 - unpolitischer Schlussstein oder ideologischer Neuanfang* Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte, ZNR, 07, 88.

mit listiger Täuschung des Regimes juristische Sachgerechtigkeit durchzusetzen. Auch Gesetze oder einzelne Normen, welche dem Diktator gefallen, können objektiv sachgerecht sein. Wer sich dafür einsetzt, handelt vielleicht aus gemeiner Gesinnung als Handlanger der Nazis, Kommunisten usw, vielleicht aber will er nur die sachgerechte Lösung. Man kann die sachgerechte Lösung ohne politisches Beiwerk in das Gesetz bringen. Man kann sie aber auch mit „politischen Blumenschmuck“ garnieren und als regierungstreu ausgeben. Das ist ethisch gesehen vielleicht bedenklich, aber politisch klug, denn es schafft in den Fällen, wo Ideologie und Sachgerechtigkeit dann wieder einmal nicht übereinstimmen, gewisse Freiheiten. Es mag ethisch hoch stehend sein, immer klar und wahr zu sagen, was man will. In der Politik ist das selten klug, in einer Diktatur nie. Wer von der Linie des Regimes abweichen will, tut gut daran, sich so zu stellen, als wollte er gerade das, was verlangt wird. Nur noch besser! Mertens unterstellt ohne weiteres, dass FS ein Parteigänger des Nazismus war und bleibt daher beim manifesten Wortgebrauch Schlegelbergers stehen. Er findet sich daher in dieser Annahme bestätigt.

FS hatte an dem Aktiengesetz 1936 ganz entscheidenden Anteil (Mertens S. 91). Er war für die Schlussredaktion verantwortlich. Das NSDAP – Parteiprogramm hatte eine grundsätzliche Neufassung des Rechts gefordert.⁷⁰ Zunächst fällt daher das Datum des Inkrafttretens auf, nämlich das der 4. Wiederkehr der Machtergreifung. Es liegt also nahe, dass das vom Regime als Hort bürgerlicher Reaktion beargwöhnte Reichsjustizministerium dem Führer mit dieser Neufassung eines der wichtigsten Wirtschaftsgesetze, welches seit mindestens 10 Jahren diskutiert worden war, zeigen wollte, dass es die Zeichen der neuen Zeit verstanden hatte. Es ist aber sonst allgemeine Meinung, dass das Aktiengesetz mit Ausnahme unbedeutender Floskeln keinerlei NS- Gedankengut aufweise (S. 88). Mertens sieht das aber anders, im Wesentlichen unter zwei Aspekten:

- Durchsetzung des Führerprinzips (S. 4 ff) und
- die Auflösung der AG bei Gefährdung des Gemeinwohls (S. 105)

Ein wichtiger Punkt der Novellierung war die Abgrenzung der Befugnisse des Vorstandes der AG und der Hauptversammlung. FS hatte sich sehr für einen starken Vorstand eingesetzt und sich dazu auch ausdrücklich auf das Führerprinzip im NS -Staat berufen. Beim mehrköpfigen Vorstand favorisierte er eine möglichst starke Stellung des Vorstandsvorsitzenden. In diesem Zusammenhang kann FS mit Aussprüchen zitiert werden, welche eine stramme Parteihörigkeit zu zeigen scheinen. Die starke Stellung des Vorstandes sei als Schutz gegen *Selbstsucht und Unverstand der Aktionäre* nötig (S. 94). In seiner Kommentierung zum AktG schrieb FS, das Gesetz habe *das Führertum im Gegensatz zum Masse- und Mehrheitsprinzip* durchgesetzt und die *Macht der Hauptversammlung und die anonyme Leitung des*

⁷⁰ Nr. 19. Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht.

Kapitals beseitigt (S. 97). FS beruft den Grundsatz *Gemeinnutz geht vor Eigennutz* und rühmt ihn als nationalsozialistisch. Daraus folge, dass die Belange der AG sich denen von Volk und Reich unterzuordnen haben (S. 100). Das wird in § 70 AktG auch so gesagt.⁷¹

Sachlich wird man gegen diese Aussagen kaum etwas einwenden können. Angesichts der heutigen Diskussionen über Vor- und Nachteile des freien Kapitalverkehrs sind sie fast hellsichtig. Die Durchsetzung der von HV-Beschlüssen unabhängigen selbstverantwortlichen Geschäftsleiterkompetenz des Vorstandes war gerade in Deutschland umso unbedenklicher, als hier die in anderen Staaten noch weithin unbekanntes GmbH eine Gesellschaftsform anbot, in welcher die Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung eine viel stärker Stellung hat. Nationalsozialistisch ist an dem allem wohl nur, dass hier als „Führerprinzip“ ideologisch aufgebauscht wurde, was etwa im common-law selbstverständlich war. FS könnte hier eine Gelegenheit genutzt haben, sich als Parteigänger der NS-Ideologie herauszustellen. Das hätte er freilich einfacher und überzeugender haben können, wenn er in die NSDAP eingetreten wäre. Näher liegt daher, dass FS einen von ihm als sachlich richtig angesehen Grundsatz politisch aufgeschönt hat.

Mertens hält auch § 288 AktG für nationalsozialistisch. Danach konnte das Reichswirtschaftsgericht auf Antrag des Reichswirtschaftsministers eine Aktiengesellschaft auflösen, wenn sie oder das Verhalten ihrer Verwaltungsträger das *Gemeinwohl gefährdet*. Der Begriff *Gemeinwohl* ist als Allgemeinbegriff in einer Diktatur besonders gefährlich. Es ist denkbar, dass FS aus Unterwürfigkeit damit bezweckt hat, dem Regime den Zugriff auf Großunternehmen zu erleichtern, wie Mertens offenbar vermutet. Näher liegt aber, hier eine für FS geradezu typische List zu sehen. Die Auflösung einer AG war an sich schon nach Vereinsrecht möglich; vgl. auch heute § 17 VereinsG. Durch die Spezialvorschrift § 288 AktG wurde nun Vereinsrecht für die AG verdrängt. Der nach Vereinsrecht an keine besonderen Voraussetzungen gebundene Weg, eine missliebige AG aufzulösen, war also schon mal verbaut. Aber § 288 AktG ist ja nun da und sieht aus Sicht des Regimes prima aus! Er statuiert den nationalsozialistischen⁷² Grundsatz *Gemeinnutz geht vor Eigennutz*. § 288 konnte nur eigentlich gar nicht angewendet werden, weil dazu die Entscheidung des Reichswirtschaftsgerichts nötig war. Das Reichswirtschaftsgericht war ein 1920 gegründetes Sondergericht des Reiches, das ua über Entschädigungsstreitfälle infolge der staatlichen Wirtschaftslenkung entschied. Es wurde mit anderen Sondergerichten und Spruchstellen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit dem durch Führererlass

⁷¹ § 70 AktG lautete: *Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie es das Wohl des Betriebs und seiner Gefolgschaft und der gemeine Nutzen von Volk und Reich erfordern.*

⁷² Natürlich ist dieses auch ein Grundsatz des Bolschewismus und, wenn man ehrlich ist, auch der US-Verfassung wie einer jeden staatlichen Gemeinschaft.

v. 3. April 1941 gegründeten Reichsverwaltungsgericht zusammengefasst. Dieses ist aber nicht mehr praktisch geworden. § 288 AktG konnte also gar nicht angewendet werden.

Es hätte gemäß § 293 AktG erst einer Durchführungsvorschrift bedurft, welche vom *Reichsjustizministerium* und dem Reichswirtschaftsministerium erlassen werden musste. Die Auflösung einer AG konnte also, entgegen den üblichen Regeln, letztlich nur mit Zustimmung des Reichsjustizministeriums nur geschehen. So sahen, nach allem, was man von FS weiß, seine harmlos daher kommenden Schachzüge aus, um seinen Vorstellungen in der Diktatur Freiräume zu erhalten.

VI. Justiz als Mauer gegen das Unrecht

Für den damaligen Normaljuristen und mehr noch den Normalbürger, welcher außerhalb der Reichshauptstadt lebte, wurden Rechtssetzung und Rechtsprechung offenbar nicht negativ zur Kenntnis genommen. Erst die Kriegsjahre, und ab 1942 zunehmend brachten eine Änderung. Das NS-System hatte nach 1933 niemals Veranlassung, über die Unbotmäßigkeit von Presse oder Rundfunk zu klagen. Diese ließen sich sofort gleichschalten. Auch die deutsche Film- und Verlagswirtschaft muckte nicht, die Autoren schwiegen. Beispielhaft sei an Erich Kästner erinnert, welcher trotz großer Popularität mit einem Publikationsverbot belegt wurde, was er auch brav einhielt. Es kam nicht viel Regimekritik. Die Erzählung von Ernst Jünger *Marmorklippen* war regimekritisch und wurde von den Gebildeten damals auch wohl so empfunden. Der Normalbürger las so etwas nicht und, wenn er es tat, konnte er die Kritik kaum erkennen. Wir Heutigen erkennen sie eigentlich nur mit dem Wissen von heute. Die Widersprüchlichkeit des Regimes zeigt sich auch darin, das in derselben NS-Zeit, sogar im Kriege(1940), das hochfromme judenfreundliche Buch *Der Herr* von Romano Guardini in bester Ausstattung erscheinen konnte, und dass der 1941 (!) erschienene Große Brockhaus die Zahl der europäischen Juden ebenso hoch ansetzt wie die jüdischen Organisationen. Da nach den offiziellen Darstellungen das Regime vorhatte, alle europäischen Juden zu vernichten. Die Kirchen schwiegen auch. Hitler hätte sich niemals getraut, einen deutschen Kardinal der katholischen Weltkirche ins KZ zu tun. Sie schwiegen auch so.

Die deutsche Justiz aber war der NS-Führung und dem System, je länger es dauerte, ein desto größerer Stein des Anstoßes. Die Gerichte haben, als sich kaum mehr eine freie Stimme erhob, die zwei Hauptforderungen des Rechtsstaates aufrechterhalten können: Unabhängigkeit des Richters und seine Bindung an das Gesetz. Das war im wesentlichen Gürtners und nach dessen Tod Schlegelbergers

Leistung. Es gab immer feige Richter, wie es sie heute gibt.⁷³ Es gab aber viele unerschrockene Richter, welche sich strikt an das Recht hielten. Der Freispruch im Reichstagsbrandprozess ist dafür ein herausragendes Beispiel. Viele langjährige Freiheitsstrafen, die ab 1942 von scheinbar strammen NS-Richtern für Nichtigkeiten verhängt wurden, haben das Leben der Verurteilten gerettet. Dieser war im Gefängnis dem mörderischen Zugriff der Gestapo vorerst entzogen. Der Richter sah, dass der Krieg bald mit einer Niederlage enden würde, und dass dann die Strafe bald ihre Erledigung finden werde. Dieses Argument, dass der Schuldige ja schon bald wieder frei sein werde, war aber der Staatsmacht verstellt, solange Glaube an den Sieg Pflicht war.

Geschichte kann auch unter dem Gesichtspunkt betrachtet werden, was alles nicht geschehen ist, ob wohl es unter ähnlichen Umständen anderswo geschah. Vieles ist in der NS-Zeit nicht geschehen. Es gab keine Schauprozesse, wie Stalin sie ab 1936 der Welt zeigte.; auch keine öffentlichen Hinrichtungen, wie noch in den USA, keine öffentlichen Mordorgien, wie sie nach Ende des Krieges 1945 in Frankreich stattfanden, als der Résistance kurzfristig freie Hand hatte, um alte Rechnungen zu begleichen.⁷⁴ Es war das Verdienst der deutschen Justiz, dass die Diktatur für ihre Morde wenigstens die Heimlichkeit in den KZ oder später fernab im besetzten Osten, der suchen musste. Öffentliche Gewaltakte wie 1934 im sogenannten Röhmputsch haben sich nicht wiederholt. Die so genannte Reichskristallnacht mag die Ausnahme sein; es spricht aber vieles dafür, dass sie vom Regime nicht gewollt und geplant war.⁷⁵ Strafprozesse liefen bis zuletzt in rechtsstaatlichen Formen ab. Wer rechtsvergleichend auf das Recht unserer damaligen Kriegsgegner schaut, wird finden, dass der gesetzliche Rechtsschutz eines Angeklagten in der NS-Zeit einen Vergleich mit dem aushält, was in den Ländern der Demokratie unter Kriegsbedingungen üblich war.⁷⁶ Vorausgesetzt, der Fall wurde von der Justiz behandelt! Wurde diese umgangen, war das Schicksal des Opfers oft besiegelt, bevor es befragt worden war.

⁷³ Vgl. die teilweise bedenkliche oder geradezu offen verfassungswidrige Rechtsprechung zu § 130 StGB (Volksverhetzung)

⁷⁴ Allg. R. Aron, *L'histoire de la épuration*, 1963. Die Strafverfolgung der während dieser Zeit (1944/45) verübten Verbrechen wurde, ähnlich wie die Morde im Umfeld des sogen. Röhmputsches, durch Gesetz/Präsidialdekret untersagt. – Von Massakern in Algerien nicht zu reden, z.B. dem berüchtigten 8. Mai 1945, dem etwa 50.000 Araber zum Opfer fielen, vgl. Kaddache, *M. Le mai 1945*, Editions ANEP ISBN 9947-21-306-4

⁷⁵ Die so genannte Reichskristallnacht scheint vom Regime nicht wirklich gewollt und geplant gewesen zu sein; die Zahl der Toten im ganzen Reich hielt sich bei etwa 100.

⁷⁶ Das schließt nicht aus, dass immer wieder unwürdige Übergriffe oder offene Missachtung des geschriebenen Gesetzes vorkamen. Die Bilder vom Prozess gegen die Attentäter und Mitwisser des 20. Juli vor dem Volksgerichtshof unter Leitung von Freisler gehören dazu. Aber: Es kann nicht übersehen werden, dass die Angeklagten ihr Staatsoberhaupt hatten töten wollen. Welches Gericht der Welt hätte solche Täter, zumal in Kriegszeiten, zart angefasst geschweige denn freigesprochen?

Der inhaltende, selten eindeutig zu fassende Widerstand der Justiz war offenbar wirksamer und nachhaltiger, als es heute gesehen wird.⁷⁷ Hitler und die NS-Führung haben sich vielfach über die Justiz geärgert, sie verfolgt und beschimpft. Goebbels notiert am 20. März 1942 in sein Tagebuch: ... *Ich trage dem Führer einzelne Fälle des Versagens der Justiz vor. Der Staatssekretär im Justizministerium, der seit dem Tode Gürtners die deutsche Justiz leitet (=Schlegelberger), beruft sich auf meine Anträge zum Eingreifen immer darauf, dass er keine Gesetzesgrundlage habe. Es ist deshalb dringend notwendig, dass die Leitung des Justizministeriums in neue Hände gelegt wird. Ich schlage dem Führer Thierack vor.*

VII. Akademie für deutsches Recht

Durch Gesetz v. 11. Juli 1934 wurde die Akademie für Deutsches Recht als Körperschaft des öffentlichen Rechts (§ 1) ins Leben gerufen. Dabei scheint es sich um eine Art Versorgung für Hans Frank gehandelt zu haben.⁷⁸ Frank, der in der Kampfzeit als Rechtsanwalt NS-Schläger verteidigt hatte und auf das Amt des Justizministers gehofft haben mochte, wurde nach der Machtergreifung als Präsident der Akademie abgeschoben. Die vom Führer 1935 genehmigte Satzung sah als Aufgaben der RAK u.a. (§ 1 II Nr. 1) vor: *Ausarbeitung, Anregung, Begutachtung und Vorbereitung von Gesetzentwürfen*. Hattenhauer beschreibt das problematische Verhältnis zwischen Reichsjustizministerium und der RAK⁷⁹: *Frank musste seiner Akademie Daseinsberechtigung und Arbeit verschaffen* (S. 262). Auf diesem Hintergrund scheint in der RAK der Gedanke entstanden zu sein, das BGB durch ein neues, volksnäheres, dem Nationalsozialismus verpflichtetes Gesetzbuch zu ersetzen. Die Forderung aus dem NSDAP-Parteiprogramm (Nr. 19) nach einem von römisch-rechtlicher Begrifflichkeit freien, wahrhaft deutschen Gemeinrecht war auf Parteikreise nicht beschränkt, sondern wurde seit dem Ende des 1. Weltkriegs oft erhoben. *Das ohnehin einflussarme (Reichsjustiz-) Ministerium achtete argwöhnisch darauf, dass seine geringe Macht nicht durch den neuen Mann noch geschmälert würde* (S. 261).

FS hielt am 29. Januar 1934 in der Akademie eine Rede, in welcher er sagte: .. *am Ende aller Arbeit der Akademie.. muss die große zusammenfassende Schöpfung eines neuen, zum Herzen des Deutschen sprechenden Gesetzbuches stehen*. Hattenhauer, S. 263: *Man kann den Gedanken nicht verdrängen, Schlegelberger habe das Problem aufgegriffen, um der Akademie zuvorzukommen.. Es wird der doppelsinnige Stil des*

⁷⁷ Vgl. Schwerin – Krosigk, Graf v., *Es geschah in Deutschland*, 3. Aufl. Tübingen, 1952 über Justizminister Gürtner.

⁷⁸ Frank wurde später Generalgouverneur in Polen und hat dort von Bestechung über Morde alles getan, um Ehre und Ruf des deutschen Volkes in Polen zu ruinieren. Er wurde in Nürnberg zum Tode verurteilt und gehängt. Vgl. Autobiographie, *Im Angesicht des Galgens*, 1953.

⁷⁹ Das NS – Volksgesetzbuch in: Festschrift für Rudolf Gmür, Verlag Ernst und Werner Gieseking, 1983, S. 255 ff

Ministerialen erkennbar: Dem Anschein nach huldigte er der Akademie und verschob die Aufgabe doch auf den St. Nimmerleinstag, das Ende der Arbeit. Ein solches Verfahren entsprach der bewährten Taktik des Hauses...

Diese Schlepptaktik kommt auch sonst zum Vorschein. Anscheinend war FS also für eine Neufassung des BGB im NS-Geist. In Rostock sagte FS am 13. Februar 1936: *Auch auf anderen Gebieten erfordert die Anpassung des Rechts an die Weltanschauung der Gegenwart ändernde und ergänzende Normen... Man kann durchaus Verständnis für das oft stürmische Verlangen haben, das ganze Programm sofort und ausnahmslos verwirklicht zu sehen. Aber man muss mit Nachdruck betonen, dass auch auf dem Rechtsgebiet der Führer und nur er das Zeitmaß der Entwicklung bestimmt.*

Schöner und ausdrucksstärker hätte der Staatssekretär des Reichsjustizministeriums seine Linientreue kaum in Worte bringen können. Die nationalsozialistische Gesinnung von FS trat damit in ein helles Licht. Oder? Minister Gürtner, FS und das ganze Ministerium hatten vielfach zu spüren bekommen, wie sehr der Führer die Juristen und ihr Handwerk verachtete. Hat FS wohl wirklich geglaubt, der Führer werde sich demnächst die Mühe machen, *das Zeitmaß der Entwicklung* bei Entwicklung des BGB zu bestimmen? Der genialische, oder auch chaotische, Arbeitsstil Hitlers war bekannt. Rechtspolitik war das letzte, was ihn interessierte. Außerdem standen 1936 die außenpolitischen Fragen bei weitem im Vordergrund. Die Aufforderung, in gläubigem Vertrauen das Zeitmaß der Entwicklung dem Führer zu überlassen, war im Grunde die Zusicherung an jeden, der hören wollte, dass das Justizministerium die Weltanschauung der Gegenwart nicht fördern werde. Die drohende Konkurrenz der RAK nötigte FS aber, linientreue Geschäftigkeit an den Tag zu legen, um nicht jählings von dort überholt zu werden. Dieser stille Krieg zwischen FS und Hans Frank ist vielleicht der Grund für viele rhetorische Leuchtraketen, welche FS geworfen hat, um dem Führer zu zeigen, wie eifrig man seine Sache vertrete.

VIII. Vorwürfe gegen Schlegelberger

*Guardai e vidi l'ombra di colui che fece per viltate il gran rifiuto.*⁸⁰

*

*Wenn man in hohen Stellen einer Regierung dient, die man missbilligt, ist es nie verzeihlich.*⁸¹

1. Ausgangspunkt

In den beiden Eingangszitaten kommt ein Widerspruch zum Ausdruck, den der zumal nachgeborene Außenstehende kaum lösen können. Immerhin fordert er auf, mit Vorwürfen vorsichtig zu sein. Es wird FS zugestanden, den verbrecherischen Charakter des Regimes früh erkannt zu haben. Man wirft ihm auch nicht vor, Antisemit⁸² oder aktiver Nationalsozialist gewesen zu sein.⁸³ Der Hauptvorwurf gegen Schlegelberger besteht darin, dem Regime zu lange gedient haben. Er habe sich zu, seinen Überzeugungen vielfach widersprechenden, Verkrümmungen hergegeben, um dem Diktator und der NS-Führung zu willfahren. Dadurch habe er sich auch in konkreten Fällen schuldig gemacht. *Schlegelberger vollzog nie den endgültigen Bruch mit dem Regime. Keine seiner anerkennungswürdigen Aktivitäten.... führte eine grundsätzliche Ablehnung der Herrschaft Hitlers herbei.*⁸⁴ H. von Alten kommt zu demselben Ergebnis, wenn er in seiner ausgewogenen, den besonderen Zwängen Rechnung tragenden Schrift, die Waage sich gegen Schlegelberger neigen sieht.⁸⁵ Damit schließt er sich dem Urteil des Oberverwaltungsgerichts Lüneburg im Verfahren um die Pension v. 3. Dezember 1962 an.⁸⁶

⁸⁰ *Ich schaute und ich sah den Schatten dessen, der sich aus Feigheit aus dem Amte stahl.* Dante *Comedia III*, 59, Ü.v.V. - Dante sieht hier Papst Coelestin V (gest. 1295) in der Hölle, dessen feiger Rückzug vom Amt des Papstes dem von Dante gehassten Papst Bonifaz VIII den Aufstieg ermöglichte.

⁸¹ Wilhelm v. Humboldt am 18.11.1813 an seine Frau. Humboldt hätte aber wohl anders geschrieben, wenn es sich nicht um politische Differenzen der kgl. Preußischen Regierung, von der Humboldt sprach, gehandelt hätte, sondern um die Möglichkeit, Untaten eines verbrecherischen Regimes zu verhindern oder zu mildern.

⁸² Nathans, F.S. S. 43: das persönlich einwandfreie Verhalten FS, auch seine Treue zu jüdischen Kollegen wird gewürdigt.

⁸³ Nicht einmal der besonders kritische Förster sagt dieses. Der „Eintritt“ in die NSDAP im Jahre 1938 war die Duldung der Aufnahme, welche Hitler in einem Gesamttakt allen höheren Beamten angedeihen ließ.

⁸⁴ Nathans, S. 84

⁸⁵ v. Alten aaO, S. 32;

⁸⁶ OVG 18,446 ff. - Das Land Schleswig Holstein hatte FS die zunächst gewährte Pension als Staatssekretär 1959 entzogen, wogegen FS klagte, in 1. Instanz Recht bekam, in 2. Instanz aber verlor. In der Revision vor dem BVerwG wurde das Verfahren mit einem von FS vorgeschlagenen Vergleich am 17. Oktober 1966 abgeschlossen.

Hätte Schlegelberger zurücktreten sollen? Wäre das ehrenvoller gewesen? Th. Mann beschreibt in *Joseph und seine Brüder* die schwierige Lage Rubens, des ältesten der Söhne Jakobs, als diese Joseph töten wollten⁸⁷:

Er tat wie allezeit diejenigen getan haben, die eine entfesselte Menge notdürftig zu lenken vorhatten und, um sich Einfluss auf die Ereignisse zu wahren, mit scheinbarem Eifer am Schlimmen teilnahmen, damit Schlimmeres verhütet werde.

Das war auch die Einlassung Schlegelbergers. Schlegelberger schreibt in seinen Erinnerungen dazu: *Wie jeder andere Beamte hat auch der Staatssekretär nur bei Dienstunfähigkeit ein Recht auf Ausscheiden aus dem Dienst.*⁸⁸ Das habe ihn gehindert, einfach zurückzutreten. Das überzeugt nicht ganz. FS hätte sich auf sein Alter berufen können. Als er nach Gürtners Tod zum Ministerverweser bestellt wurde, stand er im 65. Lebensjahre. FS hätte, auch wenn es damals keine festen Altersgrenzen gab, unschwer aus dem Amt gehen können. Es ist kaum vorstellbar, dass Hitler seinem Gesuch um Versetzung in den Ruhestand nicht entsprochen hätte. Schlegelbergers Chef, Justizminister Gürtner, hatte kurz vor seinem Tode zu einem Mitarbeiter gesagt: *Wie unendlich glücklich wäre ich, wenn ich nicht mehr in dieses Haus (= Justizministerium) hineinzugehen brauchte. Aber ich muss, ich muss. Da stehen schon drei, die hineinwollen, Frank, Freisler und Thierack. Einer von ihnen wird es werden und deswegen muss ich mich hineinschleppen.*⁸⁹

Das war, wie FS sagte, auch für ihn der Grund weiterzumachen. Er sei geblieben, um Schlimmeres zu verhüten. Radbruch, in der Weimarer Zeit kurz der Chef von FS, und viele glauben ihm das.⁹⁰ Andere nicht.⁹¹ Vielleicht wollte Schlegelberger, der seit 1931 ständig den Minister vertreten hatte, am Ende seiner Laufbahn auch noch Minister werden. Dieser Wunsch wäre weder ehrenrührig gewesen noch stünde er in einem zwingenden Widerspruch zu dem, was Schlegelberger vorträgt - durch Flexibilität gegenüber dem Gewalthaber Schlimmeres zu verhindern.

2. Gruppierung der Vorwürfe

a. Ausgangspunkt

⁸⁷ Kapitel: Joseph wird in den Brunnen geworfen

⁸⁸ Handexemplar des Verfassers, S. 83

⁸⁹ Schwerin – Krosigk, Graf v., aaO, S. 325

⁹⁰ zitiert bei Nathans, FS, S. 85

⁹¹ Nathans, S. 85

Die gegen FS gerichteten Vorwürfe sind entgegen der Erwartung nicht leicht zu greifen. Die verschiedenen Quellen nennen nicht dieselben Fälle, auch wenn diese sich oft überschneiden. Das Nürnberger Urteil macht ihm z.B. zum Vorwurf, dass Hitler ihm anlässlich seines Ausscheidens aus dem Dienst mit ehrendem Schreiben eine Dotation von RM 100.000 zukommen ließ. Das ist sicherlich kein vorwerfbares Vergehen von FS. Hitlers anscheinende Zufriedenheit mit der Arbeit von FS kann allenfalls als Indiz dafür gewertet werden, dass der Vorwurf, FS habe der NS Herrschaft besonders willfährig gedient, berechtigt ist. Das Luftglas-Fall wird in Nürnberg nur beiläufig, die Euthanasieaktion anscheinend gar nicht behandelt. Das aber sind die einzigen Fälle, in denen FS unmittelbar mit einer konkreten rechtswidrigen Tötungsaktion in Zusammenhang gebracht werden kann.

Die sonstigen Vorwürfe zielen auf den nur indirekt handelnden Schreibtischtäter. Sind gleichsam weicher, schwer fassbar und bei näherem Hinsehen scheinen sie völlig zu zerfallen, wie zu zeigen sein wird. Im Einzelnen lassen sich folgende Vorwurfsgruppen erschließen.

b. Nürnberger Urteil

Der Nürnberger Juristenprozess, in welchem Schlegelberger zu lebenslänglicher Haft verurteilt wurde, war ein Sammelverfahren und richtete pauschal sich gegen 16 Angeklagte sehr unterschiedlicher Schuld und Stellung. Schlegelberger war also nicht wie in einem deutschen Strafverfahren wegen bestimmt benannter Straftaten angeklagt, gegen welche er sich dann mit den üblichen Mittel wie Beweisanträgen usw. wehren konnte. Es wurde FS, und seinen Mitangeklagten, also nicht vorgeworfen, gegen bestimmte deutsche oder – was das angeht – amerikanische Strafgesetze verstoßen zu haben. FS und seinen Mitgeklagten wurde „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“ vorgeworfen. Dieses, so in keinem damals bekannten Strafgesetz, formulierte Verbrechen setzte das Militärgericht aus Handlungen zusammen, welche das Gericht als vorwerfbar ansah.

Dieser positivrechtliche Mangel an einer von FS übertretenen Strafnorm wird dadurch ergänzt, dass es angesichts der Gruppenanklage und – verurteilung kaum möglich, aus dem umfangreichen Prozessstoff das herauszuarbeiten, was denn eigentlich Schlegelberger persönlich vorgeworfen wird und insbesondere das, was er jeweils zu seiner Verteidigung hat vorbringen können. So findet etwa die in der heutigen Auseinandersetzung mit Schlegelberger in den Vordergrund gerückte Beteiligung an der Euthanasieaktion im Nürnberger Urteil gar keine Erwähnung, und der Vorwurf durch Willfährigkeit, an der Tötung des Juden Luftglas beteiligt zu sein, war als solcher kein Gegenstand der Nürnberger Anklage. Aus dem Schlegelberger betreffenden Teil des Nürnberger Urteils lassen sich jedoch folgende Vorwürfe herauslesen:

1. Das Begleitschreiben Hitlers anlässlich der Entlassung aus dem Dienst und die Dotation von 100.000 Reichsmark.
2. Schlegelberger Beteiligung bzw. Rechtfertigung einer Aufhebung des Analogieverbotes StGB
3. Schlegelberger habe Hitlers Anmaßung bei der Machtergreifung unterstützt, über Leben und Tod zu entscheiden, in diesem Zusammenhang wird der Fall Luftglass erwähnt.
4. Schlegelberger sei dafür verantwortlich, dass er dem Justizministerium und den Gerichten die Verfolgung, Verhandlung und Verfügung über die Opfer des NN-Erlasses (so genannter Nacht und Nebelerlass) aufgebürdet habe
5. Er habe zur Verfolgung von Polen und Juden beigetragen
6. Die Polen – und Juden - Strafrechtsverordnung vom 4.12.1941 wird ihm zur Last gelegt.

b. Förster/Nathan

Förster/ Nathan werfen Schlegelberger allgemein vor, durch seine Reden und Schriften das Regime gestärkt zu haben. Ihre Bewertungen von FS haben aber nicht das Ziel, FS strafrechtlich oder sonst rechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Es geht ihnen um die moralische Bewertung des Menschen und seiner Handlungen im Rahmen des NS- Justiz. Im Einzelnen werden im wesentlichen folgende Vorwürfe erhoben.⁹²

1. Nazifizierung des BGB
2. Beteiligung an der Euthanasieaktion
3. Zerstörung des unabhängigen Richtertums
4. Verbrechen gegen Juden
5. Verbrechen gegen Polen
6. Justizverbrechen durch gesetzgeberische Tätigkeit
7. Hinrichtung des Juden Luftglass

c. Vorwürfe vor dem Verwaltungsgericht

Am 2. Januar 1951 wurde Schlegelberger ohne weitere Begründung vorzeitig aus der Haft entlassen. Als ehemaligem Staatssekretär stand ihm eine Beamtenpension zu. Mit Bescheid v. 3. September 1959 wurden FS diese aberkannt. Gemäß § 3 Nr. 3a des Gesetzes zu Art. 131 Grundgesetz standen beamtenrechtliche Versorgungsansprüche denen nicht zu, die durch ihr Verhalten während der Herrschaft des Nationalsozialismus gegen die *Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit* verstoßen hatten. Das sei bei FS der Fall und wurde mit Folgenden begründet.

⁹² Vgl. Gliederungspunkte bei Förster und Nathans aao

Hier ging es also nicht um eine strafrechtliche Bewertung von Schlegelbergers Handlungen/Unterlassungen. Die Verwaltungsbehörde, bzw. dann das Verwaltungs- und Oberverwaltungsgericht hatte den in § 3a des Gesetzes verwendeten unbestimmten Rechtsbegriff *Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit* auszulegen und zu entscheiden, ob und ggfs wodurch FS gegen diese verstoßen hatte. Das beklagte Land hatte sein Bescheid auf folgende Vorwürfe gegen FS gegründet.

1. Ein Schreiben an Hitler v. 10. März 1941 zeige sein Bemühen, die Justiz in allen ihren Zweigen immer fester in den nationalsozialistischen Staat einzuordnen.
2. Auf einen ihm übermittelten Führerbefehls habe er 29. Oktober 1941 den zu 2 Jahren und 6 Monaten Gefängnis verurteilten Kaufmann Luftglass, der jüdischer Abkunft gewesen sei, der Gestapo zur Exekution überstellt.
3. Die von ihm entworfene und am 4. Dezember 1941 in Kraft getretene Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten habe ein Sonderstrafrecht geschaffen, mit dem die Polen und Juden schwersten terroristischen Bestimmungen unterworfen seien
4. Den Prozess vor dem Volksgerichtshof gegen den emigrierten Juden Sklarek habe er in einem Schreiben an mehrere Reichsminister von 27. Mai 1942 zum Anlass genommen, für schwere Fälle der Vorbereitung zum Landesverrat eine Rückwirkung der Strafvorschriften vorzuschlagen.

Die von Schlegelberger zum Verwaltungsgericht gegen diesen Bescheid erhobene Klage führte mit Urteil vom 8. November 1960 zu dessen Aufhebung, weil diese Fälle keinen Verstoß von FS gegen die Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit erkennen ließen.

d. Oberverwaltungsgericht

Das beklagte Land legte Berufung ein. Das Berufungsgericht prüft die Sach—und Rechtslage umfassend neu. Das beklagte Land hatte inzwischen intensiver recherchiert und neue Tatsachen und Fälle vorgelegt, aus denen sich der vom Land behauptete Verstoß gegen Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit ergeben sollte. Da im verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Amtsermittlungsgrundsatz herrscht, waren VG und OVG gehalten, alle in Betracht kommenden Vorfälle und Erkenntnismittel heranzuziehen, um zu einer Würdigung des Gesamtverhalten von FS zu kommen. Es kann daher angenommen werden, dass mehr als das, was im Urteil des OVG zur Sprache kommt, gegen FS auch anzuführen war. In tatsächlicher Hinsicht hat FS die Richtigkeit des alten und auch des neuen Vorbringens im wesentlichen bestätigt.

Die in dem Berufungsurteil aufgeführten Fälle sollen daher hier wahr unterstellt werden, was sie vermutlich auch sind. Diese werden, entsprechend der Reihenfolge des OVG-Urteils im Folgenden mit V (für Verwaltung) I - VI nummeriert und abgehandelt. Seitenzahlen sind die des Urteils.

I. Steuerung der Rechtspflege S. 11. Das wird in 3 Fällen konkretisiert

1. Der Kläger habe sich an der Einführung außerordentliche Rechtsmittel beteiligt, die eine in legale Form gekleidete Einflussnahme auf die Rechtsprechung ermöglicht hätten. S. 11

2. Der Kläger habe zur Beeinflussung der Rechtsprechung auch zu einer Fülle Formel illegaler Maßnahmen gegriffen. S. 12

3. Das Land wirft dem Kläger weiter vor, er habe wiederholt in schwebende oder abgeschlossene Verfahren eingegriffen. S. 19

II. Entwurf der Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten vom 4. Dezember 1941. S. 27

III. Verhalten im Zusammenhang mit der Vorbereitung der so genannten Endlösung der Judenfrage vor. S. 30

IV. Unterzeichnung der im Reichsjustizministerium ausgearbeiteten Verordnung zur Ausführung des so genannten Nacht- und Nebelerlasses vom 7. Februar 1942. S. 35

V. Gesetz zur Ergänzung der Vorschriften gegen Landesverrat vom 22. November 1942 vor. wg Rückwirkung S. 27

VI. Erstmals jetzt: Rechtsstaatswidriges Verhalten im Rahmen der Euthanasieaktion vor. S. 38

3. Perspektive der Vorwürfe

a. Zeitliche Rahmen

Bei allen Beurteilungen der NS-Zeit fällt die merkwürdige Verkürzung der zeitlichen Perspektive auf. Hitler wurde im Januar 1933 in den Formen der Weimarer Reichsverfassung zum Reichskanzler ernannt. Bis zum Tode des Reichspräsidenten Hindenburg, August 1934, war es kaum zu Übergriffen gekommen, welche die Zeitgenossen als Verstoß gegen rechtstaatlichen Grundsätze empfanden. Der verbrecherische Charakter einzelner Handlungen, etwa die im Zusammenhang mit dem so genannten Röhm-Putsch verzogenen Morde, stellten sich erst in der Nachschau heraus. Die folgenden 5 Jahre bis zum Kriegsausbruch am 1. September 1939 waren geprägt von einer Serie schier unglaublicher außenpolitischer Erfolge., denen ein alle

Kreise erfassender wirtschaftlicher Aufschwung einherging. Die Problematik auch dieser Vorgänge konnte von den Zeitgenossen, sofern sie sich nicht in gehobener Position befanden, kaum erkannt werden. Jeder Bewohner der DDR stimmt der Behauptung zu: Jeder wußte, dass man in einer Diktatur lebte. Es ist daher das Urteil aller Normal-Menschen, die über die Friedenszeit der NS-Zeit befragt werden konnten, dass man eigentlich nicht gemerkt habe, in einer Diktatur zu leben. Sebastian Haffner, ein ausgewiesener Gegner des NS-Regimes, hat daher in *Anmerkungen zu Hitler* (1978) die Behauptung aufgestellt: Wäre Hitler vor dem 1. September 1939 gestorben, wäre er als einer der bedeutendsten deutschen Politiker in die Geschichte eingegangen. Es gehört zu den Phänomenen der Zeit, dass ein solches Urteil, heute (2012) gesprochen, nicht nur politisch inkorrekt wäre, sondern bei einem Beamten zu Disziplinarmaßnahmen, wenn nicht strafrechtlichen Maßnahmen nach § 130 StGB (Volksverhetzung), nach sich zöge.

Die wesentlichen Fehlleistungen und Verbrechen des NS-Regimes geschahen im Kriege, und auch unter dem Deckmantel des Krieges. Im Kriege gelten andere Regeln als in Friedenszeiten. So bleibt zwar das Euthanasieprogramm, welches die bewusste Tötung von geisteskranker Menschen vorsieht, auch in Kriegszeiten ein Verbrechen, ist aber mit anderen Augen zu betrachten, wenn die durch den Krieg erzeugte Gefährdung der nationalen Versorgungslage mit in Betracht gezogen wird. Die Erschießung eines Menschen, der 50.000 Eier beiseite gebracht hat, ist in Kriegszeiten, anders zu beurteilen, als in Friedenszeiten, auch wenn es ein schwerer Rechtsbruch bleibt, den mit einer Freiheitsstrafe belegten Täter willkürlich vor ein Erschießungskommando zu stellen.

b. Zeitgeist

Bei der Aufarbeitung der NS-Verbrechen und der Gesamtbeurteilung der damaligen Vorgänge fällt auch eine gewisse Provinzialität auf. Natürlich verstieß es gegen die Grundsätze des preußischen und deutschen Beamtenrechtes jüdische Beamte, nur weil sie jüdischer Herkunft waren, durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums aus ihren Stellungen, allerdings mit den jeweils verdienten Ruhegehaltsansprüchen zu entfernen.. Es unterbleibt aber eine vergleichende Betrachtung darüber, wie in anderen Staaten mit vergleichbaren Problemen umgegangen wurde, wenn etwa polnische, tschechoslowakische Staatsangehörige, nur weil sie deutscher Herkunft waren, ihre Beamtenstellungen verloren.

Wer um 1930 in einem westlichen Staat, einschließlich der USA, gefordert hätte, unheilbare Geistesranke mit einer Todesspritze zu Tode zu bringen, hätte auf Zustimmung, wenn nicht der Mehrheit, so doch beträchtlicher Bevölkerungsteile rechnen dürfen. Erblich Belastete zu sterilisieren, galt auch in den Demokratien geradezu als volkshygienische Aufgabe des Staates. Für rassebewußte, in Bezug auf

Nichteuropäer geradezu rassistische Staaten wie USA einmal abgesehen⁹³, fallen auch Länder wie Schweden auf, in denen ähnliche Fragen gestellt und ähnlich beantwortet worden, wie sie in Deutschland im Rahmen des Euthanasieprogramms aufkamen. Gunnar und Alva Myrdal waren führende Vertreter der schwedischen eugenischen Bewegung. Auf der Grundlage der niedrigen Geburtenzahl diskutierten sie 1934 Wege zur Verbesserung des *Menschenmaterials*. Dazu schlugen sie vor, durch Zwangssterilisierung jede Form von *physischer und psychischer Minderwertigkeit in der Bevölkerung ausrotten, sowohl Geistesschwäche also Geisteskrankheiten, und niedrige Charakteranlagen*. Der schwedische Reichstag beschloss 1934 ein entsprechendes Gesetz zur Zwangssterilisierung, welches 1941 noch verschärft wurde.⁹⁴

Das Interesse der Siegerstaaten, die nach dem Zweiten Weltkriege in Deutschland festgestellten Verbrechen mit Maßnahmen zu vergleichen, welche in ihren eigenen Ländern vorgekommen waren, war , und blieb bis heute, begreiflicherweise gering. Es ist dem deutschen Volk zum Guten anzurechnen, dass es im Rahmen seiner geschichtlichen Selbstbewertung diese und sonst mögliche Vergleiche nicht zieht. Verbrechen bleiben Verbrechen, auch wenn andere sie begehen. Es ist unsere anthropologische Struktur, dass wir Menschen, anders als Tiere, an unsere Artgenossen, Verbrechen und Grausamkeiten begehen. Diese kann man nur hoffen zu überwinden, wenn Unrecht immer und überall so genannt wird.

Insofern es aber um eine individuelle Zuweisung von Schuld im sittlichen oder gar strafrechtlichen Sinne geht, kann es nicht unwichtig sein, welche gesellschaftlichen Überzeugungen in Bezug auf die vorgeworfene Handlung allgemein vorherrschten, und ob der Ankläger vielleicht selbst solcher oder ähnlicher Handlungen schuldig ist.

4. Synopse der Vorwürfe

Insgesamt ergibt sich die folgende Synopse.

OVG	VG	Nürnberg	Förster /Nathan	Anmerkkg
-----	----	----------	-----------------	----------

⁹³ Siehe englischen Wikipediaeintrag zu: *Eugenics*. - Erwähnung des berühmten Sterilisierungsgesetz des US-Staates Indiana von March 9, 1907.

Preamble. Whereas, Heredity plays a most important part in the transmission of crime, idiocy and imbecility;....*Be it enacted by the general assembly of the State of Indiana*, That on and after the passage of this act it shall be compulsory for each and every institution in the state, entrusted with the care of confirmed criminals, idiots, rapists and imbeciles, to appoint upon its staff, If, in the judgment of this committee of experts and the board of managers, procreation is inadvisable and there is no probability of improvement of the mental condition of the inmate, it shall be lawful for the surgeons to perform such operation for the prevention of procreation as shall be decided safest and most effective. But this operation shall not be performed except in cases that have been pronounced unimprovable.

⁹⁴ Quelle: Wikipedia: Rasygienen i Sverige (Üv.V)

I. Steuerung der Rechtspflege 1. ao Rechtsmittel 2. Beeinflussung 3. Luftglass	Schreiben an Hitler v. 10. März 1941; Justiz in den NS-Staat einzuordnen.	Anmaßung unterstützt, in diesem Zshg der Fall Luftglass	Zerstörung Richtertum	.
II. Strafrechtspflege gegen Polen und Juden	VO gegen Polen und Juden	dto	Verbrechen gegen Polen	
III. Endlösung Judenfrage			Verbrechen gegen Juden	
IV. Nacht- und Nebelerlass		Dto		
V. Gesetz gegen Landesverrat vom 22. November 1942 wg Rückwirkung	Jude Sklarek	Beteiligung bzw. Rechtfertigung einer Aufhebung des Analogieverbotes StGB	Justizverbrechen durch gesetzgeberische Tätigkeit	
VI. Euthanasie			dto	
	Luftglass, zur Exekution überstellt.	Dotation von 100.000 Reichsmark.	Luftglass Nazifizierung des BGB	OVG :Dotation S. 88

Die gegen FS vom Land Schleswig –Holstein erhobenen Vorwürfe werden in der Reihenfolge wie im OVG – Urteil behandelt.

IX. Steuerung der Rechtspflege ⁹⁵

1. Steuerung der Rechtspflege (S. 11)

a. Einzelweisungen Hitlers

In vielen Fällen ließ Hitler das RMJ und damit Schlegelberger wissen, dass er in einem konkreten Falle eine bestimmte Strafe wünsche, oder wenn ein Urteil bereits ergangen oder sogar schon rechtskräftig war, dass er die Aufhebung des Urteils verlange, um die höhere Strafe durchzusetzen. Es stellt sich die Frage nach der Rechtsqualität solcher „Hitlerwünsche“. Von dieser hängt ab, ob und wie FS darauf reagieren mußte bzw. konnte. Zunächst fällt auf, dass unbeschadet der von Rechtswissenschaftlern vertretenen These von der Gesetzesqualität des

⁹⁵ Zitate sind dem OVG – Urteil entnommen; Seitenzahlen beziehen sich auf dieses

Führerbefehls, das RMJ/FS diese Hitlerwünsche nicht als „Gesetz“ ansah. Es hätte sich sonst erübrigt, neue Rechtsmittel wie den Außerordentlichen Einspruch zu erfinden, um eine neuen Verhandlung zu ermöglichen, in welcher ein den Wünschen des Führers entsprechendes Urteil ergehen könnte.

Als Regierungschef und Staatsoberhaupt, war Hitler befugt, Regierungshandlungen vorzunehmen. In deutscher Verfassungstradition führt der Minister sein Ministerium eigener Verantwortung und ist Einzelweisungen des Regierungschefs nicht unterworfen. Hier wirkte sich aus, dass FS nicht Minister war, sondern nur die Geschäfte führte. Die Ressortverantwortung für das RMJ lag also bei Hitler als dem Regierungschef. Es kommt also in Betracht, diese Hitlerwünsche als Weisung des Dienstvorgesetzten an FS als Beamten zu verstehen. FS mußte diesen Weisungen also entsprechen.

In allen Kulturstaaten werden in Kriegszeiten friedenszeitliche Regeln verschärft, soweit das dazu dienen kann, das Volk auf das Kriegsziel hin, den Sieg, zu disziplinieren. Wie und in welchem Rahmen das geschieht, liegt im Ermessen des Regierungschefs. Einer entsprechenden Weisung zu gehorchen wäre für FS erst dann rechtswidrig und vorwerfbar, wenn er dadurch gegen überpositives Naturrecht verstieß. Das wird man nicht generell sagen können. Es war nicht manifest rechtswidrig, wenn Hitler Strafzumessungen als friedenszeitlich empfand und daher im Krieg für unangemessen hielt. Damals schon gar nicht, aber nicht einmal nicht einmal im heutigen Staat des Grundgesetzes hätten sich Hitler oder FS, wie dargelegt, strafbar gemacht, wenn sie unmittelbar bei dem erkennenden Richter angerufen hätten, um auf eine bestimmte Entscheidung hinzuwirken. Die Form von Direkteingriffen hat es aber nicht gegeben.

b. Rechtsmittel des Außerordentlicher Einspruchs

Es wurde Schlegelberger vorgeworfen, unveräußerliche rechtsstaatliche Grundsätze verletzt zu haben, indem er sich an der Einführung außerordentlicher Rechtsmittel beteiligte, die eine *in legale Form gekleidete Einflussnahmen auf die Rechtsprechung* ermöglichten (S. 11/12). Als Beispiel wird genannt das Gesetz vom 16. September 1939, mit welchem der außerordentliche Einspruch geschaffen wurde. Dieser ermöglichte dem Oberreichsanwalt, gegen rechtskräftige Urteile *wegen schwerwiegender Bedenken gegen die Richtigkeit des rechtskräftigen Urteils* Einspruch zu erheben, was zur Beseitigung des Urteils und zur erneuten Entscheidung vor besonderen Senaten des Reichsgerichtes bzw. des Volksgerichtshofes führte.

Mit Verordnung vom 21. Februar 1940 wurde überdies die Nichtigkeitsbeschwerde eingeführt. Diese gestattete dem Oberreichsanwalt gegen rechtskräftige Urteile der Untergerichte Beschwerde einzulegen. FS könnte sich

durch seine Übersendungsschreiben vom 14. Juli 1939 an den Chef der Reichskanzlei kompromittiert haben. Darin schreibt er: ... *die Erhebung des Einspruchs soll auf die seltenen Fälle beschränkt werden, in denen schwerwiegende Bedenken gegen die Richtigkeit eines rechtskräftigen Urteils bestehen, insbesondere der Führer die Nachprüfung der Urteile in einer neuen Hauptverhandlung für erforderlich hält.*

Es fällt schwer, hieran eine vorwerfbare oder auch nur bedenkliche Handlung Schlegelbergers zu sehen. Diese Rechtsmittel verstießen zwar gegen das Prozessrechtsverständnis im deutschen aber auch in anderen Rechten, wonach eine durch letztinstanzliche Entscheidung oder Fristablauf rechtskräftig entschiedene Sache *res judicata* war, also nicht erneut zur Verhandlung gestellt werden sollte. Die Rechtskraft wird allerdings seit jeher durch die Möglichkeit des Wiederaufnahmeverfahrens durchbrochen; vgl. §§ 359 ff Strafprozessordnung. Angesichts der ständigen Übergriffe und direkten Befehle Hitlers namentlich in die Strafjustiz ist insbesondere wichtig, dass der außerordentliche Einspruch/Nichtigkeit Beschwerde zu einer Neuverhandlung führt. Die beflissen anmutenden Ausführungen von FS müssen genau gelesen werden. FS sagt nicht: wenn der Führer eine andere *Entscheidung* für erforderlich hält, sondern *wenn der Führer die Nachprüfung des Urteils in einer neuen Hauptverhandlung für erforderlich hält.* Indem Hitler sich mit diesem Gesetz und diese Erklärung einverstanden erklärte, hat er im Grunde ausdrücklich zugestanden, dass ein von ihm für falsch gehaltenes Urteil nicht nach seinen Wünschen abgeändert würde, sondern im Rahmen des bestehenden Rechts neu verhandelt wurde. Das war in den Zeiten der Diktatur vermutlich das Beste, was herauszuholen war, und leider hat Hitler sich an diese Beschränkungen später oft nicht gehalten.

2. Beeinflussung der Rechtsprechung (S.12 -19)

a. Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit

Das Land Schleswig-Holstein legte Schlegelberger weiterhin zur Last, er habe die richterliche Unabhängigkeit verletzt. Er habe durch Beeinflussung der Rechtsprechung vielfach zu Maßnahmen gegriffen habe, welche nach damaligem Recht illegal gewesen sein. Konkret wird ihm vorgeworfen, dass er in regelmäßigen Abständen die Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte in das Reichsjustizministerium berufen habe, um sie über seine Auffassung in der Behandlung von Rechts – insbesondere Strafsachen zu unterrichten. Die Unabhängigkeit des Richters im Bereich der Rechtsprechung, im Gegensatz also zur Verwaltungstätigkeit, gilt als eine der wesentlichen Errungenschaften des modernen Verfassungsstaates. Art. 97 GG sagt wortgleich mit Art. 102 Weimarer Reichsverfassung: *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.*

Entsprechendes findet sich in anderen Verfassungen.⁹⁶ Die richterliche Unabhängigkeit war bereits im vorkonstitutionellen Preußen verwirklicht.⁹⁷ Die direkte Einflussnahme auf die Rechtsprechung im Einzelfall durch Gespräche von vorgesetzten Richtern (Gerichtspräsident) oder Beamten des Justizministeriums mit Richtern ist der deutschen Justiztradition, völlig fremd. Das war auch damals der Fall.

Nicht eindeutig zu entscheiden ist, ob eine solche Einflußnahme oder ihr Versuch in einem formalen Sinne rechtswidrig war. Jedenfalls war sie damals nicht strafbar, und heute unter dem Grundgesetz auch nicht. Es wäre daher zwar politisch bedenklich, wenn heute ein Regierungsmitglied durch unmittelbare Fühlungnahme mit dem zuständigen Richter auf dessen Entscheidung in einem konkreten Fall einzuwirken versuchte, es strafbar wäre das nicht.

Die richterliche Unabhängigkeit bezieht sich auf die Rechtsfindung. Der Rahmen der Unabhängigkeit ist aber von Fall zu Fall immer wieder einmal strittig und wird durch das richterliche Disziplinarrecht entschieden. Zweifelsfrei ist, dass der Dienstvorgesetzte, z.B. der Landgerichtspräsident, dem Richter keine Weisungen zur Urteilsfindung geben darf, und nicht zur Art der Verfahrensführung. Er kann aber nach Abschluss eines Verfahrens auf eine Umsetzung des Richters hinwirken, wenn dessen Leistungen seinen Anforderungen nicht genügen. Der Landgerichtspräsident, der vielleicht Oberlandesgerichtspräsident werden möchte, wird auch selbst danach beurteilt, wie gut er seine Richter anleitet und einsetzt. Auch unter dem Grundgesetz finden Konferenzen, Dienstbesprechungen und Schulungen statt, in denen Richtern zwar keine Weisungen erteilt werden, sondern „Handreichungen“ zur Behandlungen von bestimmten Fallgruppen.⁹⁸

Auch unter dem Grundgesetz können Gericht aufgelöst⁹⁹, Zuständigkeiten verteilt und Aufgaben zentralisiert werden usw. Es wäre daher dem NS-Regime sogar innerhalb der Grenzen der im heutigen Sinne verstandenen Rechtsstaatlichkeit möglich gewesen, etwa folgendes anzuordnen: Strafsachen, die in Kriegszeiten eine besondere Bedeutung haben (z.B. Landesverrat, Aufruf zum Ungehorsam gegenüber Gesetzen und Hoheitsträgern, Handlungen also, die auch heute von unserem Strafgesetzbuch mit Strafe bedroht werden) werden zentral einem neu eingerichteten Reichsstrafgericht zugewiesen. Der 1934 eingerichtete Volksgerichtshof wies in diese Richtung. Es liegt auf der Hand, dass solche oder ähnliche Überlegungen, welche dem Diktator hätten einfallen können, eine

⁹⁶ Art. III US – Verfassung; art. 64 frz Verfassung.

⁹⁷ Huber, Bd 2, 1. Kap. § 2 I ; vgl. auch den berühmten Müller-Arnold-Fall Friedrichs d. Großen

⁹⁸ 2010/2011 wurden öffentlich und Im Bundestag diskutiert und gefordert, wie Richter etwa bei Sexualstraftätern urteilen und ggfs mit der Sicherheitsverwahrung umgehen sollten.

⁹⁹ vgl. den Streit um die Auflösung des OLG Zweibrücken und die missglückte Nach- und Nebelernennung eines neuen OLG –Präsidenten durch die SPD Landeregierung in Mainz. im Jahre 2011.

reichseinheitliche Verschärfung in der Strafzumessung hätte nach sich ziehen können. Aber auch das wäre schwerlich rechtsstaatswidrig im heutigen Sinne gewesen wäre. Ein harte, aus europäischer Sicht unvertretbar harte Strafzumessungspraxis gilt anscheinend nicht als Hinweis für fehlende Rechtsstaatlichkeit In vielen Bundesstaaten der USA, führen unter den sogenannten *three strikes laws* nichtige Straftaten wie ein Ladendiebstahl, wenn im 2. Rückfall begangen, zu Jahrzehnte langen Gefängnisstrafen.¹⁰⁰ Die USA gilt dennoch weithin als Rechtsstaat.

Auch unter dem Grundgesetz ist der Richter an bestimmte Vorgaben gebunden. Wer den freiheitlichen, demokratischen Rechtsstaat ablehnt, kann nicht Richter sein. Der Richter muss in seinem Amt, welches ihm von der Öffentlichkeit anvertraut worden ist, auf die in dieser vorherrschenden Anschauungen Rücksicht nehmen. Bis 1942, solange FS im Amt war, stand das deutsche Volk offenbar in seiner großen Mehrheit unter dem Eindruck der augenscheinlich überwältigenden Erfolge des Regimes. Hitler galt noch in weitesten Kreisen als der unfehlbarer Führer. Selbst wenn, wie allgemein unterstellt wird, FS das Regime persönlich ablehnte, war es daher nicht von vorneherein vorwerfbar, wenn er die Richterschaft aufforderte, in ihrer Entscheidungspraxis den Überzeugungen des Volkes Rechnung zu tragen. Das wird auch heute von Richtern verlangt, wie etwa die verfassungsrechtlich gebilligte, gleichwohl problematische, Rechtsprechung im Rahmen des § 130 StGB zeigt.¹⁰¹

b. Ansprache v. 23. April 1941

Hierzu legt das Land die Niederschrift einer Ansprache vor, welche Schlegelberger am 23. April 1941 hielt. Danach sagte FS unter anderem (S. 13):

Die Unabhängigkeit von Weisungen ist nach gefestigter Volksüberzeugung ein selbstverständliches und unentbehrliches Attribut des Richters.... dass das Recht nur von in diesem Sinne unabhängigen Richtern gesprochen werden dürfe, hat der Führer schon in seiner 1. Kanzler Rede mit Nachdruck hervorgehoben.....

Daneben gilt folgendes.... Der Richter soll Recht sprechen im Namen des Volkes. Hat sich die Weltanschauung in einem Volke so grundlegend und mit so gefestigter Kraft gewandelt, wie in Deutschland nach dem Siege der Bewegung, so kann der Richter getreu seines Amtes nur walten, wenn er von

¹⁰⁰ vgl. Wikipedia: Three strikes Law: Im Strafrecht versteht man unter *Three strikes*, dass nach zwei Verurteilungen für als **Verbrechen** („*Felony*“) definierte Delikte beim dritten Mal eine lebenslange Haftstrafe verhängt wird. Eine vorzeitige Entlassung bei guter Führung im **Gefängnis** ist meistens erst nach 25 Jahren möglich. Solche Gesetze gibt es heute in 25 US-Staaten und auch im US-Bundesstrafrecht; das Gesetz ist vor allem wegen seiner Anwendung in **Kalifornien** bekannt.

¹⁰¹ vgl. Bertram, Der Rechtsstaat und seine Volksverhetzungsnovelle, NJW 2005, 1476

*dieser neuen Weltanschauung durchdrungen ist, und es kann keinem Zweifel unterliegen, dass **nunmehr jede Norm des geltenden Rechts** unter Berücksichtigung der im Parteiprogramm anerkannten Sittenordnung und Weltanschauung und dazu der maßgebenden Willensäußerungen ihres Schöpfers und berufensten Künders, des Führers, auszulegen und anzuwenden ist.*

Hätte Schlegelberger 1933 den Führerwillen als Auslegungsmaßstab gepriesen, verdiente er Vorwurf. Im Jahre 1941 waren aber unter vielen anderen folgende, heute peinlich berührende, Aussprüche führender deutscher Juristen im Markt¹⁰²:

- *Gesetzgeber ist nicht die Reichsregierung oder der Reichstag, sondern allein der Führer und Reichskanzler.*
- *Die Amtsgewalt des Führers ist keine Kompetenz. Nicht der Führer macht das Amt sondern der Führer gestaltet das Amt nach seiner Mission.*
- *Die Amtsgewalt des Führers kennt keine Zuständigkeitslücken. Die Amtsgewalt des Führers ist über aller Kompetenz. Die Amtsgewalt des Führers ist total.*
- *Dass Führerwille und Recht inhaltsgleich sind, liegt an der Einmaligkeit der Persönlichkeit des Führers.*

Die Würdigkeit des Führerbefehls und des NSDAP-Parteiprogramms standen 1941 außerhalb jeder Diskussion. Bereits seit 1933 wurde von damals und später namhaften Juristen vertreten, dass das NSDAP- Parteiprogramm eine *echte, und zwar unsere wichtigste Rechtsquelle*“ und „*gültiges Recht*“ sei.¹⁰³ Die bis heute vom C.H. Beck fortgeführte Sammlung von Schönfelder *Deutsche Gesetze*, beginnt heute unter der Ordnungsnummer Nr. 1 mit dem Grundgesetz, damals mit dem Programm der NSDAP. Die Weimarer Reichsverfassung wird gar nicht mehr aufgeführt.

c. Würdigung dieser Rede

Auffällig an dieser Rede ist zunächst, dass FS jetzt im Jahre 1941 auf die erste Rede des damals noch Reichskanzler genannten Führers zurückgriff. Damals hatte Hitler sich so ausgedrückt; inzwischen waren aber Handlungen geschehen und Worte gesprochen worden, die es geradezu als einen Hohn erscheinen lassen, Hitler an Worte aus der Zeit festhalten zu wollen, als Hindenburg noch lebte und dämpfend wirken konnte.

Noch auffälliger sind für den sorgfältig lesenden Juristen die folgenden Worte:... *dass nunmehr jede Norm des geltenden Rechts unter Berücksichtigung.....*

¹⁰² zitiert nach JuN, S. 108

¹⁰³ Carl Schmitt JW 33, 2794 u.a.

auszulegen und anzuwenden ist. Hier sprach Schlegelberger den Kern der seit Jahren schwelenden Fehde zwischen der Justiz und der NS-Exekutive an. FS forderte, Gesetze und Normen anzuwenden. Diese sind öffentlich, und auch der schlimmste Ideologe ist durch einen gesetzlichen Wortlaut gebunden, und sei es nur, dass er durch populistisches Gerede den Wortlaut weg zu reden versucht. Schlegelberger forderte die Richter auf, *Normen* auszulegen. Damit war indirekt gesagt, dass Führerbefehl und Parteiprogramm keine *Norm* seien, sondern nur die *Auslegung* der Normen leiten. Das zu sagen, hatte im Jahre 1941 nicht mehr jeder den Mut.¹⁰⁴

Merkwürdig ist Schlegelbergers Aufforderung an die Juristen, die Normen des Gesetzes *unter Berücksichtigung der im Parteiprogramm anerkannten Sittenordnung und Weltanschauung ...auszulegen und anzuwenden.* Wenn man diese Worte wörtlich nimmt, ergibt sich Folgendes.

Hitler kam nach 1933 praktisch nie mehr auf sein Parteiprogramm v. 24. Februar 1920 zurück. Es enthielt Forderungen, die wörtlich genommen offenbarten, wohin der NS - Staat 1941 tatsächlich gekommen war. Das NSDAP - Parteiprogramm enthielt Forderungen, die überholt waren, etwa die im NS-Staat verwirklichte Ausscheidung der Juden. Nr. 4 Abs. 3 : *Kein Jude kann Volksgenosse sein.* Oder Nr. 8 Abs.1: *Jede weitere Einwanderung Nicht-Deutscher ist zu verhindern.* 1941 dachte kein Nicht-Deutscher daran, nach Deutschland einzuwandern!

Nicht überholt waren 1941 aber etwa folgende Forderungen:

- Nr. 11: *Abschaffung des arbeits- und mühelosen Einkommens.* Hierzu vergleiche man die heutige Diskussion zu überhöhten Bonifikationen für Investmentbanker.
- Nr. 14: *Wir fordern Gewinnbeteiligung an Großbetrieben.* Seit Jahren eine, heute zT verwirklichte Forderung aller Parteien.
- Nr. 15: *Wir fordern die Schaffung eines gesunden Mittelstandes und seine Erhaltung.* Ständige Forderung in Sonntagsreden der CDU/FDP.
- Nr.20: *Ausbau des gesamten Volksbildungswesens, um jedem Deutschen das Einrücken in führende Stellungen zu ermöglichen.* Ewiges Thema der deutschen Kulturpolitik.
- Nr. 20: *Wir fordern den gesetzlichen Kampf gegen die bewußte politisch Lüge und ihre Verbreitung durch die Presse.* Beachte die Landespressegesetze, die Einrichtung des deutschen Presserates usw.

¹⁰⁴ Bereits seit 1933 wurde von damals und später namhaften Juristen vertreten, dass das NSDAP-Parteiprogramm eine *echte, und zwar unsere wichtigste Rechtsquelle*“ und „*gültiges Recht*“ sei; vgl. Göppinger S. 8 mit Nachweisen, z.B. Carl Schmitt JW 33, 2794 u.a. Die bis heute vom C.H. Beck fortgeführte Sammlung von Schönfelder *Deutsche Gesetze*, beginnt heute unter der Ordnungsnummer Nr. 1 mit dem Grundgesetz, damals mit dem Programm der NSDAP; die Weimarer Reichsverfassung wird gar nicht mehr aufgeführt.

- Nr. 24 Abs. 2 S. 2: *Gemeinnutz vor Eigennutz.* vgl. Art. 14 Abs. 2 und 3 GG: (2) Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.(3) Eine Enteignung ist nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig.
- *Nr. 25: Unbedingte Autorität des politischen Zentralparlamentes.*

Keine dieser Forderungen war 1941 verwirklicht worden. Nr. 20 und 25 waren besonders prekär: Alle Deutschen, mochten sie Dr. Goebbels und seine geschickte Propaganda auch bewundern, wußten, dass die gleichgeschaltete Presse *bewußte politische Lügen* verbreitete. Die Autorität des Zentralparlamentes, des Reichstags, der kaum noch tagte, war völlig untergraben. Schlegelbergers Rede konnte also durchaus den nicht ausgesprochen Zweck Inhalt gehabt haben: *Liebe Kollegen, wohin sind wir im Deutschen Reich heute gekommen! Schaut euch doch das Parteiprogramm einmal wirklich an und nützt die darin enthaltenen rechtsstaatlichen Elemente, indem ihr im Schutz dieses NS-Programms, gegen die NS-Regime urteilt.*

Es wird gesagt, dass diese Rede nach dem Empfängerhorizont eindeutig als ein Bekenntnis zum NS-Staat habe verstanden werden müssen und verstanden werden sollte. Es sei nicht bekannt, dass sie damals anders aufgefasst wurde. Als Empfängerhorizont wird beschrieben das Gesamt der Umstände, die einen redlichen Bürger zu einem bestimmten Verständnis der Aussage eines anderen bringen. Der Empfängerhorizont von Schlegelberger war dadurch geprägt, dass es sich um erfahrene Richter handelte, zweifellos zwischen der Norm und der Auslegung einer Norm unterscheiden konnten; diesen war das prekäre politische Umfeld, in welchem Schlegelberger sprach, bewußt. Man konnte nicht offen sprechen. Es ist zwar möglich, dass Schlegelberger sein Auditorium auf den NS-Staat einschwören wollte. Es ist aber auch möglich, dass seine Zuhörer genau zuhörten und sich fragten, was Schlegelberger denn wohl damit meinte, wenn er das Parteiprogramm, welches in der Rechtspraxis doch überhaupt keine Rolle spielte, so hervorhob. Ein Kommentator zu dieser Rede sagt, es sei nicht bekannt geworden, dass die Zuhörer die Rede anders als vom nationalsozialistischen Geist getragen aufgefasst hätten. In einer Diktatur schreibt man nichts auf, was Verdacht erregen könnte.

Als zweite Auslegungsquelle hatte FS *die Willensäußerungen ihres Schöpfers und berufensten Künders, des Führers*, berufen. Auch diese Worte müssen nicht das bedeuten, was sie heute scheinen. In der Eröffnungsrede zum Nürnberger Parteitag 1935 hatte Hitler zum Beispiel ausgeführt: *Die Partei hatte weder früher noch hat sie heute die Absicht, in Deutschland irgend einen Kampf gegen das Christentum zu führen. Sie hat sich bemüht..... die Organisationen der Gottlosenbewegung in Deutschland zu beseitigen.* Diese Worte und viele verstreuten Anrufungen des Herrgotts oder der Vorsehung durch Hitler lassen sich geradezu ummünzen zu dem vielfach bekundeten Führerwillen, den überkonfessionell Grundsätzen des

Christentums zum Durchbruch zu helfen., zumal das Parteiprogramm *den Standpunkt eines positiven Christentum vertritt.* (Nummer 24 Abs. 2 Satz 1).

Wiederum ist vorstellbar, dass Schlegelberger folgendes sagen wollte: *Lesen Sie meine Herren, sich einmal genau durch, was der Führer bei verschiedenen Gelegenheiten gesagt hat . Vergessen Sie, was er und das Regime durch rechtswidrige Übergriffe in die Justiz immer wieder getan hat. Nehmen Sie ihn einmal beim Wort . Urteilen Sie, wie Sie es verantworten können, und wenn an die Grenzen kommen, welche das Regime uns zieht, dann suchen sie sich ein originales Hitler -Zitat und nehmen den Feinden des Rechtsstaates damit den Wind aus den Segeln zu nehmen. Das geht nämlich!*

d. Rechtmäßiges Alternativverhalten

Die Rechtsfigur des *rechtmäßigen Alternativverhaltens* entschuldigt im Strafrecht eine an sich rechtswidrige und schuldhafte Handlung, wenn derselbe oder ein größerer Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn der Täter sich rechtmäßig verhalten hätte. Das aus heutiger Sicht rechtmäßige Handeln Schlegelbergers bei der hier besprochenen Rede am 23. April 1941 hätte darin bestanden, dass er den versammelten Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälten etwa folgendes gesagt hätte:

Wir stehen in einem Kampf gegen ständige gesetzlose Übergriffe von Polizei und Parteidienststellen. Diese werden leider durch den Führer und Reichskanzler gedeckt. Ich fordere Sie dennoch auf, sich davon nicht beirren zu lassen! Füllen Sie ihre Urteile, wie Sie es verantworten können. Halten Sie sich an das Gesetz und kümmern sich nicht um das, was Partei oder Führer ihnen sagen.

Oder so ähnlich. Durch eine solche „rechtmäßige“ Handlung hätte schwerster Schaden entstehen können. Schlegelberger wäre sofort erledigt worden. Dasselbe Schicksal hätte alle Teilnehmer getroffen, die nicht sofort laut protestiert oder FS sogar Recht gegeben hätten. FS hätte nichts bewirkt, sondern im Gegenteil die Gefahr hervorgerufen, dass Hitler die gesamte deutsche Gerichtsbarkeit unter Kommandoverwaltung der SS oder einer ähnlichen Institution gestellt hätte mit nicht auszudenkenden Folgen. Schlegelberger Ansprache vom 23. April 1941 war daher entweder eine bewußte wirklich geniale Leistung, um das zu sagen, was im Klartext nicht mehr gesagt werden konnte; dem listenreichen Schlegelberger ist das ohne weiteres zuzutrauen ist. Sollte Schlegelberger aber so weit nicht gedacht haben, wie hier erwogen wurde, dann war seine Rede jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des rechtmäßigen Alternativverhaltens entschuldbar und sogar geboten.

3. Hinrichtung des „Juden Luftglass“ (S. 19 ff)

a. Führerbefehle

Der Luftglass-Fall spielte bei der Verurteilung Schlegelbergers in Nürnberg eine eher beiläufige Rolle. Er fand erst später größere Beachtung. Es wird FS vorgeworfen, bei der von Hitler geforderten Erschießung des „Juden Luftglass“ besonders willfährig seine Hand gereicht zu haben. Eingriffe Hitlers oder unter Berufung auf ihn durch andere Stellen, wie die SS in die Rechtsprechung waren üblich geworden. Das geschah in zweifacher Weise. Einmal durch die Paralleljustiz der Gestapo und SS. Ohne Rechtsgrundlage und in der Regel ohne Verfahren wurden Missliebige oder verdächtige erschossen, oder wenn sie Glück hatten in ein KZ eingewiesen. Zum andern wurde das Ansehen der ordentlichen Gerichtsbarkeit dadurch untergraben dass Urteile, welche im ordentlichen Rechtsgang ergangen waren, ohne weitere Begründung durch schlichten telefonisch erteilten Führerbefehl aufgehoben und verschärft wurden. Das RMJ bzw die ordentliche Gerichtsbarkeit hatten sich mit der Paralleljustiz im Grunde abgefunden. Hier konnte auch der Schein des Rechts dadurch aufrechterhalten werden, dass die Gestapo und SS besondere staatschützende und daher geheimhaltungsbedürftige Aufgaben hätten, deren Beurteilung durch die normale Gerichtsbarkeit nicht angängig sei. Selbst ein solcher schwacher Schein des Rechtes war aber nicht mehr aufrechtzuerhalten, wenn Hitler ohne nähere Sachverhaltskenntnis die rechtskräftige Urteile änderte, d. h in Erschießungen umwandelte. Das war 1939 im Fall der Teltower Bankräuber geschehen. Diese waren vom Gericht zu je 10 Jahren Zuchthaus verurteilt worden. Himmler fand das Urteil zu milde und verlangte von Justizminister Gürtner, deren sofortige Erschießung zu veranlassen. Gürtner machte Gegenvorstellungen, indem er versuchte, einen Schein von Rechtsstaat aufrechtzuerhalten, indem er auf die vor kurzem eingeführte gesetzliche Möglichkeit hinwies, dass der Führer das recht des „außerordentlichen Einspruches“ gegen rechtskräftige Urteil habe, wodurch der Fall erneut verhandelt worden wäre. Hitler verlangte aber, dass die beiden Täter *noch heute* erschossen werden würden. Daraufhin verlangte Himmler, die beiden Verurteilten sofort zu überstellen „zur Vernehmung“. Gürtner knickte ein. Die beiden Täter wurden noch in derselben Nacht erschossen.¹⁰⁵

Nach dem Tode Gürtners versuchte Schlegelberger über den Chef der Präsidialkanzlei Meissner zu erreichen, dass keine Überstellung von Strafgefangenen zur Gestapo erfolgen sollte, bevor Hitler nicht ein Bericht des Justizministeriums vorgelegen habe. Hitler aber ließ durch Bormann antworten, dass er die *Beziehung von Stellungnahmen des Reichsjustizministeriums zu urteilen, die ihn zur Nachprüfung vorgelegt werden, nicht für notwendig* halte. Meißner, der bereits unter den Reichspräsidenten Ebert und Hindenburg die Präsidialkanzlei

¹⁰⁵ Gruchmann S. 675 ff nennt mehrere Beispiele

geleitet hatte, also rechtsstaatliche Zustände kannte, wußte Schlegelberger nichts anderes zu antworten als dass er ihm anheim stellte, vor Übergabe des Gefangenen an die Gestapo den Sach- und Rechtsstand mit *größter Beschleunigung kurz zu unterbreiten*, damit er sie, soweit der Fall dazu angetan sei, Hitler mitteilen könne. In diesen Fällen könne die Übergabe an die Gäste ab kurzfristig so lange aufgeschoben werden, bis ich ihnen erneute Mitteilung gebe. (Guchmann S. 687)

b. Überstellung

Der Luftglassfall lag sehr ähnlich. Markus Luftglass hatte entgegen den strengen Vorschriften 50.000 Eier gehortet und war vom Landgericht Kattowitz zu einer, nach den damaligen Umständen sehr milden Gefängnisstrafe von 2 ½ Jahren verurteilt worden. Hitler fand ein solches Vergehen, zumal bei einem Juden, unverzeihlich und ordnete an, L. zu erschießen.¹⁰⁶ In der Wikipedia-Enzyklopädie wird unter Bezugnahme hierauf über FS gesagt: *Schlegelberger zeigte bei der Anordnung der Todesstrafe Adolf Hitler gegenüber treue Gefolgschaft.*

Ausgangspunkt für diese Beurteilung ist folgender Brief.

Berlin, 29. 10. 1941
Der Reichsminister der Justiz
Mit der Führung des Geschäftes beauftragt
III g 143454/41

An den
Herrn Reichsminister und
Chef der Reichskanzlei
Berlin W 8
Voßstraße 6

Betrifft: Strafsache gegen den Juden Luftglass
(nicht Luftgas) Sg. 12 Js 340/41 der OStA. in Kattowitz
-Rk. 15506 B vom 25. Oktober 1941 - 1b

Sehr geehrter Herr Reichsminister Dr. Lammers!

Auf den mir durch den Herrn Staatsminister und Chef der Präsidialkanzlei des Führers und Reichskanzlers übermittelten Führerbefehl vom 24. Oktober 1941 habe ich den durch das Sondergericht in Kattowitz zu 2 1/2 Jahren Gefängnis verurteilten Juden Markus Luftglass der Geheimen Staatspolizei zur Exekution überstellt.

Heil Hitler!

Ihr
sehr ergebener
Schlegelberger

¹⁰⁶ Vgl. Verteidigungsschrift Nürnberg v. 18. 12. 47; Erinnerungen FS S. 203

Als gefolgstreuer Nationalsozialist hätte FS kaum den Umstand gemacht, die Überstellung eines jüdischen „Eierdiebes“ auf Ministerebene zu verhandeln. FS hatte einen Befehl Hitlers, des Regierungschefs, damit Schlegelbergers Dienstvorgesetzten, damit auch des obersten Dienstherrn aller Strafverfolgungs- und Vollstreckungsbehörden erhalten. Der normale Verwaltungsgang wäre gewesen, die Anweisung kommentarlos nach unten weiterzureichen. Auf dem Dienstwege, wie es sich gehört: Über den Generalstaatsanwalt Breslau an den Oberstaatsanwalt Kattowitz m. d. B um Erledigung.

Stattdessen schreibt FS aber einen Brief wie oben. Dieser ist an Frechheit kaum nicht zu überbieten. Warum schreibt FS nicht einfach: Weisungsgemäß wird L. Gestapo überstellt. FS erwähnt aber ausdrücklich, dass L. zu 2 ½ Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden war. Angesichts des klaren Befehls von Hitler spielte die vom Landgericht erkannte Strafe doch gar keine Rolle mehr. Er hätte der Weisung auch genügt, wenn er wenn er geschrieben hätte: Der L. wird weisungsgemäß zu Exekution überstellt. Oder: Der zu 2 ½ Jahren Freiheitsstrafe verurteilte L wird der Gestapo überstellt!

Damit aber auch der Dümme merkte, was für ein Rechtsbruch sich hier anbahnte, schreibt er scheinbar übereifrig: Der 2 ½ Jahren verurteilte L. wird zur Exekution, und zwar der Gestapo. Die Gestapo war eine Polizeibehörde. Sie für die Vollstreckung von (Todes-) Urteilen keinesfalls zuständig. Das wusste natürlich auch der Jurist Dr. Lammers. Wenn hier ausdrücklich gesagt wird: der *Gestapo zur Exekution*, also zur Hinrichtung, überstellt, dann konnte kaum deutlicher gemacht werden, dass hier ein Befehl des Staatschefs vorlag, der einen klaren Rechtsbruch bedeutete. Wenn es überhaupt noch eine Möglichkeit der Rettung für Luftglass gab, dann die, dass der geschäftsführende Reichsjustizminister persönlich dem Chef der Staatskanzlei unter die Nase rieb: Will der Führer wirklich einen Mann, der zu einer relativ geringen Freiheitsstrafe von 2 ½ Jahren verurteilt wurde, ohne Prüfung des Falles, ohne erneute Verhandlung, erschießen lassen? Will er diesen Rechtsbruch wirklich begehen?

Was hätte FS tun sollen, den armen Markus Luftglass vor der rechtswidrigen Exekution zu schützen? Den Befehl Hitlers, seines wie allbekannt zu allem fähigen Dienstvorgesetzten, zu missachten? Das hätte Hitler zu unkontrollierten Maßnahmen gegen FS selbst und die schwachen Restzuständigkeiten des RMJ führen können. Dem armen L. hätte das einige Stunden, bestenfalls einige Tage Aufschub gewährt, ihm aber gewiss nicht geholfen. Die Gestapo hätte, wie sie es hundert und tausendfach gemacht hatte, ihn unter Berufung auf den Führerbefehl auch ohne offizielle Überstellung aus dem Gewahrsam des RMJ bzw. des Gefängnisses geholt und erschossen.

Wiederum kommt die Rechtsfigur rechtmäßigen Alternativverhaltens zum Tragen. Im Sinne heutiger Rechtsstaatlichkeit handelte Schlegelberger eindeutig rechtswidrig. Rechtmäßig wäre gewesen, wenn er auf die Weisung, Luftglass zu überstellen, etwa wie folgt geantwortet hätte: *Da L. rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, habe ich ihn zur Verbüßung der Freiheitsstrafe in ein Gefängnis einweisen lassen. Eine Überstellung an die Gestapo erübrigt sich daher. Er hätte dann noch hinzufügen können: Es ist bekannt, dass die Gestapo widerrechtliche Erschießungen durchführt. Dieser Gefahr war durch die von mir angeordnete Maßnahme vorzubeugen.*

Vielleicht wäre, nun endlich einmal, ein tapferes Wort angebracht gewesen! Männer wie Luther in Worms (1521) und Yorck von Wartenburg in der Konvention von Taugoggen (1812) hatten den Mut, ohne Rücksicht auf ihr Leben nur ihrem Gewissen getreu, das größere Ziel zu verfolgen. Die Geschichte ehrt sie dafür. Vielleicht hätte Hitler, der Mannesmut ihm gegenüber nicht mehr kannte, vor solchen oder ähnlichen Worten Schlegelbergers erstaunt und anerkennend eingelenkt. So etwas kam vor.

Eine angemessene Bewertung von Handlungen in Extremsituationen ist den Nachgeborenen nicht möglich, und aus der Sicherheit der heutigen Bundesrepublik Deutschland heraus fast frivol. Todesverachtung kann nicht von jedem verlangt werden. Auch Oberst Graf Staufenberg hielt angesichts erwarteter künftiger Aufgaben sein Leben für wichtiger als die absolute Sicherheit, dass Hitler tot sei. Aber um Schlegelbergers Leben ging hier es wohl nicht. Hitler hätte ihn wahrscheinlich für schwachsinnig erklärt und mit Pension nachhause geschickt. Es ging auch jetzt noch darum, der Justiz einen Rest von Mitwirkungsmöglichkeit gegen das immer weiter um sich greifende Unrecht zu erhalten. Der aus einer etwaigen Befehlsverweigerung Schlegelbergers zu erwartende Schaden bestand in der Gefahr, dass der Führer endgültig die Geduld mit einer Justiz verlieren würde, welche ihn mit leeren Formalitäten daran zu hindern zu suchte, das zu tun, was er als Führer des Großdeutschen Reiches für erforderlich hält.

c. Kritik

In dieser Sicht hat Schlegelberger alles getan, was unter den gegebenen Umständen möglich war, um die gesetzwidrige Exekution zu verhindern. Anzumerken ist allerdings, dass Schlegelberger, jedenfalls soweit bekannt, sich auf diese Entschuldigung niemals berufen hat. Das kann dafür sprechen, dass die hier gegebene Erklärung falsch ist, dass also der Schuldvorwurf nicht beseitigt ist. Es lassen sich aber Gegenüberlegungen anstellen. Der Luftglassfall war nur einer von mehreren, welche im Rahmen des Verwaltungsprozesses behandelt wurde. *Qui s`excuse, s`accuse!* Es konnten taktische Gründe aus Sicht von Schlegelberger bestanden haben, diesem Fall nicht durch „Überverteidigung“ zu großes Gewicht beizulegen. Subtile Erwägungen, wie hier „angestellt, dem Gericht vorzutragen“, ist nicht ungefährlich. Im Strafverfahren muss das

Gericht eine jeden vernünftigen Zweifel ausschließende Überzeugung gewinnen. Im Verwaltungsverfahren dagegen kann das Gericht in freier Beweiswürdigung sagen: das glauben wir – und das nicht. Ein Argument, welches vom Gericht zurückgewiesen wird, kann auf das gesamte Vorbringen einer Partei abfärben. Es kann also prozesstaktisch sinnvoll sein, ein zwar mögliches, aber keinen sicheren Erfolg versprechendes Argument nicht zu bringen. Das alles ist aus heutiger Sicht Spekulation. Das einzige was aus diesen Überlegungen zwingend folgt ist, dass die Wahrheit anders sein kann, als sie aussieht.

X. Strafrecht gegen Polen (. S. 27 ff)

1. Allgemeine Rechtspflege

In den nach der Niederwerfung Polens durch Deutschland und Russland¹⁰⁷ mit dem Deutschen Reich vereinigten Gebietsteilen Danzig-Westpreußen und Wartheland (etwa entsprechend der ehemaligen Provinz Posen) blieb gem. § 7 des Erlasses des Führers und Reichskanzlers vom 8. Oktober 1939 das bisher geltende Recht bis auf weiteres in Kraft.¹⁰⁸ § 8 des Erlasses sah vor, dass der Reichsminister des Inneren deutsches Reichsrecht durch VO einführt. Es entstand daher die Frage, ob die Polen unter ein besonderes Recht gestellt werden sollten. Der Plan des Justizministeriums, das bürgerliche Recht und das Handelsrecht ohne weiteres einzuführen und damit Polen und Deutsche gleich zu behandeln, stieß auf Widerstand. Geplant war offenbar eine völlige Entrechtung der Polen und ihre Unterstellung unter die Polizeigewalt. Schlegelberger schrieb am 18. September 1940 an den Staatssekretär im Reichskanzleramt Lammers: *Es ist davon auszugehen, dass es nicht möglich ist, die polnische Bevölkerung vom privaten Rechtsverkehr gänzlich auszuschalten, und dass die Polen demgemäß auch in Zukunft von der Rechtsordnung als Träger privater Rechte und Verpflichtete zu berücksichtigen sein werden....*

Unter dem 25. September 1941 wurde die VO über die bürgerliche Rechtspflege in den eingegliederten Ostgebieten verkündet. Diese Verordnung enthielt in § 4 eine Bestimmung, wonach bei der Auslegung und Anwendung des Rechtes den besonderen Erfordernissen, die sich aus der Eingliederung der Gebiete ergeben, Rechnung getragen werden sollte. Förster meint, diese Vorschrift stelle eine Art

¹⁰⁷ Vgl. Kaiser, S. 38f . Die an die UdSSR gefallen Teile Polens wurden ohne Umstände zu Weißrußland bzw Ukraine geschlagen. Es handelte sich um 200.000 qkm mit 13,4 Mio Einwohnern, davon nur rd 5 Mio Polen. Stalin veranlasste umgehend die Deportation von hunderttausenden von Polen ins Innere der Sowjetunion, z.B. Kasachstan. Dieses Gebiet hatte Polen der damals zeitweise handlungsunfähigen jungen UdSSR 1925 entrissen.

¹⁰⁸ Etwas anderes galt für das sogen. Generalgouvernement. Gem. § 4 des Erlasses des Führers und Reichskanzlers über die Verwaltung der besetzten polnischen Gebiete vom 12. Oktober 1939, mit dem Zusatz: *soweit es nicht der Übernahme der Verwaltung durch das Deutsche Reich widerspricht.*

Freibrief für die Richter dar, ohne Bindung an das geltende Recht nach Gutdünken zu verfahren. Diese Schlussfolgerung ist nicht nachvollziehbar. Angesichts der Überschneidung von verschiedenen Rechtsordnungen (fortgeltendes polnisches und neues deutsches Recht) war es geradezu zwingend, dass eine Auffangvorschrift eine gewisse Flexibilität bei der Gesetzesanwendung vorsah. Förster stellt übrigens selber fest, dass die Richter von der Möglichkeit zur Ungleichbehandlung von Polen und Deutschen, die ihnen § 4 theoretisch bot, nur zurückhaltend Gebrauch machten (S. 136). Hätte Schlegelberger eine Ungleichbehandlung gewollt, hätte er in einer Rundverfügung „Auslegungshinweise“ geben können, die bei dem Regime sicherlich Wohlwollen gefunden hätten.

2. Strafrecht

Wenn die Einführung des bürgerlichen Rechtes in den eingegliederten aus Gebieten als noch einigermaßen rechtsstaatlich angesehen werden kann, so galt das für das Strafrecht nicht. An sich galt auch hier, da es sich nun aus deutscher Sicht um Reichsgebiet handelte, das sonst im Reich geltende Strafgesetz. Dieses wurde aber durch *Verordnung über die Strafrechtspflege gegen Polen und Juden in den eingegliederten Ostgebieten* v. 4. Dezember 1941 massiv verschärft, sofern es sich um polnische oder jüdische Täter handelte. Es wird Schlegelberger vorgeworfen, die Verordnung vorgeschlagen zu haben.

Vorausgegangen war Folgendes. Nach der Niederwerfung Polens wurden Teile unmittelbar als Reichsgebiet annektiert, und Polen wurden als Arbeiter ins Alt-Reich requiriert. Hier wie dort kam es zulasten der Polen vielfach zu Übergriffen und willkürlichen Exekutionen durch die der SS bzw. Polizei. Der Justiz war dagegen offenbar machtlos. Es kam ständig zu Reibereien zwischen der offiziellen Gerichtsbarkeit und der Polizeigewalt, insbesondere der von Himmler kommandierten SS. Am 22. Juni 1941 kam es zu einem Gespräch zwischen Himmler und Schlegelberger. Himmler teilte mit, ihm sei vom Führer der Auftrag erteilt, im Verwaltungswege alle Angriffe von Polen gegen deutsche Frauen und Mädchen durch Erhängen der Täter zu ahnden. Ihm werde aber von der Justiz immer wieder vorgeworfen, dass er in ihre Befugnisse eingreife. Er wünsche daher in diesem Punkte endlich einmal Klarheit zu schaffen. Schlegelberger erwiderte, die Justiz nehme für sich ausschließlich die Ahndung strafbarer Handlungen in Anspruch, und sie sei nicht in der Lage, auf diese Strafverfolgung zu verzichten, da sie insoweit ebenso einen bindenden Auftrag des Führers habe. Nach längerer Aussprache erkannte der Reichsführer die Zuständigkeit der Justizverwaltung an, soweit es sich um strafbare Handlungen handele, an.¹⁰⁹

¹⁰⁹ Gruchmann S. 693, der aus einem Vermerk Schlegelbergers

Diese Zusage enthielt bereits eine sehr wesentliche Einschränkung. Die Polizeikräfte verzichteten auf Eingriffe *wegen strafbarer Handlungen*, blieben also unbeschränkt zu polizeilichen Einsätzen befugt. Diese waren formalrechtlich zwar auch durch die ohnehin sehr weitmaschigen Gesetze auf den Gesetzeszweck, z.B. Staatsschutz, beschränkt, wurden aber völlig willkürlich ausgelegt und angewendet. *Trotz Himmlers war verbaler Anerkennung hielten die Exekutionen polnischer Arbeiter auch wegen gesetzlich bestimmter Straftaten in der Folgezeit an. Es erwies sich, dass sich durch Hitlers grundsätzliche Entscheidung vom September/Oktober 1939 die polizeiliche Exekution als Mittel der Korrektur der Rechtspflege generell durchgesetzt hatte.*¹¹⁰

Die VO v. 4. Dezember 1941 war offenbar die Reaktion auf diese völlig unkontrollierbaren Gewalttaten deutscher Polizei. Diese sieht drakonische Strafen vor. Todesstrafe ist zwingend für eine Gewalttat gegen einen Deutschen *wegen seiner Zugehörigkeit zum deutschen Volkstum* (Art. I Nr. 2). Sie ist die Regelstrafe, für minder schwere Rechtsbrüche wie die Aufforderung zum Widerstand gegen eine von den deutschen Behörden erlassene VO oder Anordnung Art. I, 4 Nr. 3), der Besitz einer Waffe (Art. I, 4 Nr. 5) usw. Auch hier hat Schlegelberger zu seiner Entschuldigung vorgetragen, dass er den Erlass dieser Verordnung nur vorgeschlagen habe, um Schlimmeres zu verhüten. FS hat aber dargelegt, dass er die Schärfen des Gesetzes in Kauf genommen habe, denn das sei der Preis dafür gewesen, dass überhaupt irgendein *gerichtlicher* Schutz für Juden und Polen durchgesetzt werden konnte. Die Alternative wäre gewesen, diese Bevölkerungsteile ohne Rechtsschutz der Polizei preiszugeben, wie denn auch nach Schlegelbergers Abgang unter Justizminister Thierack auch der Fall war. geschah. In Nürnberg wurde übrigens anerkannt, was auch sonst seine Ankläger unwidersprochen lassen, dass Schlegelberger keinerlei rassistische Vorurteile gegen Polen und Juden gehabt habe.

Auch hier hat Schlegelberger sich dahin eingelassen, dass er mit dieser VO Schlimmeres habe verhüten wollen. Die VO habe einem billig denkenden Richter die Möglichkeit zu einem rechtstaatlichen Verfahren belassen, während die Alternative für den verdächtigten Polen/Juden die regellose Erschießung durch die SS gewesen wäre. Das wird man nicht ganz von der Hand weisen können. Selbst die absolut scheußlichste deutsche „Strafprozeßordnung“, der Hexenhammer – *Malleus maleficarum* (1486), bot am Ende noch einen gewissen Rechtsschutz dagegen, dass Frauen einfach wild aufgegriffen und als Hexe verbrannt wurden.

Zunächst ist zu überhaupt fragen, ob die VO wirklich so drakonisch war. Es war Krieg. Nach damaligem Völkerrecht war es dem besetzenden Staat zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in besetzten Gebieten grundsätzlich erlaubt, sogar völlig schuldlose Geiseln zu greifen und äußersten Falles zu

¹¹⁰ Gruchmann(S. 693/4, der solche Fälle dort in FN 77 aktenmäßig auflistet. Fußnote

erschießen.¹¹¹ Völkerrechtlich hatten die eingegliederten Gebiete im Osten wohl weiterhin als besetztes Feindesland zu gelten, sodass anstelle des deutschen Reichsrechts, oder mindestens subsidiär, das Kriegsvölkerrecht anwendbar war.

Der VO ist daher zugute zu halten, dass sie anstelle des tendenziell noch schärferen Kriegsrechts trat. Es ist darin keine Rede von der Verfolgung Schuldloser. Art. VIII erlaubte eine Festnahme nur *bei dringendem Tatverdacht*.

Art. I der VO galt dem Inhalt nach in jedem kriegführenden Staat des 2. Weltkrieges. Wichtig ist Art. II. Wegen Straftaten, die nicht in der VO genannt werden, waren die ordentlichen Gerichte zuständig, welche das allgemeine StGB anwendeten. Art. I 2 zieht sogar eine, für den Nichtjuristen gar nicht so schnell erkennbare Grenze ein. Die gegen einen Deutschen gerichtete Gewalttat war nach der VO nur strafbar, sondern, wenn sie als deutschfeindlicher Akt gewertet werden konnte. Ein Pole, der seinen deutschen Nachbar wegen eines Nachbarschaftsstreites prügelte, fiel also nicht unter diese VO. Neben der VO galt das Reichstrafgesetzbuch. Der Richter konnte einem nach dieser VO angeklagten Polen/Juden einen Tatbestandsirrtum attestieren, wonach dieser gar nicht gewußt habe, dass sein Opfer Deutscher sei. usw. Die Straftaten nach der VO waren keine Officialdelikte. Ihre Verfolgung stand im Ermessen des Ermessen Staatsanwaltschaft, Art. IV. Die VO ist unter den herrschenden Kriegsbedingungen also nicht so anstößig, wie sie scheint. Es blieben der Justiz Einflußmöglichkeiten, um die Härte der VO abzumildern – vorausgesetzt, dass die Justiz überhaupt befaßt wurde. Das war immer seltener der Fall. Das Problem der „Strafrechtspflege“ in Polen bzw. gegen Polen und Juden lag nicht in dieser VO, sondern in der unsinnigen, selbst nach Kriegsrecht rechtswidrigen, Grausamkeit und Willkür der deutschen Polizeijustiz.

¹¹¹ Das Urteil im Nürnberger sog. Geiselprozess oder Prozess gegen die Südostgeneräle ist einschlägig. Dort erklärte das Gericht in bezug auf die Geiseln, die aus der Zivilbevölkerung entnommen und als Vergeltung für Gewaltakte gegen die Besatzungsarmee hingerichtet wurden: „... Es ist nicht unsere Aufgabe Völkerrecht zu schaffen, wir müssen es anwenden wie wir es vorfinden. Eine Prüfung des einschlägigen Beweismaterials überzeugt uns, daß Geiseln verhaftet werden können, um die friedfertige Haltung der Bevölkerung der besetzten Gebiete zu gewährleisten. Sie können auch im Falle des Vorliegens gewisser Umstände nach den notwendigen Vorbereitungen erschossen werden, wenn kein anderes Mittel hilft.Die Besatzungsmacht kann mit vollem Recht auf Einhaltung ihrer Bestimmungen bestehen, die für die Sicherheit der Besatzungsmacht und für die Aufrechterhaltung von Recht und Ordnung erforderlich sind. Um dieses Ziel zu erreichen, kann die Besatzung Geiseln verhaften und hinrichten lassen, jedoch nur als äußerstes Mittel. Aber auch wenn Geiselschießungen nicht verboten waren, sollten sie nicht gegen das Prinzip der Verhältnismäßigkeit verstoßen. So wurde während des Zweiten Weltkrieges allgemein akzeptiert, daß für einen völkerrechtswidrig getöteten Soldaten zehn Geiseln als Repressalie getötet werden konnten. Eine Erschießung von 100 Geiseln würde das kriegsrechtliche Prinzip der Proportionalität sprengen und somit völkerrechtswidrig sein.“

XI. Verbrechen gegen Juden

1. Ausgangspunkt

Schlegelberger hat es nach dem Kriege stets verschmäht, seine persönlichen Freundschaften zu einigen Juden herauszustellen. *Es gibt nur wenige direkte Hinweise auf Schlegelbergers Haltung zur Judenfrage,.... Schlegelbergers wiederholtes öffentliches Lob für das nationalsozialistische Regime implizierte eine gewisse Billigung des für die Nazi-Ideologie so wichtigen Antisemitismus.*¹¹² Das kann man so sehen. Aber auch das umgekehrte Argument ist möglich. Wenn FS das Regime gelobt hat, dabei aber dessen ideologisch wichtigsten Teil stets übergang, entspricht das etwa einer lobenden Bildbeschreibung, die sich nur über die Schönheit der Rahmung auslässt. Wenn FS doch wusste, dass der Antisemitismus und die Judenfrage von überragender Bedeutung für das Regime waren, und wenn er – was seine Tadler vortragen – das Regime aktiv förderte, hätte es für ihn doch nahegelegen, bei seinen vielen öffentlichen Reden und Aufsätzen klar und deutlich zu sagen, was allüberall gesagt wurde: *Die Juden sind unser Unglück.* Hat er aber nicht. Im Gegenteil.

Nathans, offensichtlich selber Jude, führt eine Reihe von Beispielen an, aus denen sich ergibt, wie Schlegelberger jedenfalls im persönlichen Umgang zu Juden anständig blieb.¹¹³ Auch im dienstlichen Bereich werden Handlungen und Unterlassungen Schlegelbergers erwähnt, welche keinen Zweifel daran lassen, dass er persönlich dem offiziellen Antisemitismus fern stand. Die 1933 unmittelbar nach der Machtübernahme ausgebrochenen Ausschreitungen gegen jüdische Rechtsanwälte in Breslau waren nicht das Werk des Reichsjustizministeriums, und als sich diese im Zuständigkeitsbereich von FS, im Reichsgericht, wiederholten, hat er sofort bei Hitler interveniert, und zwar mit Erfolg. Der zweite offene Schritt des Regimes zur Benachteiligung der Juden, die Nürnberger Gesetze,¹¹⁴ waren nicht vom Reichsjustizministerium vorbereitet worden. Minister Gürtner und Schlegelberger wurden nicht einmal vorher konsultiert.¹¹⁵ Das

¹¹² Nathans, S. 41

¹¹³ S. 44 ff z.B. ehemaliger Justizminister Joel; Ministerialrat Koffka; Hilfe für seinen Freund Cohn ua.

¹¹⁴ Es handelte sich um zwei Gesetze. Das ReichsbürgerG und das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes oder deutschen Ehre, beide vom 15. September 1935, RGBI I, 1333

¹¹⁵ Das folgt aus der Rede Hitlers auf dem Parteitag vor dem dort versammelten Reichstag, in welcher er den Reichstagsmitgliedern das fertige Gesetz vorlegte, welche dieses mit sofortigem und lautem Jubel beschlossen. So FS auch auf ausdrückliche Frage im Nürnberger Prozess: am 2. Aug. 46: *Ich war bereits vom Parteitag abgereist und erfuhr von diesen Gesetzen...Dr. Gürtner ist, wie*

Reichsbürgergesetz setzte die bereits im NS-Parteiprogramm erhobene Forderung um, dass Juden keine voll berechtigten Reichsbürger sein könnten.¹¹⁶ Nachdem jüdische Rechtsanwälte auch an der Ausübung ihres Berufs gehindert worden waren, hatte Schlegelberger die Idee, den jüdischen Rechtsanwälten wenigstens den Rest einer Existenzgrundlage dadurch zu erhalten, dass sie als so genannte *Rechtskonsulenten* Rechtsberatung für *jüdische* Bürger betreiben durften.

2. Aktionen gegen die Juden

Das Urteil des Obergerverwaltungsgerichts wirft Schlegelberger sein Verhalten im Zusammenhang mit der Vorbereitung der Endlösung der Judenfrage vor. Am 20. Januar 1942 fand die so genannte Wannsee-Konferenz statt, in welcher unter Leitung des Chefs der Sicherheitspolizei und des Sicherheitsdienstes, Heydrich, diese Frage behandelt wurde. Vom RMJ nahm Staatssekretär Roland Freisler teil. Die darüber hergestellte Niederschrift spricht in verhüllten aber verräterischen Worten davon, dass Juden in den Osten abgeschoben werden sollten, um ihnen dann auch Schlimmeres zuzufügen. Von dieser Niederschrift scheint Schlegelberger keine Kenntnis bekommen zu haben, jedenfalls hat er das behauptet (S. 32). In einer Folgesitzung am 6. März 1942, an welcher ein Referent des RMJ teilnahm, wurde über den von diesen Maßnahmen betroffenen Personenkreis gesprochen. Hierüber wurde Schlegelberger mündlich Bericht erstattet. Daraufhin richtete Schlegelberger am 12. März 1942 an den Chef der Reichskanzlei, also praktisch zu Händen Hitlers, folgendes Schreiben (S. 32):

*Soeben wird mir von meinem Referenten über das Ergebnis der Sitzung vom 6. März betreffend Behandlung der Juden und Mischlinge vorgetragen. Nach dem Vortrage meines Referenten scheinen sich Entschlüsse vorzubereiten, die ich zum großen Teil **für völlig unmöglich** halten muss.... es wäre mir **dringend erwünscht, sich mit Ihnen persönlich über die Angelegenheit zu unterhalten.***

Das Gespräch mit Lammers scheint nicht zu Stande gekommen zu sein. Am 5. April 1942 leitete Schlegelberger den Teilnehmern der Wannsee-Besprechung eine Stellungnahme zu, in der es unter anderem heißt (S. 32/33):

Die Endlösung der Judenfrage setzt eine klare .. Abgrenzung des Personenkreises voraus, für den die in Aussicht genommenen Maßnahmen getroffen werden sollen. Eine solche Abgrenzung ergibt sich nur, wenn von

ich von ihm bestimmt weiß, von der Absicht der Einbringung dieser Gesetze vorher nicht unterrichtet worden.

¹¹⁶ Aufgrund dieses Gesetzes schieden 239 Richter und Staatsanwälte jüdischer Abstammung aus dem Dienst aus.

vorneherein davon abgesehen wird, die jüdischen Mischlinge zweiten Grades in die Regelung einzubeziehen.

Darin schließt Schlegelberger sich in Bezug auf Halbjuden der vom Reichsminister des Innern vertretenen Auffassung an, dass nämlich *die Verhinderung der Fortpflanzung dieser Mischlinge ihrer Gleichschaltung mit den Volljuden und der damit verbundenen Abschiebung vorzuziehen ist. Dem würde es entsprechen, dass die Abschiebung bei denjenigen Halbjuden von vorneherein ausscheidet, die nicht mehr fortpflanzungsfähig sind.*

Hieraus ergibt sich objektiv folgendes. Schlegelberger war die bevorstehende Abschiebung der Juden in den Osten bekannt, und er sprach sich für die Sterilisierung von Halbjuden aus.

3. Abschiebung oder Vernichtung

Die Abschiebung der Juden, man sprach auch etwas gefälliger von Umsiedlung, in die Ostgebiete, fiel an sich nicht in die Zuständigkeit des Reichsjustizministeriums. Umsiedlungsaktionen größeren Umfanges waren damals auch nichts Außergewöhnliches. Aufgrund der zwischen Hitler und Stalin 1939 getroffenen Vereinbarungen waren etwa 150.000 Deutsche aus dem von der Sowjetunion besetzten Baltikum und Bessarabien ins Reich umgesiedelt worden. Zwischen Hitler und Mussolini hatte es eine Verständigung gegeben, wonach die deutschsprachigen Südtiroler sich zu entscheiden hatten, sich entweder vollständig zu italianisieren oder ins Reich auszureise (Option). Etwa 75.000 machten von dieser Option Gebrauch und wanderten, „heim ins Reich“, ebenfalls zumeist ins Wartheland. An diesen Aktionen war das Reichsjustizministerium offenbar völlig unbeteiligt. Es finden sich auch keine einschlägigen Gesetze, über die Aus- und Ansiedlung dieser „Heim ins Reich“ Gerufenen.¹¹⁷

Schlegelberger hat, wie sich seine Enkelin erinnert, von den Judenvernichtungen nichts gewusst. Etwas anderes wird ihm auch nicht vorgeworfen.. in größerem Stil kam es zu diesen Judenmorden auch erst nach Schlegelberger Ausscheiden aus dem Dienst. Damit stellt sich freilich die Frage, was Schlegelberger gewusst hat und was er, möglicherweise schuldhaft, nicht vergessen wollen. Praktisch jeder erwachsene Deutsche wusste, dass gegen die Juden etwas im Gange war. Die

¹¹⁷ Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der Sohn von Franz Schlegelberger, Dr. Hartwig Schlegelberger, die später in Schleswig-Holstein für die Integration der Ostflüchtlinge zuständig war einmal beiläufig schreibt: die Integration der Ostflüchtlinge fand praktisch ohne gesetzliche Grundlage statt.

massive Diskriminierung von Juden in allen Lebensbereichen war Gegenstand ständiger Berichte. Das MS-Regime rühmte sich regelmäßig neuer Erfolge, die bei der Interview. So das Wort, erreicht worden waren. Die Juden waren aus öffentlichen und privaten Stellungen verschwunden, allmählich auch aus dem Straßenbild, wobei dieses wohl nur in den größeren Städten Berlin, Frankfurt, Breslau und anderen Städten mit einer nennenswerten jüdischen Bevölkerung, merkbar war. Die Frage, was mit den Juden geschah, lag in der Luft, sie wurde aber in der Öffentlichkeit kaum gestellt und vom Regime mit der allgemeinen Bemerkung abgetan, dass diese in den Osten umgesiedelt würden. Es ist anzunehmen, dass auch Schlegelberger sich mit diesem Wissen zufrieden gab und am Ende auch nicht mehr wissen wollte es war ihm definitiv bekannt, dass es Konzentrationslager gab, wie sich schon daraus ergibt, dass er unter Nutzung seines Kontaktes zu Himmler dafür sorgte, dass ein jüdischer Freund Cohn in das als Musterkonzentrationslager geltende Theresienstadt und nicht irgendwo sonst hin verschickt wurde.

Spätestens mit dem Stocken des deutschen Vormarsches in Russland und der ab Mitte 1942 erst langsam, dann aber immer deutlicher zurückweichenden Front wurde die offizielle Lesart, dass den Juden neue Siedlungsräume im Osten, etwa in der Ukraine, zugewiesen werden sollten, immer unglaubwürdiger, schon weil immer unmöglicher zu erfüllen. Für einen weiter denkenden Menschen in einer hohen Position wie Schlegelberger entstand daher auch im Sinne des strafrechtlichen Unterlassungsdeliktes wohl eine Rechtspflicht, dem sich anbahnenden Unrecht und der vorhersehbaren Tötung der Juden entgegenzutreten.

4. Was tun?

a. Deportation der Juden

Wie in anderen Fällen stellt sich allerdings auch hier die Frage, was Schlegelberger, oder überhaupt jemand, hätte ausrichten angesichts der ausdrücklichen und zur Staatsdoktrin erhobenen Überzeugung, dass Juden aus dem deutschen Volkskörper ausgeschieden werden müssen. Die Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens stellt sich angesichts der Ungeheuerlichkeit des sich anbahnenden und Männern in der Funktion Schlegelbergers auch wohl irgendwie vorhersehbaren Verbrechens an den Juden mit besonderer Schärfe.

Eine Möglichkeit wäre sicherlich gewesen, dass Schlegelberger nun für sich persönlich die Konsequenzen gezogen und sein Amt niedergelegt hätte. Das hätte ihm vermutlich die Verurteilung in Nürnberg erspart und ihm auch das Ruhegehalt, um welches in dem Verwaltungsprozess ging, erhalten. Aber wäre diese Flucht

sittlich zu verantworten gewesen? Schlegelberger hätte Heroisches tun können, etwa Folgendes. Er erfindet ein Problem, wonach die fortdauernde Anwesenheit der Juden in Deutschland zur Störung des religiösen Friedens und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung führe. Das, um die Staatsmacht zu täuschen, denn zur Behandlung dieses Problems beruft Schlegelberger eine große Konferenz aller führenden Juristen und Vertreter der evangelischen und katholischen Kirche ein. Vor dem so versammelten Publikum hätte er etwa folgendes gesagt:

Der NS-Staat ist ein Unrechtsstaat. Vieles haben Gürtner und ich bisher hingenommen. Mit der jetzt gegen die Juden angelaufenen Aktion ist endgültig der Graben überschritten. Ich fordere Sie auf, alles in ihren Kräften Stehende zu tun, um das Ausland auf dieses Unrecht hinzuweisen und im Inland dafür zu sorgen, dass dieses Unrecht unterbleibt. Hier stehe ich, ich kann nicht anders. Gott helfe mir .

Das wäre schön gewesen! Das deutsche Volk hätte einen Helden von der Art Luthers. Es ist in der Tat zu bedauern, dass weder Schlegelberger noch irgendjemand im damaligen Deutschland den Mut hatte, so zu sprechen oder in dieser Weise tätig zu werden. Es ist aber leicht auszumalen, was mit Schlegelberger passiert wäre, wenn er so gehandelt hätte. Die versammelten Zuhörer wären jedenfalls mit hineingerissen worden. Die Gestapo hätte gefragt: Sollten diese bürgerlichen Großfunktionsträger wirklich nicht gewußt haben, wozu diese große Konferenz dienen sollte? Die Sippenverhaftungen nach dem 20. Juli 1944 sprechen eine deutliche Sprache für das, was damals möglich war. Zudem: Wäre es , mitten im Überlebenskampf des deutschen Volkes gegen eine Welt von Feinden, überhaupt wahrscheinlich gewesen, dass eine nennenswerte Zahl der Anwesenden Schlegelberger geglaubt und dann auch Folge geleistet hätte? Welche Beweise hatte er denn auch in der Hand? Wenn Himmler sich etwa herabgelassen hätte, ihm zu antworten: Es gibt keine Vernichtungslager für Juden und solche sind auch nicht geplant! Schauen Sie sich doch Theresienstadt an! Was hätten Sie entgegnen sollen?

Weder Recht noch Sittengesetz fordern, sein Leben für vage Hoffnungen opfern. Es ist zur Ehre der Menschheit zu sagen, dass gerade das immer wieder geschehen ist. Die Selbstverbrennung des Pfarrers Brüsewitz in Halle am 22. August 1976 als Protest gegen die gottlose SED-Herrschaft ist vielleicht ein solcher Fall., Dieser zeigt aber leider auch, was ein solch selbstmörderisches Verhalten, welches Schlegelberger offenbar völlig fern lag, bewirkt hätte. Dasselbe wie im Falle Brüsewitz: Betretenes Schweigen der christlichen Prälaten und rasche Entsorgung der Leiche, damals der des Franz Schlegelberger. Ohne Kirchenschelte zu betreiben, darf aber aus heutiger Sicht gesagt werden, dass der deutsche Episkopat so hätte handeln können. Wegen seiner Vernetzung mit Papsttum und der katholischen Weltkirche war dieser praktisch unangreifbar. RER fand aber nicht

den Mut zu solchen Worten, nicht einmal, um vor die Priester zu stellen, die ihn hatten.

Unter diesen Umständen war es vermutlich noch am erfolgversprechendsten, dass Schlegelberger an den Chef der Reichskanzlei schrieb, also praktisch zu Hitlers Händen,;... *Entschlüsse, die ich zum großen Teil für völlig unmöglich halten muss. Es wäre mir dringend erwünscht, sich noch rechtzeitig mit Ihnen persönlich über die Angelegenheit unterhalten.....*

b. Aufforderung zu Sterilisierung

Das ist auch nicht die Sprache des nüchternen Bürokraten, welche Schlegelberger wie wenige beherrschte. Aus diesen Worten spricht das helle Entsetzen und das Bedürfnis, über Dinge zu sprechen, welche schriftlich nicht mehr benannt werden konnten.

Aber Schlegelberger hat sich für die Sterilisierung von Halbjuden ausgesprochen. Der damalige § 224 StGB (Schwere Körperverletzung) formulierte: *Hat die Körperverletzung zur Folge, dass der Verletzte die Zeugungsfähigkeit verliert, so ist auf Zuchthaus bis zu 5 Jahren zu erkennen.*; vgl. heute § 226 StGB . Die Höhe der angedrohten Strafe macht diese Tat also zum Verbrechen. Schlegelberger hatte sich daher amtlich für die massenhafte Verübung eines Verbrechens ausgesprochen. Schon das war strafbar, und zwar in gewissem Sinne ein typischer Fall des Paragraphen 49 a des damaligen Strafgesetzbuches, wo es heißt: *Wer einen anderen zur Begehung eines Verbrechens auffordert, wird auch dann wie ein Anstifter bestraft, wenn das Verbrechen nicht oder unabhängig von der Aufforderung zur Ausführung gelangt.*

Auch wenn man bereit ist, zu Gunsten Schlegelberger Argumente zu sammeln, wonach er größeres Übel habe vermeiden wollen, so bleibt rein juristisch die folgende Schwierigkeit. Nach damaligem und inhaltlich gleichlautendem heutigem Recht, § 54 StGB, war eine Straftat *nicht vorhanden*, also gerechtfertigt, *wenn die Handlung in einem unverschuldeten Notstand zu Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Täters oder eines Angehörigen begangen worden ist.*¹¹⁸ Davon konnte nicht die Rede sein. Es mochten ihn respektable Gründe geleitet haben, aber Schlegelbergers amtliche Aufforderung, Halbjuden zu sterilisieren, stand in keinerlei Zusammenhang mit einer ihn selbst oder einen nahen Angehörigen bedrohenden Gefahr. Das Reichsgericht hatte 1927 zwar

¹¹⁸ Entspricht inhaltlich heutigem § 35 StGB

übergesetzlichen rechtfertigenden Notstand anerkannt.¹¹⁹ Danach handelt derjenige nicht rechtswidrig, der ein geringerwertiges Rechtsgut verletzt, um ein höherwertiges Rechtsgut zu schützen. Das heutige Strafrecht erkennt diesen Rechtfertigungsgrund nicht mehr an und läßt den übergesetzlichen Notstand nur in Sonderfällen als *Entschuldigungsgrund* gelten. Die Tat bleibt also rechtswidrig vermindert aber die Schuld des Täters ggfs gegen Null zur Strafflosigkeit. Es ergibt sich hier also die paradoxe Situation, dass Schlegelberger nach der heutigen deutschen Rechtslage grundsätzlich strafbar bliebe, dass er nach dem damals geltenden Strafrecht gerechtfertigt handelte, indem er Sterilisierung statt Deportation vorschlug, denn Leib oder Leben sind gegenüber der Zeugungsfähigkeit gewiss das höhere Rechtsgut. Es ergibt sich aber eine zweite Widersprüchlichkeit nach dem intertemporalen Strafrecht (§ 2 Abs. 3 StGB) wäre Schlegelbergers Tat heute nach dem mildesten Gesetz zu beurteilen, also nach dem Strafrecht, wie es 1942 in der Rechtsprechung des Reichsgerichts angewendet wurde. Danach handelte Schlegelberger als gerechtfertigt – aber nur dann, wenn er voraussagt, dass die Alternative zur Sterilisierung die Tötung der Juden war. Denn nur in der Abwägung gegenüber dem höherwertigen Rechtsgut des Leben ist die Gefährdung des geringeren Rechtsgutes (Zeugungsfähigkeit) als übergesetzlicher Notstand anzusehen. Die bevorstehende Tötung von Juden in den östlichen Konzentrationslagern mochte zwar voraussehbaren gewesen sein, hätte aber 1942 selbst verständlich nicht zur Begründung eines Übergesetzlichen Notstandes eingeführt werden dürfen. Das Ergebnis ist also, dass Schlegelberger durch seinen Vorschlag, Halbjuden zu sterilisieren, sich sowohl nach damaligem wie auch nach heutigem Recht strafbar gemacht hat.

Die einzige Rechtsfigur, welche Schlegelberger, stünde er heute wegen dieser Tat vor Gericht, helfen könnte, wäre daher wiederum die rechtmäßigen Alternativverhaltens. Hätte Schlegelberger den Vorschlag der Sterilisierung nicht gemacht, hätte sich an der Entschlossenheit des NS-Regimes, Juden, Halbjuden und vielleicht auch Vierteljuden in den Osten abzuschieben und dort zu vernichten, nichts geändert. Es kann also vermutlich dahinstehen, ob sein Vorschlag Leben gerettet hat oder nicht – er hat jedenfalls die Gefahr für Leib oder Leben der in Betracht kommenden Juden nicht erhöht.

An diesem Beispiel war deutlich zu machen, dass das Gesetz nur innerhalb eines gewissen Normalbereiches zu akzeptablen Lösungen führt. Außergewöhnliche Umstände wie die des rechtsfeindlichen NS-Regimes führen zu Fällen, welche mit dem Recht eigentlich nicht mehr angemessen gelöst werden können.¹²⁰

¹¹⁹ RG St 61, 242

¹²⁰ Es ist zuzugestehen, dass der Fall nicht mit völliger juristischer Folgerichtigkeit durchgespielt wurde. Das wäre eine den Rahmen sprengende Aufgabe. Es ist z.B. der 1942 noch geltende § 29 a StGB heute ersatzlos gestrichen, sodass nach § 2 Abs. 3 StGB nur § 26 StGB (Anstiftung) in Betracht käme. Danach wäre zu prüfen, ob Schlegelbergers Sterilisationsvorschlag ein „bestimmen“ (= kausal) im Sinne des Gesetzes ist usw.

XII. Nacht- und Nebelerlass

Das beklagte Land wirft Schlegelberger weiter seine Mitwirkung bei dem so genannten Nacht und Nebel Erlass vor. Hitler hatte diesen ohne Mitwirkung des Reichsjustizministeriums am 7. Dezember 1941 zur Bekämpfung von Widerstandsbewegungen in den besetzten Gebieten erlassen. Danach sollten in den Fällen, in welchen ausnahmsweise keine Todesstrafe zu erwarten war, die Täter nach Deutschland überführt und der Sicherheitspolizei zur Aburteilung und zur Strafvollstreckung übergeben werden. Dem Reichsjustizministerium wurde der Erlass vom 12. Dezember 1941 durch den Chef des Oberkommandos der Wehrmacht, Keitel, zu Händen des Klägers mit der Bitte übersandt, das Verfahren nach diesem Erlass in die Verantwortlichkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu übernehmen. Das RMJ arbeitete darauf eine Durchführungsverordnung aus, die am 7. Februar 1942, vom Kläger gezeichnet, erlassen wurde. Es handelte sich also um eine Verordnung zum Strafprozessrecht, wodurch für die von dem Erlass erfaßten Fälle rechtsstaatlichen Schutzmechanismen der allgemein Strafprozessordnung verkürzt wurden.

Der hier Schlegelberger gemachte Vorwurf besteht darin, dass *er mit seiner Unterzeichnung dieses Erlasses der Justiz die Übernahme der rechtsstaatlichen Garantien ermangelnden Nacht und Nebelverfahren aufgebürdet und die Justiz damit zu rechtsstaatswidrigen Zwecken missbraucht habe* (S. 35).

Schlegelberger hat sich hierauf wie folgt eingelassen (S. 37): Das Verschwinden, sprich wilde Exekution, der Gefangenen in Polizeigewahrsam sei Tatsache gewesen. Die Betroffenen hätten vor diesem Schicksal nur durch die Überleitung in ein gerichtliches Verfahren bewahrt werden können. Die von ihm entworfenen Bestimmungen seien von dem Gedanken geleitet gewesen, die Übergabe der Gefangenen an die Polizei auszuschließen. Hätte er anders gehandelt, wären die Gefangenen in der Hand der Polizei geblieben. Eine Aburteilung durch die Gerichte nach der von ihm entworfenen Verfahrensordnung sei für die Gefangenen alle Mal günstiger gewesen.

Dieser Vorwurf. wirkt gesucht. Schlegelberger hatte immer wieder darauf gedrungen, die SS- und Polizeijustiz abzustellen und strafbare Handlungen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zu überlassen. Diesem Wunsch war hier entsprochen worden. Verkürzter Rechtsschutz ist besser als gar keiner; der wurde hier gewährt. Der Strafprozessordnung vorgesehene Rechtsschutz in diesen Fällen hätte nach

allen Erfahrungen dazu geführt, dass die Beschuldigten kurzerhand erschossen worden wären. Die Partisanentätigkeit in den besetzten Gebieten und die Hilfestellung, welche dieser von der Bevölkerung zuteil wurde, war ab 1942 ein zunehmendes Problem der deutschen Wehrmacht und der deutschen Zivilverwaltungen. Überall auf der Welt wurde in Kriegszeiten kurzer Prozess gemacht. In Kriegszeiten gilt das Menschenleben wenig. Nicht nur auf deutscher Seite.¹²¹ In besetzten Gebieten gegenüber der als feindselig angesehenen Bevölkerung noch weniger. Es war daher zunächst positiv zu vermerken, dass es überhaupt ein Strafverfahren geben sollte, welches mit einem anderen Strafausspruch als der Todesstrafe enden konnte.

XIII. Mitwirkung am rückwirkenden Strafgesetz

1. Vorwurf

Ein ähnlicher Vorwurf, nämlich rechtsstaatswidrigen Verhaltens, wird Schlegelberger gemacht, weil er an dem Gesetz zur Ergänzung der Vorschriften gegen Landesverrat vom 22. November 1942, also nach Schlegelbergers Entlassung aus dem Dienst, mitgewirkt habe. Am 27. Mai 1942 leitete Schlegelberger, damals noch amtierender Justizminister, den zuständigen Ressorts den Entwurf eines Gesetzes zu, in welchem die Strafbestimmungen zur Vorbereitung des Landesverrates rückwirkend verschärft wurden. Zu Grunde lagen zwei Strafverfahren einmal gegen den Juden Leo Sklarek zum andern gegen einen Deutschen wegen Landesverrats. Die Taten lagen vor Hitlers Machtantritt. Das Gesetz vom 24. April 1934, in welchem die Strafen für Landesverrat verschärft worden waren konnte daher nicht angewendet werden. Schlegelbergers Gesetzentwurf, der nach seinem Ausscheiden aus dem Dienst, als Gesetz verkündet wurde sah rückwirkende Anwendung der Strafvorschriften vor.

Auch hier hat Schlegelberger sich dahin eingelassen, dass er mit dieser Maßnahme Schlimmeres habe vergüten wollen. Himmler habe verlangt, in solchen Fällen die allein gerechte Bestrafung durch die Polizei durchführen zu lassen. Um eine generelle Ermächtigung der Polizei zu vermeiden, habe er angeregt, die Strafandrohung für das Delikt rückwirkend zu verschärfen.

¹²¹ vgl. frz. Wikipedia zum Stichwort **fusillé pour l'exemple** : désigne un militaire exécuté après décision d'une juridiction militaire intervenant non seulement dans un cadre légal pour un délit précis mais aussi dans un souci d'exemplarité visant à maintenir les troupes en parfait état d'obéissance. Il est très difficile d'apprécier le nombre exact de cas, et la part qu'a jouée parfois la volonté de « faire un exemple » d'un cas d'insubordination au front, pour éviter les paniques généralisées. Cette pratique est à distinguer des condamnations à mort après passage en [cour martiale](#), avec audition de témoins, conformément au Code de justice militaire, parfois utilisée par les état-majors de différents pays impliqués dans le conflit.

2. Rückwirkung als Rechtsstaatswidrigkeit

Schlegelberger hat mit seinem Gesetzesvorschlag Rückwirkung der Strafandrohung vorgeschlagen. Das verstieß gegen § 2a des damaligen Strafgesetzbuches: *Die Strafbarkeit einer Tat und die Strafe bestimmen sich nach dem Recht, das zur Zeit der Tat gilt.* So steht es auch heute in § 2 Abs. 1 StGB. Der Vorschlag widersprach anscheinend auch der deutschen und europäischen Rechtstradition, wenn z. B. Art. 103 II GG formuliert: *Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.*

In diesem Satz fällt allerdings auf, dass nur von der *Strafbarkeit* einer Tat die Rede ist, nicht von der *Strafhöhe* oder *Strafart*. Nur die Strafbarkeit muß zur Zeit der Tat beschrieben sein, damit der Täter wisse, was er darf oder nicht darf. Das Gesetz sagt daher zum Beispiel: *Ab dem 1.1.2010 ist Tauben vergiften im Park verboten.* In einem zweiten Schritt gibt das Gesetz an, welche Maßregel oder Strafe den trifft, der es doch tut, z.B. Geldstrafe von 100 € je Taube. Eine echte Rückwirkung liegt vor, wenn das Vergiftungsverbot mit Gesetz v. 1.1.2010 auf Handlungen im Jahr 2009 oder davor angewendet werden soll. Von einer unechten Rückwirkung wird man sprechen, wenn für eine bereits strafbare Tat ein späteres Gesetz Höhe oder Art der Strafe rückwirkend verändert, z.B. am 31.12. 10 anordnet, dass für jede Taube nicht 100, sondern 200 € als Strafe fällig werden.

In diesem Sinne hat Schlegelberger sich (nur) für eine unechte Rückwirkung ausgesprochen. Eine solche gibt es an sich auch unter dem Grundgesetz. Gegen Sexualstraftäter kann gemäß § 66b StGB unter bestimmten Voraussetzungen die zeitlich unbefristete Sicherheitsverwahrung rückwirkend verhängt werden. Formal ist die Sicherheitsverwahrung zwar keine Strafe, sondern eine Vorsorgemaßnahme zum Schutz der Bevölkerung. Wer jedoch die Praxis der Strafanstalten kennt, weiß, dass sich die Sicherheitsverwahrung von der Strafvollstreckung nicht erkennbar unterscheidet.

Insbesondere im Bereich der rückwirkenden Steuergesetze wird die Problematik immer wieder aufgeworfen.

Man kann daher zwar mit guten Gründen der Meinung sein, dass eine unechte Rückwirkung grundsätzlich falsch ist und von Verfassungs wegen unmöglich sein sollte, zumal wenn sie zu einer drastischen Verschärfung der Strafandrohung (anstelle einer zeitigen Todesstrafe) führt. Schlegelbergers damalige Gegenmeinung dürfte aber noch innerhalb des unter verfassungstreuen Juristen möglichen Meinungsspektrums liegen. Dieses umso mehr angesichts der Tatsache, dass wenig später, in den Nürnberger Prozessen, die Verurteilungen in den Nürnberger Prozessen nur auf Rechtsnormen gegründet wurden, welche es,

jedenfalls in der verfassungsrechtlich geforderten Bestimmtheit, zum Zeitpunkt der Begehung der Taten nicht gab. Insofern diese Strafnormen, durchaus nachvollziehbar, aus überpositivem Recht hergeleitet worden waren, war immerhin nicht zu übersehen, dass überpositive Strafnormen jedenfalls keine Strafhöhe oder -art vorgaben.

Schlegelberger berief sich vor dem Oberverwaltungsgericht auf das österreichische Recht, welches für Landesverrat ebenfalls rückwirkende Strafverschärfungen eingeführt hatte. Er hätte sich auch auf das holländische Recht berufen können. Nach 1945 führte die holländische Regierung rückwirkend neue Straftatbestände ein, aufgrund deren Kriegsverbrecher und deutsche Kollaborateure von Sondergerichte verurteilt wurden; bis 1949 fast 30.000; 42 Angeklagte wurden aufgrund dieser Gesetze zum Tode verurteilt und bis 1952 hingerichtet.¹²²

XIV. Beteiligung an der Euthanasieaktion

1. Ausgangslage

Über die ethische Berechtigung der Euthanasie mag man unter verschiedenen Gesichtspunkten verschiedener Meinung sein. Der Zeitgeist schloß sie, soweit es sich um Schwerstkranke handelte, weder in Deutschland noch in anderen Staaten grundsätzlich aus.¹²³ Aus rechtlicher Sicht aber war es eine völlige Unmöglichkeit, solche Tötungen ohne gesetzliche Grundlage zuzulassen, sodass es dem Ermessen des jeweiligen Arztes bzw. Anstalt überlassen war, ob und wen er zu töten für angebracht hielt. Die Staatskanzlei hatte daher, schon bevor entsprechende Pläne Hitlers Pläne zur Kenntnis des RMJ gelangt waren, auf den Erlass eines Gesetzes gedrungen. Reichsleiter Bouhler hatte sich aber mit der Meinung durchgesetzt, dass das, was im Gesetze zu regeln ebenso auf dem leiseren Verwaltungswege erreicht werden könne. Ein Gesetz wird im Reichsgesetzblatt veröffentlicht. Hitler befürchtete aus dem Bekanntwerden eines solchen Gesetzes Unruhe im Inland und

¹²² Neulen, Hans Werner, Auf deutscher Seite, Universitas Verlag, 1992, S. 63 ff.

¹²³ Wie man damals allgemein im Westen über solche Fragen dachte, ergibt sich etwa aus dem Fall *Buck v. Bell* des US Obersten Gerichts (1927) Das *Eugenic Sterilization Law* erlaubte im US-Bundesstaat Virginia die Zwangssterilisation. Richter Holmes verglich diese mit der Zwangsimpfung: *It is better for all the world if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime or to let them starve for their imbecility, society can prevent those, who are manifestly unfit, from continuing their kind.* In Oklahoma gab es Habitual Criminal Sterilization Act. In *Skinner v. Oklahoma* (1942) wurde unter Bezugnahme auf Nazi-Deutschland das Gesetz für verfassungswidrig befunden. Von hier bis zur Tötung Geisteskranker ist freilich noch ein langer Weg.

Ansehensverlust im Ausland und hatte sich daher gegen eine gesetzliche und für die „verwaltungsrechtliche“ Lösung ausgesprochen.

Im Sommer 1940 erfuhr das Justizministerium von auffälligen Todesfällen in psychiatrischen Anstalten.¹²⁴ Die Tötung von Geisteskranken war zweifellos Mord im Sinne des § 211 StGB und mit Todesstrafe bedroht. Es häuften sich Gerüchte und Anfragen von Staatsanwaltschaften, welche pflichtgemäß ermitteln wollten, daran aber inoffiziell gehindert wurden. „Rechtsgrundlage“ dieser Tötungen war das Ermächtigungsschreiben Hitlers vom 1. September 1939 an Reichsleiter Bouhler und Dr. med. Brandt, das diese ermächtigte *die Befugnisse namentlich bestimmter Ärzte so zu erweitern, dass nach menschlichem Ermessen unheilbar Kranken ... der Gnadentod gewährt werden kann*. Gürtner unternahm verschiedene Vorstöße, um die Aktion einzustellen oder jedenfalls durch gesetzliche Regelung gewisse Garantien gegen Missbrauch vorzusehen. Hitler lehnte aber ein Gesetz aus politischen Gründen ab. Als Gürtner das Hitlerschreiben 1. September 1939 (in Fotokopie!) vorgelegt wurde, gab er seinen Widerstand auf. Der zuständige Staatssekretär im Reichsjustizministerium Freisler wies die Generalstaatsanwälte an, Anzeigen wegen Mordes in den Anstalten nicht zu bearbeiten.

2. Durchbrechung der Schweigemauer

Erst nach Gürtners Tod setzte Schlegelberger, durch, dass die Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte von der Aktion unterrichtet wurden. (Gruchmann, S. 1123) Am 29. Januar 1941 starb Gürtner. Schlegelberger wurde sein kommissarischer Nachfolger. Auslöser der Vorwürfe gegen FS ist die von ihm einberufene und geleitete Sitzung aller Oberlandesgerichtspräsidenten und Generalstaatsanwälte vom 23. – 24. April 1941 in Berlin.¹²⁵ Diese Tagung ist ein Beispiel dafür, wie schwer die wirkliche Wahrheit für den späteren Betrachter erkennbar ist. FS hat diese Sitzung offenbar unmittelbar nach seinem Dienstantritt als Ministerverweser anberaunt. Das und die Art seiner Verhandlungsführung können seinen besonderen Eifer, die Sache im Sinne des Regimes zu fördern, bedeuten. Aber ebenso gut auch das Gegenteil.

Fragt man, was aus der Sicht von FS zu tun war, um die Aktion zu torpedieren, dann ergibt sich: Es musste schnell gehandelt werden, damit sich die Euthanasieaktion nicht völlig verselbständigte und an der Justiz vorbei im Verwaltungswege geregelt würde. Freie Presse/Rundfunk, die das Thema hätten behandeln können, gab es nicht. Direkte Vorstellungen bei Hitler hatten nichts genützt. Das einzige, was den Diktator zurückschrecken lassen konnte, war die

¹²⁴ Gruchmann, S. 502 ; Die Darstellung hier folgt Gruchmann S. 499 ff in allen wesentlichen Zügen.

¹²⁵ Gruchmann, L. S. 527 f; *Euthanasie und Justiz im Dritten Reich* in Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte 1972, S. 235 ff. vgl auch JuN , S. 203 f und Förster S. 115 f.

Stimme des Volkes. Es besteht kein Zweifel, dass das Volk so gut wie einhellig gegen diese Aktion war. Es mußte also Öffentlichkeit hergestellt werden, und zwar so dass es nach politischer Fügsamkeit aussah. Dafür gibt kaum einen besseren Weg, als in eine große Konferenz. Es müssen mindestens 50 Personen teilgenommen haben. Es ist auszuschließen, dass ein so großer Kreis ein Thema vertraulich bewahrt. Das umso weniger, als es das vorgegebene Ziel der Sitzung war, die Behördenleiter über die Euthanasieaktion zu informieren, damit diese die ihnen unterstehenden Stellen informieren und entsprechende Ausführungsregeln erlassen konnten. FS begrüßte die illustre Runde mit einer längeren Ansprache (. Gruchmann S. 528), in welcher er forderte, dass *die Justiz bewusst und kompromisslos immer mehr in den nationalsozialistischen Staat eingefügt* werden müsse. Es sei daher seine Aufgabe, die versammelten Herren mit den Entschlüssen des Führers bekannt zu machen. *Tatsachen, nicht nur Gerüchte müssen Ihnen bekannt werden.* Es gebe Zweifel, *welche Bewandnis es mit der Vernichtung lebensunwerten Lebens hat.* Damit erteilte er dem Reichsamtsleiter Brack und Professor Heyde das Wort.

Eine anscheinend besonders dienstfertige Ansprache. FS war aber nicht naiv. Damit aber war die Euthanasieaktion nämlich kaputt! Dieses Programm war vor dem deutschen Volk nicht geheim zu halten, und es war ihm auch nicht zu vermitteln. Es in dieser Weise öffentlich zu machen, hieß es zu beenden. Schon in seiner Rundverfügung v. 22. 4. 41 an alle OLG-Präsidenten und Generalstaatsanwälte hatte FS geschrieben: *Betrifft: Vernichtung lebensunwerten Lebens.* Brack stellte richtig: Es handele sich nicht um die Vernichtung lebensunwerten Lebens, sondern um die Durchführung eines Erlösungsaktes für Schwer- und Schwerstleidende und ihre angehörigen. FS wird sich für das Missverständnis entschuldigt haben, aber jeder Zuhörer wusste nun, welche Dimensionen sich hier eröffneten.¹²⁶ Als Brack und Prof. Heyde geendet hatten, *herrschte* (nach dem Bericht des damaligen Generalstaatsanwalts beim Kammergericht) *bei den Teilnehmern eisiges Schweigen. .. ich war über die Ungeheuerlichkeit des Gehörten ...schwer erschüttert* (Gruchmann, S. 529).

Eine Diskussion fand nicht statt. Man wirft Schlegelberger vor, dass er nicht diskutieren ließ. Aber was sollte diskutiert werden? Die Rechtsgrundlagen der Euthanasieaktion zu diskutieren, hätte die Gefahr heraufbeschworen, dass das RJM von der Aktion ausgeschlossen werden würde und die Aktion im Verwaltungswege erledigt werden würde. Damit wäre aber nichts gewonnen gewesen. Es musste im Gegenteil der Eindruck erweckt werden, dass das Justizministerium die Wünsche der NS-Führung auf der Grundlage des geltenden Rechts umsetzen könne und werde. Dazu mussten eben Verwaltungsanweisungen für die Tötungsaktion erlassen werden. Die preußische Bürokratie war schließlich die beste der Welt. Alles ganz genau. Mehrere tausend Standesämter im ganzen Reich mußten

¹²⁶ Himmelmann, S. 10.

instruiert werden. Alles sollte seinen gehörigen bürokratischen Gang gehen. FS gab sich also ganz naiv. Er erklärte, da *ein rechtlich geltender Erlass des Führers vorliege, könnten Bedenken gegen die Durchführung des Euthanasie nicht mehr gegeben sein*. Er beauftragte daher die OLG-Präsidenten und Generalstaatsanwälte, *ihren nachgeordneten Gerichten bzw. Behörden gegenüber für die Durchführung der Rundverfügung v. 22. 4. 41 Sorge zu tragen*. Der OLG – Präsident Düsseldorf teilte daher dem RMJ am 1.11.41 mit, der habe die Landgerichtspräsidenten ersucht, *sämtliche Richter von der Aktion zu informieren*. Gruchmann (S. 531): *Die Unterrichtung der Justizbehörden trug dazu bei, dass die Euthanasieaktion immer weiteren Kreisen der Bevölkerung bekannt wurde. Das wirkte. Am 24. August 1941 gab Hitler die mündliche Weisung, diese Aktion zu stoppen*.

Wenn Schlegelberger das beabsichtigt hatte, dann war seine Absicht erreicht. Die Ankläger von FS sollten sich die Verfahrensabläufe und die Verwaltungswirklichkeit in Deutschland vor Augen halten: Was hätte ein kluger Mann wie FS tun müssen, um das Euthanasieprogramm regimegetreu durchzuführen? Es hätte sich folgender Weg geradezu aufgedrängt. Erstens: Durch Erlass werden sämtliche Unterbringungsfragen auf eine neu zu schaffende Stelle im Ressort des Reichsjustizministers konzentriert. Zuständigkeiten anderer Behörden werden aufgehoben. Begründung: Die Kriegszeit erfordere eine effiziente Ressourcenzuteilung. Zweitens: Diese Stelle hätte dann in aller Stille das Programm durchziehen können.

Als der Münsteraner Kardinal Graf Galen, nach dem überall Straßen benannt sind, am 3. August 1941 gegen die Euthanasieaktion predigte, hatte FS das Programm bereits still beendet.

3. Kritik

In der hier gegebenen Interpretation hat Schlegelberger durch geschickte Herstellung von Öffentlichkeit das sich anbahnende Unrechts verhindert. Anzumerken ist allerdings, dass Schlegelberger, jedenfalls soweit bekannt ist, sich auf diese Entschuldigung niemals berufen hat. Das kann also – wie im Luftglassfall - dafür sprechen, dass diese Erklärung nicht stimmt, dass also der Schuldvorwurf gegen FS nicht beseitigt ist. Auch hier lassen sich Gegenüberlegungen anstellen. Zunächst die, dass diese Aktion tatsächlich still abgebrochen wurde.

Auch gilt *Qui s`excuse, s`accuse! Wer sich verteidigt, klagt sich an*. List besteht gerade darin, dass das in Wahrheit Gemeinte nicht erkannt werden soll. Es konnten wiederum taktische Gründe sein. Auf der Suche überzeugenden Helden des antifaschistischen Widerstandes war in der Nachkriegszeit längst den Kardinal Graf Galen aus Münster als derjenige herausgearbeitet worden, dessen mutiger Predigt allein der Abbruch der Euthanasieaktion zu verdanken gewesen sei. Wenn FS dem Gericht Erwägungen

vortragen hätte, wie sie hier angestellt wurden, hätte er damit praktisch gesagt, wozu der Verfasser allerdings neigt: *Nicht Graf Galen, sondern ich, der Staatssekretär Im RMJ des NS-Regimes habe die Euthanasieaktion zu Fall gebracht!* Man stelle sich vor, wie das in der Öffentlichkeit der Bundesrepublik Deutschland aufgenommen worden wäre. Recht oder nicht – eine solche Verteidigung wäre offenbar sehr gefährlich gewesen.

Auch hier kann letztlich nur spekuliert werden. Es kann nicht bewiesen werden, dass Schlegelberger mit dieser Absicht die Verhandlung geführt hat; noch weniger kann bewiesen werden Schlegelberger diese Absicht nicht hatte. Es zeigt sich nur wiederum, dass die Wahrheit oft anders sein kann, als sie sich der Nachwelt darstellt.

XV. Volksgerichtshof

Förster wirft FS auch die Einrichtung des Volksgerichtshofes vor. Dieser wurde mit Gesetz vom 18. April 1936 errichtet. Gegen die Errichtung des Volksgerichtshofes und das dortige Verfahren ist unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten eigentlich nichts einzuwenden. Dieser war gem. § 1 *ordentliches Gericht im Sinne des Gerichtsverfassungsgesetzes*. Der Spruchkörper des Volksgerichtshofs bestand aus fünf Mitgliedern, von denen zwei Berufsrichter waren. Gemäß § 3 folgte das Verfahren der StrafprozeßO.¹²⁷ Ein Rechtsmittel gegen Urteile des Volksgerichtshofs gab es, anders als in der normalen Gerichtsbarkeit, aber nicht.

Die Tatsache, dass die Richter vom Reichskanzler ernannt wurden, schließt nach Meinung von Förster u.a. aus, dass dieses Gericht unabhängig war. Das müsste dann auch für die Richter am Obersten Gerichtshof der USA und anderswo gelten. Die Vermutung, dass die Einrichtung des Volksgerichtshofs ein nationalsozialistisches Instrument zur Vernichtung von politischen Feinden sein sollte, mag richtig sein. Aus den Gesetzen und Verordnungen selbst folgt das aber nicht. Der in diesem Zusammenhang gegen Schlegelberger erhobene Vorwurf beschränkt sich auch darauf, er habe der Einrichtung dieser Gerichte, insbesondere aber bei der Personalpolitik zur Besetzung der entsprechenden Spruchkammern keinen hinreichenden Widerstand entgegengesetzt. Es wird allerdings anerkannt, dass er immer größten Wert auf die fachliche Qualifikation seiner Beamten legte. Niemals wird ihm vorgeworfen, eine Personalentscheidung aus politischen Gründen getroffen zu haben. Aber auch das kann man offenbar anders deuten, wenn man es will: *Ihr (= Gürtner und Schlegelberger) Einsatz in Personalfragen, der sie oft zu harten Auseinandersetzungen mit den Parteistellen nötigte, war daher in Wirklichkeit ein Kampf um ihre eigene Person. In ihrer Position übten sie jedoch keine Gegnerschaft zu Hitler und dem nationalsozialistischen Regime*

¹²⁷ Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens von 24. April 1934 RGBl I, Seite 341 und der Verordnung v. 20. Februar 1940, RGBl I, Seite 405,

aus, sondern lediglich eine Konkurrenz zu anderen Machteliten des Regimes.¹²⁸ Ein solches Urteil müsste aber begründet werden, was nicht geschieht.

XVI. Nazifizierung des BGB

in der Forderung, das BGB abzuschaffen bzw. völlig neu zu gestalten sieht Förster die Ausprägung seiner NS-treuen Gesinnung bei Schlegelberger. FS hat oft eine Reform des nach seiner Meinung nicht gelungenen BGB gefordert. Das hat ihm den Vorwurf eingetragen, er habe das Zivilrecht nazifizieren zu wollen.¹²⁹ FS sprach mehrfach davon, das Ziel des Rechtes sei die Suche nach der wahren Seele des Volkes. Er verwendete dabei Formulierungen, welche sich aus heutiger Sicht fragwürdig anhören. Er sagt etwa einmal: *Das ist das Wunderbare und Erhebende unserer Zeit, dass wir wieder frei geworden sind vom Kultus des eigenen Ich und der Sorge um die Meinung der Masse, dass wir uns wieder besonnen haben auf die Wurzeln unserer Kraft auf unsere Verbundenheit mit dem Volke im Volke.... Das Bewusstsein der Blutsverbundenheit lässt uns vordringen zu der Seele des eigenen Volkes.* Diese Worte erinnern an völkische Gedanken der NS-Ideologie. Dieses Pathos entstammt aber einer Gedankenwelt, welche die Nationalsozialisten auch nutzten. Es entsprang einem romantischen Lebensgefühl, welches sich kaum 50 Jahre vor Schlegelberger in folgenden Worten entladen hatte: *Wahrhaft Lebendiges wird kein Gesetzgeber schaffen, der sich gegen den frischen Lebensquell allen Rechtes verschließt. Der sich abkehrt von der Seele des Volkes und den Pulsschlag seiner Zeit überhört....*¹³⁰

Die Forderung, das BGB zu einem volkstümlichen Rechtsbuch umzuschreiben, ist so alt wie das BGB selbst und wurde von Juristen aller politischen Lager erhoben, z.B. zuletzt von der kommunistischen DDR, welche das dort bis dahin geltende BGB durch das Zivilgesetzbuch 1975 ersetzte. Es gilt hier, was J. Fest in Bezug auf Hitlers Beziehungen zu allgemein-politischen Interessen Europas sagt: *Es zählt zu den Täuschungen eines nachgeholtten Widerstands, wenn man nur auf die Gegensätze zwischen NSDAP-Programm und legitimen politischen Zielen hinweist, während es doch eine ganze Anzahl übereinstimmender Gefühle und Interessen gab.*¹³¹ FS wollte das BGB vielleicht aus ernsthaften Gründen umschreiben, welche gleichsam zufällig dieselben waren, welche das NS- und später das DDR zu demselben Wunsch leiteten.

¹²⁸ Förster S. 74

¹²⁹ vgl. Göppinger S. 170 und S. 392 der letzte Satz des Buches.

¹³⁰ Otto v. Gierke, Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889. Rechts S. 3

¹³¹ Fest, Joachim, Hitler Propyläen 1973, S. 668; dort richtig: *zwischen Hitler und Europa*

Es fällt auf, dass FS in einem Umfeld, welches bereits fast vollständig in den Lobpreis der Bewegung und ihres Führers eingefallen war, mit den oben zitierten Worten so gar nicht den Führerwillen betont. Er fordert eine Aufwertung des Richteramtes, er spricht, was wiederum pathetisch etwas überzogen aber gewiss nicht nationalsozialistisch ist, vom Richter als dem *Priester des Rechts*. Hier wie sonst warnt FS davor, *durch Schaffung von Sondergerichten wichtige Teile des Lebens der richterlichen Erkenntnis fernzuhalten*.

XVII. Entlassung

1. Beginn des Endes

Am 26. April 1942 war der Reichstag zum letzten Male zusammengerufen worden. Hitler hielt eine große Rede, in welcher er ua ausführte:

Ich erwarte, dass die deutsche Justiz versteht, dass nicht die Nation ihretwegen, sondern dass sie der Nation wegen da ist (lebhafte Zustimmung) das heißt, dass nicht die Welt zugrunde gehen darf, in der auch Deutschland eingeschlossen ist, damit ein formales Recht lebt, sondern dass Deutschland leben muss, ganz gleich, wie immer auch formale Auffassungen der Justiz dem widersprechen mögen..... Ich werde von jetzt ab in diesen Fällen eingreifen und Richter, die ersichtlich das Gebot der Stunde nicht erkennen, ihres Amtes entheben.(Beifall).¹³² Der Reichstag traf daraufhin folgenden Beschluss: ...Der Führer muss – ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein - als oberster Gerichtsherr... jederzeit in der Lage sein, nötigenfalls jeden Deutschen ...zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten, und bei Verletzung dieser Pflichten.....*ohne Einleitung vorgeschriebener Verfahren aus einem Amt .. zu entfernen*.¹³³

Wer sollte damit gemeint sein, wenn nicht Schlegelberger, welcher seit dem Tode Gürtners der höchste Dienstvorgesetzte aller deutschen Richter und Staatsanwälte war. Wie diese Rede im Volk verstanden wurde, zeigt vielleicht eine Notiz, welche der Vater des Verfassers, damals als Batteriechef vor Leningrad, in seinem Tagebuch schrieb: *Sonntag, der 26. 4., bringt die Führerrede vor dem Reichstag, die man nicht erwartet hatte, sodass man meint, es müsse etwas Neues und Überraschendes hervortreten. Anscheinend war man darum, als nichts Neues vermeldet wurde, auch etwas enttäuscht. Die neue Vollmacht, auch in Rechtsurteile einzugreifen, mag ja wohl staatspolitisch notwendig sein, erfreulich ist sie keinesfalls,*

¹³² Zitiert in: JuN, S. 268.

¹³³ JuN S. 294 .

*überhaupt, wenn das ein Dauerzustand werden sollte! Hoffentlich wird solche Vollmacht nicht auf die Gau- und Kreisleiter übertragen.*¹³⁴

2. Entlassung¹³⁵

Anfang Juli 1942 gelegentlich einer Rücksprache in Berlin bemerkte Lammers, der Führer werde gedrängt, einen Justizminister zu ernennen, was ich wohl sagen würde, wenn der Führer Thierack ernennen würde. Ich antwortete, das wäre mir ziemlich gleichgültig. Ich würde jedenfalls mit Thierack unter keinen Umständen zusammenarbeiten. Darauf meinte Lammers, für einen solchen Eventualfall habe der Führer den Wunsch, daß für mich ein anderes hohes Amt gesucht werden solle; er, Lammers, habe etwas gefunden: Präsident des Reichsverwaltungsgerichts. Ich erklärte, dieses Amt käme für mich nicht in Frage, ganz abgesehen davon, daß es doch wohl kaum meiner gegenwärtigen Stellung entspreche. Denn zunächst verstände ich nichts davon, und ich sei so unmodern, darin einen Hinderungsgrund zu finden. Ferner hätte ich doch in allen so häufigen Konfliktfällen für die Justiz gegen die Verwaltung gekämpft, Lammers könne doch nicht erwarten, daß ich plötzlich meines Vorteils wegen zur anderen Seite herübergehe. Ich bäte ihn, dem Führer zu sagen, daß ich überhaupt kein Amt mehr zu übernehmen wünsche. Lammers erwiderte: *Nun, ich denke, Sie überlegen sich das noch einmal.* Ich antwortete: *Ich glaube, da gibt es nichts zu überlegen. Im übrigen gehe ich zunächst auf Urlaub.* Lammers riet mir dringend, nicht fort zugehen, wenn man weg sei, passiere immer etwas. *Nun, meinte ich, darauf will ich es ankommen lassen, und ich erwarte es sogar.*

Mir war damals klar, daß Thierack das Ausscheiden Francks aus den Parteiämtern benutzt hatte, dem Führer, vielleicht wie Lammers, zu suggerieren, daß nun ein anderer abgestempelter Nationalsozialist das Justizministerium führen müsse. Ich trat am 12. Juli tatsächlich meinen Urlaub an. Am 10. August traf ich wieder in Berlin ein. Wie ich erfuhr, hatte Lammers bereits versucht, mich in Tatra Lomnitz zu erreichen. Er rief mich am 17. August an. Über dieses und die folgenden Gespräche hat Gramm, der mithörte, folgende Aufzeichnungen gemacht:

Am Montag, dem 17.d.Mts. rief Herr Reichsminister Lammers Herrn StS. Dr. Schlegelberger aus dem Feldquartier an und teilte folgendes mit:

¹³⁴ Aden, Gerhard, *Oh Deutschland hoch in Ehren*, Schriftenreihe des Volksbundes Deutsche Kriegsgräberfürsorge, Bd. 35 2004. Gerhard Aden (1906 – 1989) Pastor; damals Oberleutnant d. R., dann Hauptmann d. R.; Träger des EK II und I.

¹³⁵ Die Abschnitte 2 und 3 stammen ohne Zusätze, nur um persönlich-familiäre Hinweise gekürzt, aus den Erinnerungen Schlegelbergers, welche dieser im Februar/März 1945 in seinem 1918 als Feriensitz gekauften Haus in Lehnin/Mark niederschrieb.

Bei der letzten persönlichen Aussprache der beiden Herren habe der Reichsminister Lammers Herrn StS. Schlegelberger gefragt, ob er bereit sei, bei Ausscheiden aus dem RJM. eine bestimmte andere Stelle zu übernehmen. Auf diese Frage sei ihm bisher eine Antwort nicht zugegangen. Da die Wiederbesetzung der Stelle des Reichsministers der Justiz nunmehr in ein akutes Stadium getreten sei, wiederhole er seine Anfrage. Falls Herr StS. Dr. Schlegelberger bereit sei, den erwähnten Posten zu übernehmen, bitte er um Mitteilung. Die Antwort müsse jedoch unverzüglich erfolgen, da die Entscheidung des Führers über die Wiederbesetzung der Stelle des Reichsministers der Justiz in den nächsten Tagen ergehen werde. Er, Reichsminister Lammers, habe in Aussicht genommen, am Donnerstag dem Führer Vortrag über dieses Thema zu halten. Er bitte Herrn StS. Schlegelberger, ihn alsbald anzurufen, um über die Entscheidung des Führers in Kenntnis gesetzt zu werden.

Herr StS. Dr. Schlegelberger erklärte, daß er nicht bereit sei, den erwähnten Posten zu übernehmen, weil diese Regelung für ihn indiskutabel sei. Er bitte nur, entsprechend der früheren Zusage von Reichsminister Lammers sicherzustellen, daß er rechtzeitig vor Veröffentlichung der Ernennung des neuen Ministers unterrichtet würde und daß sichergestellt werde, daß er vorher von seinem Amt als Staatssekretär entbunden werden würde.

Reichsminister Lammers sagte das zu. Die Besprechung schloß damit, daß Reichsminister Lammers erneut um Anruf des Herrn Staatssekretärs am Freitag, dem 21. vormittags bat. Heute Vormittag rief Herr Reichsminister Lammers den Herrn Staatssekretär erneut aus dem Feldquartier an und teilte folgendes mit:

Zu seinem lebhaften Bedauern habe er erfahren, daß der Herr Staatssekretär es abgelehnt hätte, in das Feldquartier zu kommen. Er bedauere diese Ablehnung insbesondere auch deswegen, weil über die in Aussicht genommene Aussprache zwischen den beiden Herren der Besuch des Herrn Staatssekretärs Gelegenheit gegeben haben würde, ihm im Auftrage des Führers ein Schreiben des Führers auszuhändigen, mit einem für den Herrn Staatssekretär besonders ehrenden Inhalt und weiter eine besondere Ehrung, die der Führer für den Herrn Staatssekretär beabsichtige, im Feldquartier zu vollziehen. Er, Reichsminister Lammers, würde, wenn er zur Zeit nicht durch dienstliche Angelegenheiten im Feldquartier festgehalten wäre, den Herrn Staatssekretär persönlich zu diesem Zweck aufgesucht haben. Er bedauere es außerordentlich, daß durch die Ablehnung des Herrn Staatssekretärs, in das Feldquartier zu kommen, die genannten, vom Führer in Aussicht genommene Maßnahmen nicht vollzogen werden könnten. Ihm bleibe jetzt nichts anderes übrig, als das Schreiben des Führers auf dem Kurierwege nach Berlin zu senden und dem Herrn Staatssekretär durch Unterstaatssekretär Kritzinger aushändigen zu lassen. Reichsminister Lammers betonte erneut, daß er es außerordentlich bedauere, daß der Herr Staatssekretär es abgelehnt hätte, ins Feldquartier zu kommen.

Dem gegenüber stellte der Herr Staatssekretär richtig, daß ihm von dem nunmehr mitgeteilten Zweck dieses Besuches im Feldquartier bisher nichts gesagt worden sei. Ihm sei lediglich ausgerichtet worden, daß Reichsminister Lammers, nachdem die Ernennung des neuen Ministers erfolgt sei, den Wunsch nach einer Aussprache mit dem Herrn Staatssekretär geäußert hätte. Eine Reise zu diesem Zweck allein erschiene aber ihm unter den besonderen derzeitigen Umständen nicht tragbar. Wenn ihm der wahre Zweck des Besuches im Feldquartier früher mitgeteilt worden wäre, würde er keinen Anstand genommen haben, die Reise sofort auszuführen. Reichsminister Dr. Lammers bedauerte außerordentlich, daß dem Herrn Staatssekretär der Zweck des Besuches im Feldquartier nicht mitgeteilt worden sei, und bat erneut darum, diese Reise doch nunmehr auszuführen. Weiter führte er noch aus, daß er erfahren habe, daß der Herr Staatssekretär beabsichtige, vor Eintreffen des neuen Ministers das Haus zu verlassen. Er bat, hiervon abzusehen, da der Herr Staatssekretär zur Zeit ja doch der geschäftsführende Reichsminister der Justiz sei und daher mit ihm auch die Frage der Überleitung der Geschäfte auf den neuen Minister und die Einführung des neuen Ministers eingehender Erörterung bedürfe. Auch diese Fragen würden bei dem Besuch des Herrn Staatssekretärs zwischen den beiden Herren eingehend besprochen werden müssen.

Die Herren verblieben dann dahin, daß der Herr Staatssekretär heute Abend nach Warschau fahren wird und die Weiterfahrt von dort mit dem Flugzeug fortsetzen wird. Der Herr Staatssekretär wird dann zur Erörterung der angegebenen Fragen am Sonnabend Mittag von Herrn Reichsminister Lammers empfangen. Die Anwesenheit des Herrn Staatssekretärs im Feldquartier wird dann auch Gelegenheit zu einem Abschiedsbesuch bei dem Führer geben. Reichsminister Lammers wird seine Adjutantur wegen der Vorbereitung der Reise des Herrn Staatssekretärs sofort verständigen. Die Adjutantur wird sich darauf mit dem Unterzeichneten in Verbindung setzen.

Auftragsgemäß rief ich Unterstaatssekretär Kritzinger an und teilte ihm mit, daß der Herr Staatssekretär nach Rücksprache mit Herrn Reichsminister Lammers heute Abend zu einem Besuch ins Feldquartier fahren wird. Reichsminister Lammers habe zugesagt, daß die Reise durch die Adjutantur vorbereitet werde. Ich teilte mit, daß der Herr Staatssekretär den Wunsch hätte, von mir begleitet zu werden, und wies darauf hin, daß, falls Schwierigkeiten bei der Schlafwagenfahrt wegen der Beschaffung eines 2. Bettes entstehen sollten, der Herr Staatssekretär bereit sei, mit mir in einem Abteil zu fahren.

UStS. Kritzinger nahm das zur Kenntnis und erklärte, daß Schwierigkeiten gegebenenfalls nur auf der Flugroute entstehen könnten. Er werde jedoch im Hinblick auf die von mir vorgetragenen besonderen persönlichen Gründe und

Wünsche des Herrn Staatssekretärs sich dafür einsetzen, daß ich den Herrn Staatssekretär auf dieser Reise begleiten könnte. UStS. Kritzinger versprach, sich um die Angelegenheit persönlich zu kümmern und mich baldmöglichst von dem Ergebnis zu unterrichten.

*Den 21. August 1942
gez. Gramm.*

Am 22. August fuhr ich mit Gramm nach Warschau, von dort gelangte ich mit dem Flugzeug nach etwa 3 Stunden nach Schitomir, wo Lammers sein Quartier hatte. Zunächst gab es eine deutliche Aussprache. Lammers warf mir erneut vor, daß ich mich geweigert hätte, zum Führer zu kommen. Ich wiederholte, daß Kritzinger mir von diesem Zweck der Reise nichts gesagt habe. (Kritzinger hat mir nachher gesagt, dieses Kind!, er habe mir eine Überraschung nicht verderben wollen.). Auch sagte ich Lammers, daß er in seinen Ferngesprächen einen Ton angeschlagen habe, den ich nicht gewohnt sei. Lammers entschuldigte sich mit Nervosität und schlechter Verbindung. Dann übergab er mir das Abschiedschreiben des Führers mit dem Bemerkten, daß der zweite Teil des Schreibens vom Führer handschriftlich unter Korrektur des Entwurfs verfaßt sei, sowie ein Ehrengeschenk. Endlich die Entlassungsurkunde. Er regte dann an, sich über die Amtsübergabe zu unterhalten. Ich lehnte das ab, da ich nach Aushändigung der Entlassungsurkunde keine amtlichen Funktionen mehr habe, sondern Privatperson sei. Lammers forderte erregt die Urkunde zurück. Ich sagte ihm, die Rückgabe der einmal ausgehändigten Urkunde könne an der Rechtslage nichts ändern. Er sah das ein und bat, keine Schwierigkeiten zu machen, der Führer habe ausdrücklich gewünscht, daß ich und nicht etwa Freisler das Amt übergebe. Freisler solle es unter keinen Umständen tun. Ich erwiderte, der Führer könne natürlich auch jeder Privatperson einen Auftrag erteilen und unter diesen Umständen sei ich zur Amtsübergabe bereit. Lammers sagte noch, Thierack habe mich noch nicht aufgesucht, er habe gesagt, er wisse nicht, ob ich ihn empfangen würde, worauf ich bemerkte, Lammers sollte Thierack sagen: auf *meine* gute Erziehung könne er sich verlassen.

Am Nachmittag flog ich mit dem Fieseler-Storch zum Führer nach Winnitza, wo ich alsbald vom Führer in einem Blockhaus empfangen wurde, nachdem er seinen Adjutanten fortgeschickt hatte. Die Unterredung dauerte etwa eine halbe Stunde. Der Führer dankte mir mit betonter Herzlichkeit für alles, was ich für die Justiz und das Reich geleistet hätte. Dann spann sich ein Gespräch an. Im Laufe dieses Gesprächs führte ich aus, es sei ein schwerer Schaden, wenn der Führer seine Unterrichtung über Justizangelegenheiten aus der Presse erhalte und auf solche oft irreführenden Pressenachrichten seine Entscheidungen gründe. Es sei Aufgabe des Ministers, den Führer verantwortlich zu unterrichten. Der Führer äußerte sich zustimmend. Er sagte dann etwa folgendes: Er wisse ja nicht, ob das, was er geschaffen habe, das allein richtige und endgültige sei, es könne vielleicht noch etwas ganz anderes kommen; solange jedoch der jetzige Zustand bestehe, müsse er

verlangen, daß die Beamten sich unbedingt entsprechend verhalten; er könne es schon verstehen, daß Beamte, die unter anderen Anschauungen aufgewachsen seien, sich schwer umstellen können, diese seien aber für ihn unbrauchbar. Ich erwiderte, die gegebene Konsequenz sei dann aber, daß man diesen Beamten die Gelegenheit gebe, mit Pension auszuscheiden; nicht möglich erscheine es mir, diese Beamten einfach auf die Straße zu setzen, worauf der Führer erwiderte, das sei auch gewiß nicht seine Absicht. Dann gab der Führer dem Gespräch eine andere Wendung. In immer steigender Erregung sagte, vielmehr schrie er, jeder Offizier habe die Pflicht im Krieg, ungehorsame Soldaten auf der Stelle zu erschießen, und ihm, dem Führer, wolle man das Recht absprechen, ungehorsame Generale fortzujagen. Da komme man ihm mit "Ehrenrechten" und "wohlerworbenen Rechten". Ich ließ die Erregung abklingen, worauf das Gespräch wieder einen ruhigen Verlauf nahm und ich mich verabschiedete. Der Führer sprach mir seine besten Wünsche aus und drückte mir die Hand. Ich kehrte nach Schitomir zurück und blieb noch dort zum Abendessen, bei dem mir Lammers allen Ernstes riet, mich in der Ukraine anzukaufen, und fuhr durch mit Maschinengewehren bestückte Militärautos geschützt zum Bahnhof und dann nach Berlin. In den nächsten Tagen erschien Thierack. Seinen Wunsch, die Amtsübergabe vom Balkon meines Zimmers vorzunehmen, lehnte ich ab. Am 25. August veröffentlichte der VB folgende Verlautbarung:

Neubesetzung des Reichsjustizministeriums

Dr. Thierack Reichsminister der Justiz. Dr. Rothenberger Staatssekretär im Reichsjustizministerium. Dr. Freisler Präsident des Volksgerichtshofes.

Berlin, den 24. August.

Amtlich wird mitgeteilt:

Der Führer hat sich in Anbetracht der besonderen Bedeutung, die den Aufgaben der Rechtspflege während des Krieges zukommt, entschlossen, den seit dem Ableben des Reichsministers Dr. Gürtner unbesetzt gebliebenen Posten des Reichsministers der Justiz wieder zu besetzen. Der Führer hat daher den Präsidenten des Volksgerichtshofes Staatsminister a.D. Dr. Thierack, der nach der Machtergreifung bis zur Verreichlichung der Justiz sächsischer Justizminister war, zum Reichsminister der Justiz ernannt.

Gleichzeitig hat der Führer den mit der Führung der Geschäfte des Reichsjustizministers beauftragten Staatssekretär Prof. Dr. Schlegelberger von seinem Auftrag entbunden und ihn auf seinen Antrag in den Ruhestand versetzt. Der Führer hat dem Staatssekretär Dr. Schlegelberger in einem Handschreiben seinen Dank für die dem deutschen Reich in jahrzehntelanger aufopferungsvoller Tätigkeit geleistete hervorragende Arbeit ausgesprochen, ihn hierauf hin zur persönlichen Abmeldung im Führerhauptquartier empfangen.

Zum Staatssekretär im Reichsjustizministerium hat der Führer den Präsidenten des Hanseatischen Oberlandesgerichts Senator Dr. Rothenberger, zum Präsidenten des Volksgerichtshofes den Staatssekretär im Reichsjustizministerium Dr. Freisler ernannt.

Die Reichspressestelle der NSDAP gibt dazu bekannt:

Der bisherige Führer des NS-Rechtswahrerbundes, Präsident der Akademie für deutsches Recht und Leiter des Reichsrechtsamtes der NSDAP Dr. Franck hat den Führer gebeten, ihn von diesem Auftrag zu entbinden, um sich völlig seinen Aufgaben als Generalgouverneur widmen zu können. Der Führer hat dieser Bitte entsprochen und zum Präsidenten der Akademie für deutsches Recht sowie zum Leiter des NS- Rechtswahrerbundes den neu ernannten Reichsminister der Justiz Dr. Thierack berufen. Das Reichsrechtsamt der NSDAP, die Gau- und Kreisrechtsämter hat der Führer aufgelöst und die bisherigen Leiter der Gau- und Kreisrechtsämter den Gau- und Kreisstabsämtern angegliedert. Die NS-Rechtsbetreuungstellen führen im Rahmen dieser Ämter ihre Tätigkeit weiter.

Besondere Vollmachten für den Reichsjustizminister

Berlin, den 24. Aug.

Amtlich wird mitgeteilt: Der Führer hat dem neu ernannten Reichsminister der Justiz Dr. Thierack durch nachstehenden Erlaß besondere Vollmachten erteilt.

Erlaß des Führers über besondere Vollmachten des Reichsministers der Justiz

Zur Erfüllung der Aufgaben des Großdeutschen Reiches ist eine starke Rechtspflege erforderlich. Ich beauftrage und ermächtige daher den Reichsminister der Justiz, nach meinen Richtlinien und Weisungen im Einverständnis mit dem Reichsminister und dem Chef der Reichskanzlei und dem Leiter der Parteikanzlei eine NS-Rechtspflege aufzubauen und die dazu erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Er kann hierbei vom bestehenden Recht abweichen.

Führerhauptquartier, den 20. August 1943

*Der Führer
gez. Adolf Hitler*

*Reichsminister und
Chef der Reichskanzlei
gez. Dr. Lammers*

Am 26. August, Dr. Gürtners Geburtstag, fand dann die Amtsübergabe statt.¹³⁶ Bezeichnender Weise sagte Thierack, daß er und Rothenberger sich "gesucht und gefunden hätten". Meine Ansprache hatte folgenden, von allen Beteiligten gut verstandenen Wortlaut:

Auf Grund besonderen Auftrages des Führers übergebe ich Ihnen, Herr Reichsminister, hiermit die Geschäfte des Reichsjustizministeriums.

Wie schwer die Verantwortung ist, die Sie mit der Übernahme dieses Amtes auf sich nehmen, brauche ich Ihnen nicht zu sagen. Sie wird reichlich aufgewogen durch die Befriedigung, gerade an dieser Stelle dem Recht, dem Führer und dem deutschen Volke zu dienen.

Als kostbarstes Gut übergebe ich Ihnen mit dem Dienstbetriebe eine Gefolgschaft, die zu führen und auf die sich zu stützen ein hohes Glück ist. Hier finden Sie nicht nur die unbedingte Treue zum Führer und zum Ideal des Rechts, nicht nur ausgezeichnetes fachliches Wissen, sondern auch die Vornehmheit der Gesinnung, die unter Verachtung jeder Hinterhältigkeit im Geiste wahrer Kameradschaft das Letzte einsetzen läßt für die Erfüllung der gestellten Aufgaben.

Ich wünsche Ihnen, Herr Reichsminister, daß, wenn Sie einmal aus diesem Amte scheiden, Sie die Gewißheit der Liebe und Verehrung dieser Ihrer Gefolgschaft haben mögen, die der letzte Reichsjustizminister Dr. Gürtner in so hohem Maße genossen hat, und die ich mit Stolz in den Ruhestand herübernehme.

Es bleibt mir nur übrig, über meine Tätigkeit als Staatssekretär und geschäftsführender Minister abschließend folgendes zu sagen: In einer Ansprache in der Gesellschaft der Berliner Freunde der deutschen Akademie vom 9. Dezember 1937 über *Kunstschaffen und Gesetzgebung* habe ich folgendes ausgeführt:

Wer je ein Buch geschrieben hat, weiß, daß der Autor sein fertiges Werk nicht liest. Hat er, und das gleiche gilt für den Künstler, den Stoff bezwungen, so bindet ihn nicht mehr allzu sehr die Liebe des Erzeugers zu seinem Werk, ja, es tritt ein Zustand der Entfremdung ein: Zu neuen Ufern lockt ein neuer Tag. Ganz anders der Gesetzgeber, jedenfalls der Gesetzgeber unserer Zeit.

¹³⁶ v. Hassel, Ulrich *Vom anderen Deutschland (nachgelassene Tagebücher 1938 - 44)*, Atlantisverlag Zürich 1946 notiert am 22.5.41: *Wichtige Ereignisse in letzter Zeit: Neuer Justizminister. Der Erlass, durch den Franck abgesägt wird, stellt alle bisherige proklamierte Gesetz - und Rechtlosigkeit in den Schatten. Der Jurist im Thierack, der sich nicht schämt, die Selbstkastrierung der Justiz zu vollziehen, wird nur als eine Mischung von Dummheit und Hinterhältigkeit bezeichnet.*

Seine Aufgabe ist nicht damit erfüllt, daß das Gesetz im Reichsgesetzblatt steht, nein, seine schwere Aufgabe beginnt dann erst, und diese besteht darin, das Gesetz mit Leben zu erfüllen. Er muß die Gedanken des Gesetzes hinaustragen in die beteiligten Kreise des Volkes, muß werben für das Verständnis, muß acht darauf geben, daß das Leben nicht aus der Bahn weicht, die das Gesetz vorschreibt, muß mahnen, ermuntern und belehren. Er trägt die Verantwortung dafür, daß das Gesetz befolgt wird.

Dieser Aufgabe wird der Gesetzgeber nur dann gerecht werden können, wenn er sich übt in der großen Kunst, die das Geheimnis der Volksführung ist, der Kunst der Menschenbehandlung.....

Auf dieser Erkenntnis beruhen die vielen von mir erwähnten Vorträge, aus dieser Überzeugung bin ich nicht müde geworden, in die Bezirke hinauszufahren und mit meinen Richtern und Staatsanwälten über die dienstlichen Aufgaben und über ihre persönlichen Schicksale zu sprechen. Und wenn meine Tätigkeit für die Justiz segensreich gewesen ist, so weiß ich, daß das Geheimnis des Erfolges nicht in erster Reihe in dem Ersinnen neuer Normen, sondern gerade in dieser Fühlungnahme von Mensch zu Mensch, in der sorgfältigen Auswahl der Persönlichkeiten und dem Vorbild gelegen hat.

3. Nach der Verabschiedung

Anfang 1943 waren auf dem Gebiet der Wohnungswirtschaft zwei besonders wichtige Vorschriften ergangen: die Ankündigung der Teilung der Großwohnungen und das Verbot von Doppelwohnungen. Aus diesem Anlaß regte ich bei dem Finanzamt für Liegenschaften, das das Haus Teutonenstraße 11a betreute, an, die Wohnung zu teilen und eine Hälfte an Hartwig¹³⁷ zu vermieten, wogegen dieser seine Wohnung in der Wartburgstraße zur Verfügung stellen wollte. Der Vorsteher des Finanzamtes erklärte, jede bauliche Maßnahme sei mangels der nötigen Rohstoffe unmöglich, die Teilungsneuordnung stehe auf dem Papier; im übrigen werde er Hartwigs Einzug genehmigen gegen Hergabe der Wohnung in der Wartburgstraße, jedoch werde er unter keinen Umständen Hartwig ein eigenes Wohnrecht einräumen. Auch diese Regelung sei ein weitgehendes Entgegenkommen, denn die Wohnung in der Teutonenstraße sei für kinderreiche bombengeschädigte Beamte bestimmt und erforderlich, auch wisse ich wohl, daß mir ein Mieterschutz nicht zustehe.

Ich suchte deshalb den Reichsfinanzminister von Krosigk auf, stellte ihm vor, daß die Versagung des Mieterschutzes unhaltbar und der Vorschlag des Finanzamtes deshalb unannehmbar sei, weil bei meinem etwaigen Auszug Hartwig nach Verlust seiner Wohnung auf der Straße liege. Der Minister sagte mir, er halte meinen

¹³⁷ Also den Sohn, welcher 1942 Luise v. Rotberg geheiratet hatte.

Vorschlag für allein "fair", er werde sich die Sache noch einmal überlegen und mich anrufen. Der Anruf erfolgte tatsächlich. Von Krosigk sagte mir, wie er persönlich denke, wisse ich ja, er könne aber nicht voraussehen, ob er sich dem Finanzamt gegenüber durchsetzen könne, er rate mir deshalb auszugehen. Nun blieb mir in der Tat keine Wahl. Ohne Mieterschutz konnte ich in der Teutonenstraße nicht wohnen bleiben und Hartwig nicht einziehen lassen. Wir sind im Juli 1943 nach Lehnin gezogen. Daß unser "vorübergehender" Aufenthalt noch heute im Jahre 1945 fort dauern würde, hat damals niemand für möglich gehalten. Hartwig und Luise, deren Wohnung kaum bewohnbar ist, leben seit August 1943 bei uns. Hartwig muß jeden Morgen zur Stadt fahren und kehrt dann abends oft recht spät zurück. Außerdem ist Gertraud Schlegelberger bei uns. Das Haus ist voll besetzt, und ich habe mich an die Enge erst sehr gewöhnen müssen.

Schluss

Die Rede des Anklägers in Nürnberg endete wie folgt:

Schlegelberger schied aus. Die Gräueltaten des Systems, zu dessen Entwicklung er geholfen hatte, wurden zu viel für ihn, aber er schied zu spät aus. Der Schaden war angerichtet. Wenn die Justiz Tausende hinschlachten konnte, warum sollte die Polizei dann nicht Zehntausende hinschlachten? Die Folgen, die Schlegelberger gefürchtet hatte, traten wirklich ein. Die Polizei, von Thierack unterstützt, blieb Sieger, Schlegelberger hatte versagt. Seine zögernden Ungerechtigkeiten befriedigten die dringenden Forderungen der Stunde nicht mehr. Er zog sich unter Feuer zurück. Trotz allem, was er getan hatte, behielt er noch immer den unverdienten Ruf des letzten deutschen Juristen, und so gab Hitler ihm seinen Segen und hunderttausend Mark als Abschiedsgeschenk. Wir geben uns keiner falschen Auffassung hin. Schlegelberger ist eine tragische Gestalt. Er liebte das Geistesleben, die Arbeit des Gelehrten. Er verabscheute das Böse, das er tat, aber er verkaufte diesen Intellekt und dieses Gelehrtentum an Hitler für ein politisches Linsengericht und für die eitle Hoffnung persönlicher Sicherheit. Er ist .. schuldig.

Schlegelberger wurde in Nürnberg zu lebenslänglicher Haft verurteilt. Die Dotation von RM 100.000 hätte FS frei verwenden können. Er und seine Familie hätten das Geld auch gut gebrauchen können, denn FS hatte kein privates Vermögen, und sein Sohn Hartwig Schlegelberger, der Schwiegervater des Verfassers dieser Zeilen, hatte im Februar 1942 geheiratet und richtete sich in einer Mietswohnung ein. Franz Schlegelberger hat das Geld aber nicht angerührt. Es lag am 8. Mai 1945 noch auf dem Konto der Reichsbank und verfiel mit dieser.

Am 2. Januar 1951 wurde er aus der Haft entlassen.

*

Literatur

- Alten van, Hennig Recht oder Unrecht
Verwaltungsrechtsstreit Staatssekretär a.D. F.
Schlegelberger um seine beamtenrechtlichen
Versorgungsbezüge
Norderstedt 2009
- Bertram, Günter Vergangenheitsbewältigung durch NS- Prozesse?
Individualschuld im „Staatsverbrechen“
aus: FS für Werner Jochmann
Büttner, U. (Hrsg) Das Unrechtsregime Hamburg
1986
- Förster, Michael Jurist im Dienst des Unrechts -Leben und Werk
des ehemaligen Staatssekretärs im
Reichsjustizministerium, Franz Schlegelberger
(1876 – 1970)
Nomos –Verlag 1995 (ursprüngl. Berliner
Dissertation 1993)
- Göppinger, Horst Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten
Reich“ – Entrechtung und Verfolgung,
2. Aufl. C.H. Beck,
- Gruchmann, Lothar Justiz im Dritten Reich 1933 – 1940
München, 3. Aufl. 2001
- Huber, Ernst Rudolf Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 2.
Aufl. 1960
- Irons, Peter Supreme Court - A People`s History of
Penguin Books 200. ISBN 0-670-87006--4
- Schlegelberger, Franz Autobiographische Aufzeichnungen (unveröff)