

## „Führerbefehl“ und „suspendiertes Unrechtsbewusstsein“?

*Das zeitgeschichtliche Gutachten Hans Buchheims im Auschwitz-Prozess  
und seine strafrechtswissenschaftliche Rezeption*

Die noch heute in der Geschichtsschreibung zum Holocaust andauernde Debatte um Existenz und Charakter eines etwaigen Befehls Hitlers zur Vernichtung der europäischen Juden war auch in den Gerichtsprozessen um die NS-Verbrechen von hoher Bedeutung. Schon in den „Nürnberger Nachfolgeprozessen“ berief sich der Führer der Einsatzgruppe D, Otto Ohlendorf, vor Gericht auf einen angeblichen Befehl Hitlers, der die Vernichtung der Juden legitimiert habe.<sup>1</sup> Grundlegend hierfür ist die Rechtsauffassung, dass ein Regierungsbefehl die Angeklagten vor Strafverfolgung schützen müsse, da sie im Rahmen des bestehenden Rechts gehandelt hätten.<sup>2</sup> Zwar haben die Alliierten im Kontrollratsgesetz Nr. 10 diesem Argument seine Geltung entzogen, indem sie Tatbestände schufen, die an überpositives Recht geknüpft waren, doch musste in den bundesdeutschen Prozessen auf „Vorstoß der Bundesregierung hin“<sup>3</sup> schnell wieder nach dem Grundsatz „nulla poena sine lege“ geurteilt und daher dann auch entschieden werden, ob Hitler Recht setzen konnte. Diese Frage wurde unter anderem 1952 auch in Bezug auf die Verordnung zur Durchführung des Vierjahresplanes diskutiert.<sup>4</sup>

1 Vgl. Konrad Kwiet, Von Tätern zu Befehlsempfängern. Legendenbildung und Strafverfolgung nach 1945, in: Jürgen Matthäus/Konrad Kwiet/Jürgen Förster/Richard Breitman (Hrsg.), *Ausbildungsziel Judenmord? „Weltanschauliche Erziehung“ von SS, Polizei und Waffen-SS im Rahmen der „Endlösung“*, Frankfurt a. M. 2003, S. 114–138, hier S. 119–124.

2 Vgl. Clea Laage, Die Auseinandersetzung um den Begriff des gesetzlichen Unrechts nach 1945, in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*, Baden-Baden 1998, S. 265–298, hier S. 274.

3 Kerstin Freudiger, *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Tübingen 2002, S. 18.

4 Vgl. zur Bedeutung des Kontrollratsgesetz Nr. 10 in Bezug auf die Diskussion um gesetzliches Unrecht: Laage, *Auseinandersetzung*, S. 272–274, vgl. zur Diskussion um den Vierjahresplan die Besprechung des BGH-Urteils vom 8. Februar 1952, in: *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 5 (1952) 16, S. 622–623.

Vor diesem Hintergrund und bedingt durch das Ansteigen der Verurteilungen von Einsatzgruppentätern im Anschluss an die Gründung der „Zentralen Stelle der Landesjustizverwaltungen zur Aufklärung nationalsozialistischer Verbrechen“ (Zentrale Stelle) entbrannte 1964 in der juristischen Fachzeitschrift *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) eine Debatte, die sich an einem Beitrag des Rechtsanwaltes Anton Roesen entzündete.<sup>5</sup> Roesen stellte die These auf, die Judentötungen der Einsatzgruppen seien rechtmäßig gewesen, da ein etwaiger „Führerbefehl“ Gesetzeskraft besessen habe und insofern die Angeklagten nach deutschem Recht nicht bestraft werden könnten. An dieser Debatte beteiligten sich namhafte Strafrechtswissenschaftler dieser Zeit.<sup>6</sup> Nachdem die Auseinandersetzung eigentlich schon für beendet erklärt worden war, erschien gewissermaßen als Schlussakkord nochmals ein Artikel, der unter Berücksichtigung des zeithistorischen Gutachtens Hans Buchheims im Frankfurter Auschwitz-Prozess die Thesen Roesens verwarf.<sup>7</sup> Das Gutachten Buchheims war vor allem auf Betreiben des hessischen Generalstaatsanwaltes Fritz Bauer entstanden, der den vornehmlich durch die Zufälle einer Anzeige und eines Aktenfundes zustande gekommenen Prozess zu einem großen Prozess um „den Tatkomplex Auschwitz insgesamt“ hatte machen wollen. Dabei sollten möglichst alle Lagerhierarchien einbezogen werden, um die gängige Praxis zu vermeiden, „NS-Verbrechen in Einzelprozesse“ zu zerlegen.<sup>8</sup> Zu diesem Zweck hatte Fritz Bauer angesehene Zeithistoriker des Instituts für Zeitgeschichte mit der Erstellung von Sachverständigen-Gutachten beauftragt, die den „größten, öffentlichkeitswirksamsten und bedeutendsten“ westdeutschen Prozess, der vom 20. Dezember 1963 bis zum 20. August 1965 vor dem Landgericht Frankfurt am Main stattfand, in seine zeithistorische, institutionelle Gesamtsituation einordnen sollten.<sup>10</sup>

- 5 Vgl. zum Zusammenhang von Gründung der Zentralen Stelle und Verurteilungen von Einsatzgruppentätern: Bettina Nehmer, Täter als Gehilfen? Zur Ahndung von Einsatzgruppenverbrechen, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats, Baden-Baden 1998, S. 635–668, vor allem S. 641.
- 6 Vgl. Anton Roesen, Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, in: NJW 17 (1964) 4, S. 133–136. Der einzige Überblick über diese Debatte in der Forschungsliteratur ist enthalten in: Katrin Stoll, Die Herstellung der Wahrheit. Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok, Berlin/Boston 2012, S. 89–101. Stoll fragt jedoch vornehmlich nach dem unterschiedlichen Rechtsverständnis der Beiträge, die sich vor allem mit der Auslegung von rechtswissenschaftlichen Äußerungen der NS-Juristen befassten. Eine eingehendere historische Analyse der Debatte fehlt nach wie vor.
- 7 Walter Lewald, Das Dritte Reich – Rechtsstaat oder Unrechtsstaat?, in: NJW 17 (1964) 36, S. 1658–1661.
- 8 Devin O. Pendas, Der 1. Frankfurter Auschwitz-Prozess 1963–1965. Eine historische Einführung, in: Raphael Gross/Werner Renz (Hrsg.), Der Frankfurter Auschwitz-Prozess (1963–1965). Kommentierte Quellensammlung, Frankfurt a. M./New York 2013, S. 55–83, hier S. 82.
- 9 Devin O. Pendas, Der Auschwitz-Prozess. Völkermord vor Gericht, München 2013, S. 9.
- 10 Vgl. ebenda, S. 153, vgl. auch Pendas, Der 1. Frankfurter Auschwitz-Prozess, S. 55.

Hans Buchheims Gutachten, die er am 8. Februar und am 2. Juli 1964 zu den Themen „Die Organisation von SS und Polizei unter nationalsozialistischer Herrschaft“ und „Das Problem des Befehlsnotstandes bei den von dem nationalsozialistischen Regime befohlenen Verbrechen aus historischer Sicht“ vor Gericht vortrug, blieben auch in der juristischen Fachdiskussion nicht ohne Wirkung.<sup>11</sup> Die Reaktionen auf Buchheims Gutachten wurden jedoch bisher in der historischen Forschung zum juristischen Umgang mit den NS-Verbrechen nicht wahrgenommen.<sup>12</sup> Im vorliegenden Beitrag wird der Frage nachgegangen, inwiefern und in welche Richtungen sich die strafrechtswissenschaftliche Rezeption von Buchheims Ausführungen vollzog.

In einem ersten Schritt wird die Position Roesens wiedergegeben, die in der *Neuen Juristischen Wochenschrift* beinahe parallel zu Buchheims Stellungnahmen im Auschwitz-Prozess diskutiert wurde. Roesens Thesen sind deshalb bedeutsam, weil sie erst unter Rückgriff auf das Gutachten Buchheims nachhaltig verworfen werden konnten und für dessen Einordnung daher relevant sind.<sup>13</sup> Im Anschluss werden die in diesem Zusammenhang interessanten Aspekte des Gutachtens Buchheims dargestellt, wozu auf die Publikation „Die Anatomie des SS-Staates“ zurückgegriffen wird, in der die Gutachten veröffentlicht wurden.<sup>14</sup> In einem weiteren Abschnitt werden dann die rechtswissenschaftlichen Reaktionen untersucht. Nachdem dies zunächst noch anhand von Beiträgen in der *NJW* geschieht, von denen der erste die von Roesen angestoßene Debatte endgültig beendete, werden abschließend Positionen dar-

11 Irmtrud Wojak, Die Verschmelzung von Geschichte und Kriminologie. Historische Gutachten im ersten Frankfurter Auschwitz-Prozeß, in: Norbert Frei/Dirk van Laak/Michael Stolleis (Hrsg.), *Geschichte vor Gericht. Historiker, Richter und die Suche nach Gerechtigkeit*, München 2000, S. 29–45, hier S. 29.

12 So insbesondere in den großen, um die Jahrtausendwende entstandenen Forschungen von Michael Greve, *Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren*, Berlin 2001; Freudiger, *Juristische Aufarbeitung; Marc von Miquel, Ahnden oder amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren*, Göttingen 2004; Annette Weinke, *Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland. Vergangenheitsbewältigungen 1949–1969 oder: Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im Kalten Krieg*, Paderborn 2002. Auch die historischen Arbeiten zum Gutachten Buchheims enthalten keine Hinweise auf seine rechtswissenschaftliche Rezeption, vgl. Wojak, *Die Verschmelzung von Geschichte und Kriminologie*; Pendas, *Auschwitz-Prozeß*, Norbert Frei, *Der Frankfurter Auschwitz-Prozeß und die deutsche Zeitgeschichtsforschung*, in: Fritz-Bauer-Institut (Hrsg.), *Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust* 1996, S. 123–136.

13 Da in diesem Aufsatz die Reaktionen auf Buchheims Gutachten im Vordergrund stehen, findet die Debatte um Roesens Thesen nur dann Erwähnung, wenn sie relevant für eine Einordnung der Gutachten ist.

14 Hans Buchheim, *Die SS – das Herrschaftsinstrument*, in: Hans Buchheim/Martin Broszat/Hans-Adolf Jacobsen/Helmut Krausnick (Hrsg.), *Anatomie des SS-Staates*, Bd. 1, Olten/Freiburg i. B. 1965, S. 13–256, und: Hans Buchheim, *Befehl und Gehorsam*, in: dies. (Hrsg.), *Anatomie des SS-Staates*, Bd. 1, S. 257–382.

gestellt, die auf der „Königsteiner Klausurtagung“ und dem Essener Juristentag 1966 diskutiert wurden und die sich nicht mehr auf die Frage der Gesetzmäßigkeit der Befehle Hitlers bezogen. Auf dieser speziell für eine juristische Diskussion einberufenen Klausurtagung, die auf dem Juristentag gewissermaßen fortgeführt wurde, trafen einerseits Beteiligte an der Debatte um Roesen aufeinander; andererseits wurde auch auf das Gutachten des persönlich anwesenden Buchheim verwiesen.<sup>15</sup> Im Fokus des vorliegenden Beitrags stehen dabei nicht die rechtswissenschaftlichen Argumente. Vielmehr werden deren Perspektiven eingefangen und historisch unter Berücksichtigung ihres Bildes von der NS-Zeit diskutiert.

### Die Debatte um den Gesetzescharakter von „Führerbefehlen“

Die Debatte um eine Gesetzmäßigkeit von „Führerbefehlen“ entzündete sich an einem Beitrag von Anton Roesen in der *NJW* im Januar 1964. Der Düsseldorfer Anwalt Roesen, damaliger Vorsitzender der nordrhein-westfälischen Sektion des Deutschen Anwaltsvereins und selbst Verteidiger in NS-Prozessen, vertrat unter der Überschrift „Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse“<sup>16</sup> eine kritische Position gegenüber der strafrechtlichen Verfolgung von Einsatzgruppen-Tätern und redete insgesamt „einem Ende der NS-Prozesse das Wort“.<sup>17</sup> Die Brisanz des Beitrages wird indessen

15 Nur in einem Fall wird ein weiterführender Aufsatz eines der Teilnehmer des Juristentages herangezogen, um die Bezüge zu Buchheims Gutachten eindeutig herauszustellen. Darüber hinausgehende, spätere Reaktionen auf Buchheims Gutachten werden hier nicht mehr behandelt.

16 Roesen, Rechtsfragen, S. 133–136.

17 Freudiger, Juristische Aufarbeitung, S. 150. Vgl. zu Roesen: Annette Weinke, Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst. Die Geschichte der Zentralen Stelle Ludwigsburg 1958–2008, Darmstadt 2008, S. 190. Insgesamt finden sich in der Literatur nicht viele Informationen zu Roesens Tätigkeit in NS-Prozessen. Roesen diente später dem „ehemaligen Inspekteur der Sicherheitspolizei in Königsberg“, Constantin Canaris, als Verteidiger, vgl. Stoll, Wahrheit, S. 89. Da die Schriftleitung der *NJW* vermerkt, dass es sich bei Roesens Position um die Sicht der Verteidigung handelt, liegt die Vermutung nahe, dass er schon 1964 als Verteidiger in NS-Prozessen aktiv war. Zudem war Roesen auch in der katholischen Kirche engagiert und unter anderem 1958 Präsident des Deutschen Katholikentages, wie er in seiner Autobiografie erwähnt, vgl. Anton Roesen, Aus dem Leben eines Juristen. Erinnerungen und Erfahrungen, Düsseldorf 1979, S. 183. Besonders zu vermerken ist vor dem Hintergrund seiner Tätigkeit im Kontext der NS-Prozesse, dass ein nach ihm benannter „Anton-Roesen-Preis“ vom Kölner Erzbischof bis heute für „gesellschaftspolitisches Engagement von Pfarrgemeinderäten, Institutionen, Gruppierungen und Initiativen“ vergeben wird, vgl. Diözesanrat der Katholiken im Erzbistum Köln, Der Anton-Roesen-Preis, <http://www.dioezesanrat.de/wir-ueber-uns/anton-roesen-preis.html> (30. 11. 2015). Es mutet angesichts von Roesens Tätigkeit im Zusammenhang mit NS-Prozessen merkwürdig an, dass dieser Preis im Jahr 2009 an die Wuppertaler Sankt-Anna-Schule für ein Projekt „Gedenktag für die Opfer des Nationalsozialismus“ vergeben wurde, während 2010 die Mitarbeiter/innen des Kölner Maximilian-Kolbe-

schon vor seiner ersten Zeile offensichtlich. In einem kurzen Vermerk vor Beginn des Aufsatzes erwähnte die Schriftleitung der *NJW*, dass Roesen „aus der Sicht des Verteidigers“ versuche, „die eigentliche Rechtsproblematik“ der „SS-Prozesse dazulegen“; damit werde „lediglich die persönliche Meinung des Verfassers“ wiedergegeben, um eine „fachwissenschaftliche Diskussion“ zu ermöglichen.<sup>18</sup>

Roesen richtete seine Kritik zunächst auf den „Ausgangspunkt“ der Prozesse, die „*Eigenschaft des grundlegenden Tötungsbefehls Hitlers*“.<sup>19</sup> Als „Befehl, ein Akt der Exekutive“, wäre dieser zwar nichtig gewesen, da er strafrechtlich gegen das Verbot der Tötung von Menschen verstoßen hätte. Falls in diesem Befehl jedoch auch „Recht gesetzt“ worden sei „in einem Akt zugleich der Legislative“, müsse man fragen, inwiefern „auch ein Gesetz nichtig sein kann“.<sup>20</sup> Roesen bezog sich nun auf zwei Gesetze der NS-Zeit. Einerseits habe das Gesetz vom 3. Juli 1934 festgelegt, dass die Maßnahmen der Regierung vom 30. Juni bis zum 2. Juli 1934 als „Staatsnotwehr“ rechtens gewesen seien, andererseits sei Hitler nach einem Gesetz vom 26. April 1942 als „Oberster Befehlshaber der Wehrmacht, als Regierungschef und oberster Inhaber der vollziehenden Gewalt, als Oberster Gerichtsherr nicht an bestehende Rechtsvorschriften gebunden“ gewesen.<sup>21</sup> Zur Untermauerung der Gültigkeit dieser Gesetze

Werkes für ihr Engagement für Überlebende von Konzentrationslagern und Ghettos den Preis erhielten, vgl. Kölner Kardinal zeichnet zwei Schulen für besonderes kirchlich-soziales Engagement aus, in: Ruhr Nachrichten, 16. 5. 2009, [http://www.ruhrnachrichten.de/nachrichten/vermishtes/aktuelles\\_berichte/Koelner-Kardinal-zeichnet-zwei-Schulen-fuer-besonderes-kirchlich-soziales-Engagement-aus;art29854,563822](http://www.ruhrnachrichten.de/nachrichten/vermishtes/aktuelles_berichte/Koelner-Kardinal-zeichnet-zwei-Schulen-fuer-besonderes-kirchlich-soziales-Engagement-aus;art29854,563822) (30. 11. 2015); Diözesanrat der Katholiken im Erzbistum Köln: Der Anton-Roesen-Preis. Die Anton-Roesen-Preisträger 2009/2010, <http://www.dioezesanrat.de/wir-ueber-uns/anton-roesen-preis/preistraeger-200910.html>, (30. 11. 2015).

18 Roesen, Rechtsfragen, S. 133.

19 Bei kursiv gesetzten Sätzen und Wörtern handelt es sich hier wie im Folgenden um Hervorhebungen im Original.

20 Roesen, Rechtsfragen, S. 133. In der Tat wurde in den NS-Prozessen lange Zeit ein Tötungsbefehl Hitlers angenommen. Die Mordaktionen wurden mit den Befehlen der Initiatoren Hitler, Himmler und Heydrich erklärt, was maßgeblich zur „Gehilfenrechtsprechung“ beigetragen hat, vgl. Michael Greve, Täter oder Gehilfen? Zum strafrechtlichen Umgang mit NS-Gewaltverbrechern in der Bundesrepublik Deutschland, in: Ulrike Weckel/Edgar Wolfrum (Hrsg.), „Bestien“ und „Befehlsempfänger“. Frauen und Männer in NS-Prozessen nach 1945, Göttingen 2003, S. 194–221, hier S. 206. Diese Vorstellung korreliert mit der damals vorherrschenden Auffassung von einer zentral und intentional gesteuerten NS-Gesellschaft.

21 Roesen, Rechtsfragen, S. 133. In dem von Roesen angeführten „Beschluss des Großdeutschen Reichstags vom 26. April 1942“ aus der letzten Sitzung des Reichstags heißt es: „Der Führer muß daher – ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein – in seiner Eigenschaft als Führer der Nation, als Oberster Befehlshaber der Wehrmacht, als Regierungschef, als oberster Inhaber der vollziehenden Gewalt, als oberster Gerichtsherr und als Führer der Partei jederzeit in der Lage sein, jeden Deutschen [...] mit allen ihm geeignet erscheinenden Mitteln zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten und bei Verletzung dieser Pflichten nach gewissenhafter Prüfung ohne Rück-

zog Roesen unter anderem den „hervorragendsten Staatsrechtslehrer der Weimarer und der Hitlerzeit, Carl SCHMITT“ (Hervorh. i. Orig.) heran, der „freilich schon vor der Machtergreifung einer der juristischen Totengräber der Verfassung“ gewesen sei und zum 30. Juni 1934 geschrieben habe, dass „im Augenblick der Gefahr [...] der Führer unmittelbar Recht“ schaffe.<sup>22</sup> Roesen griff hier also auf Carl Schmitts nachträglich legalisierende „Rechtfertigung der Morde des 30. Juni“ zurück, die sich als eine „von Hitler befohlene Tötungsaktion gegen die SA-Führung und verschiedene innenpolitische Gegnergruppen“ bezeichnen lassen, die in der NS-Propaganda in der Parole vom „Röhm-Putsch“ als Niederschlagung eines geplanten Aufstandes der SA dargestellt wurde.<sup>23</sup>

Da Roesen zufolge „füglich nicht geleugnet werden“ könne, „daß der Gesetzgeber selbst bestimmen kann, in welche Form er ein Gesetz kleidet“, sei es auch nicht erheblich, dass der „Grundsatzbefehl“ zur Ermordung der Juden nicht schriftlich vorgelegen habe oder veröffentlicht worden sei.<sup>24</sup> Die Gründe hierfür seien nicht bedeutend.<sup>25</sup> Roesen folgerte daraus, dass der „Grundsatzbefehl Hitlers, der an die Einsatzkommandos erging, auch als Gesetz angesehen werden“ könne und sich letztlich die Frage stelle, welcher Unterschied zwischen Gesetz und Befehl dann bestünde.<sup>26</sup> Da bei Hitler die „höchste Legislative, die höchste Exekutive und das höchste Richteramt ineinergeflossen“ seien, biete sich eine Deutung an: „Ein bloßer Befehl war anzunehmen, wenn sich der ‚Führerwille‘ im Rahmen des bis dahin geltenden Rechts verwirklichen ließ. Konnte er nur durch Ausfüllung einer Lücke in der Gesetzgebung oder durch Änderung oder Beseitigung gesetzlicher Bestimmungen verwirklicht werden, dann setzte der ‚Führerbefehl‘ zwangsläufig zugleich Recht.“<sup>27</sup>

Mit seiner Interpretation der NS-Gesetzgebung schrieb Roesen damit Hitler nachträglich die Möglichkeit zu, Gesetze durch Befehle zu brechen und das geltende Recht durch Befehle automatisch seinen Intentionen anzupassen. Roesen berief sich dabei nicht auf Staatsrechtler der NS-Zeit, sondern gelangte eigenständig zu dieser Legalisierung der Willkürherrschaft und der Ausweitung von Hitlers Befehlsgewalt.

sicht auf sogenannte wohlervorbene Rechte mit der ihm gebührenden Sühne zu belegen, ihn im besonderen ohne Einleitung vorgeschriebener Verfahren aus seinem Amte, aus seinem Rang und seiner Stellung zu entfernen“, RGBl I, 1942, S. 247.

22 Ebenda.

23 Bernd Rüthers, *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, München 1988, S. 120–121.

24 Vgl. Roesen, *Rechtsfragen*, S. 134.

25 Ebenda.

26 Ebenda.

27 Ebenda.

Da „Führerbefehle“ somit als Gesetze gegolten hätten und sich auch nicht wegen ihrer Naturrechtswidrigkeit eine Strafbarkeit der NS-Täter ergebe, stehe man „auf schwankendem Boden“, wenn man NS-Verbrechen „nach §§ 211, 212 StBG bestraft, so als wäre in der Hitlerherrschaft rechtlich nichts geschehen“.<sup>28</sup> Hinzu komme, dass man nicht „rechtsstaatliche Verhältnisse, Erziehung und Gewöhnung mit den Umständen der Hitlerherrschaft“ gleichsetzen dürfe. Für viele der Tatausführenden sei es „undenkbar gewesen“, dass „ein wie auch immer gearteter Befehl Hitlers auf ein strafbares Verbrechen gerichtet gewesen sein könnte“, da er für sie „der unanfechtbare Herr der Rechtsordnung“ gewesen sei.<sup>29</sup>

Zudem nahm Roesen einen „allgemeinen Befehlsnotstand“ an, wobei er sich allerdings auf widersprüchliche Quellen stützte.<sup>30</sup> Einerseits verwies er auf Erwin Schüle, den Leiter der Zentralen Stelle, der zwar die Wichtigkeit einer individuellen Prüfung der Fälle betont, doch einen allgemeinen Befehlsnotstand verneint habe.<sup>31</sup> Andererseits führte er den Gutachter Hans-Günther Seraphim an, der kurz zuvor in einem Verfahren in Wuppertal von Fällen berichtet habe, bei denen ein Widersetzen „mit dem Tod oder Konzentrationslager oder Bewährungseinheit geahndet worden ist, während nicht einer feststeht, in dem eine Befehlsverweigerung hingenommen wurde“.<sup>32</sup> Seraphim hatte jedoch schon 1958 im Ulmer Einsatzgruppenprozess als Gutachter festgestellt, dass „no SS officer was ever punished for disobeying orders“.<sup>33</sup> Auch die gerichtliche Praxis ließ aus zeitgenössischer Perspektive ebenso wenig auf einen Befehlsnotstand schließen, wie das – freilich erst nach dem Erscheinen von

28 Ebenda, S. 134 f. Roesen kritisierte deswegen die Bundesregierung, die im Unterschied zu den Alliierten im Londoner Statut und im Kontrollratsgesetz Nr. 10 nichts unternommen habe, die NS-Verbrechen auf einer Grundlage zu verurteilen, die „rechtswissenschaftlich und judiziell [...] befriedigend“ sei, ebenda, S. 135.

29 Ebenda, S. 135.

30 Ebenda.

31 Vgl. ebenda.

32 Ebenda. Während Helge Grabitz von der „in den sechziger Jahren [...] vom Göttinger Archivar H.-G. Seraphim erfundene[n] und epidemisch verbreitete[n] Legende vom objektiven Befehlsnotstand“ ausgeht (vgl. Helge Grabitz/Klaus Bästelin/Johannes Tuchel, Vorwort, in: dies. [Hrsg.], *Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschung zu den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen*. Festschrift für Wolfgang Scheffler zum 65. Geburtstag, Berlin 1994, S. 13–17, hier S. 17), schildert Hermann Langbein das Gutachten Seraphims im Einsatzgruppenprozess als gegenteilig und erwähnt allenfalls, dass Seraphim in manchen Verfahren „zu dem Schluß“ gelangt sei, „daß ein subjektiver Befehlsnotstand nicht ausgeschlossen werden könne“ (vgl. Hermann Langbein, *Im Namen des deutschen Volkes: Zwischenbilanz der Prozesse wegen nationalsozialistischer Verbrechen*, Wien 1963, S. 60 f.). Ähnlich beschreibt Wittmann in ihrer Darstellung des Auschwitz-Prozesses die Tätigkeit Seraphims im Ulmer Einsatzgruppenprozess, vgl. Rebecca Wittmann, *Beyond Justice. The Auschwitz Trial*, Cambridge 2005, S. 78–81.

33 Ebenda, S. 80.

Roesens Aufsatz gefällte – Urteil im angeführten Wuppertaler Prozess belegt, das einen Befehlsnotstand nicht anerkannte.<sup>34</sup>

### Das zeitgeschichtliche Gutachten von Hans Buchheim

Buchstäblich im Verlauf der Auseinandersetzung um die Thesen Roesens trug Hans Buchheim seine Gutachten im Frankfurter Auschwitz-Prozess vor.<sup>35</sup> Sein erstes Gutachten über „Die SS – Das Herrschaftsinstrument“, das er am 7. Februar 1964 im Prozess mündlich referierte, leitete er mit einer grundsätzlichen Analyse der „Struktur der nationalsozialistischen Herrschaft“ ein.<sup>36</sup> Das entscheidende Strukturelement dieser Herrschaft offenbarte sich für ihn in der Abschaffung des Titels „Reichspräsident“ nach dem Tode Hindenburgs am 2. August 1934. Von nun an habe Hitler sich nur noch „Führer und Reichskanzler“ nennen lassen, was oberflächlich betrachtet nicht außergewöhnlich, doch „in Wahrheit [...] eine revolutionäre Neuerung“ gewesen sei.<sup>37</sup> Hitler habe so den Anspruch erhoben, „im deutschen Staatsleben“ neben seiner „staatliche[n] Amtsgewalt“ auch eine „vor- und *außerstaatliche* Legitimation“ zu besitzen, die sich in der Bezeichnung „Führer“ niedergeschlagen habe. Dies sei verbunden gewesen mit einer „geschichtliche[n] Sendung“ und der „Manifestation des Lebensgesetzes des deutschen Volkes im Führerwillen“.<sup>38</sup> Da die „Führergewalt [...] dem Staat gegenüber als völlig eigenständiges Prinzip“ gegolten habe, habe sie die „normative staatliche Ordnung“ relativieren oder gar „suspendieren“ können und sei somit eine „neuartige Quelle öffentlichen Handelns gewesen“, die vor allem der „geschichtlichen Notwendigkeit“ entsprungen sei und somit ideologische Wurzeln besessen habe.<sup>39</sup> Die „Führergewalt“ sei insofern „ideologisch verbindlich“, aber nur dann auch „*rechts*verbindlich“ gewesen, wenn Hitler Normen gesetzt habe oder seine „Anordnungen [...] mit der bestehenden Ordnung abstimme“.<sup>40</sup> Insofern sei

34 Aus dem Urteil vom 30. 12. 1965 zu dem Prozess geht hervor, dass vier Angeklagte als Mitglieder und Kommandeure des Einsatzkommandos 6 der Einsatzgruppe C vor Gericht standen, von denen drei wegen Beihilfe zu Mord verurteilt wurden, während einer freigesprochen wurde. In diesem Prozess war Seraphim als Sachverständiger tätig. Vgl. Christian Frederic Rüter/Dick De Mildt (Hrsg.), Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945–1966, Bd. 22, Amsterdam 1981, S. 502–540. Ein etwaiger Befehlsnotstand spielte bei der Urteilsbegründung aber keine Rolle.

35 Zur Vorgeschichte des Gutachtens vgl. u. a. Frei, Auschwitz-Prozess, Wojak, Verschmelzung, oder Pendas, Auschwitz-Prozess.

36 Buchheim, Die SS – das Herrschaftsinstrument, S. 12 f.

37 Ebenda, S. 13.

38 Ebenda, S. 13 f.

39 Ebenda, S. 16.

40 Ebenda, S. 17.



sie vor allem „außernormativ“ und „normenauflösend“ gewesen.<sup>41</sup> Daher müsse die NS-Herrschaft nicht als „äußerste Steigerung und Konzentration *staatlicher* Macht“ verstanden werden, sondern als ein „völlig andersartiges Prinzip [...], das im eigentlichen Sinne des Wortes totalitär ist“, da sie sich selbst nicht als an „Normen positiven Rechts“ oder an das „Sittengesetz“ gebunden betrachtet habe und „den Menschen im Prinzip keine normativen Garantien zugestand“.<sup>42</sup>

Etwa mit Beginn des Zweiten Weltkrieges sei es den Nationalsozialisten möglich gewesen, die „Führergewalt“ offen einzusetzen, wobei sie aufgrund ihrer Andersartigkeit nicht in die staatliche Ordnung integriert habe werden können und daher „Formeln geschaffen“ worden seien, „die Befehle der Führergewalt so erscheinen zu lassen, als seien sie aus den bestehenden Normen abgeleitet, um so ihre Handhabung im Rahmen staatlicher Verwaltungspraxis zu ermöglichen“.<sup>43</sup> Dies stelle nun dahingehend ein Problem für die NS-Prozesse dar, als diese „Scheinlegalität“ den Anschein erwecke, die „Willkürmaßnahmen“ stünden „in der Kontinuität normativer Staatlichkeit“.<sup>44</sup> Vor allem die SS als „Werkzeug der Führergewalt“ sei jedoch nur auf den „Wille[n] des Führers“ ausgerichtet gewesen und für die Erfüllung der „politischen Aufgaben“ eingesetzt worden.<sup>45</sup> Die „historische Bedeutung der SS“ bestehe somit vornehmlich in ihrer Eigenschaft als „von der staatlichen Verwaltung völlig unabhängige, von der Bindung an die staatlichen Normen [...] befreite Exekutive“ des „Führerwillens“.<sup>46</sup>

In seinem zweiten Gutachten „Befehl und Gehorsam“, das Buchheim am 2. Juli 1964 teilweise vor Gericht vortrug, ging er auf „Befehle in Weltanschauungssachen“ und auf die Frage ein, inwiefern man sich solchen Befehlen entziehen konnte. Zunächst stellte er fest, dass es aus Mangel an Quellen nicht möglich sei, generalisierbare Aussagen über die Konsequenzen für SS- und Polizeiangehörige wegen etwaiger Befehlsverweigerung zu machen. Zielführender sei es aus Sicht des Historikers vielmehr darzustellen, „wo sich der Gehorsamsanspruch für solche Befehle herleitete, inwieweit die Befehlsempfänger disponiert waren, die Befehle zu befolgen, und welche Möglichkeiten sie hatten, sich der Ausführung zu entziehen“.<sup>47</sup>

41 Ebenda, S. 18.

42 Ebenda, S. 20 f.

43 Ebenda, S. 23.

44 Ebenda, S. 24.

45 Ebenda, S. 29 f.

46 Ebenda. Buchheim wies darauf hin, dass diese „Dualität“ von „fortgeltende[r] Staatlichkeit und [...] außernormative[r] Führergewalt“ schon vor ihm von Ernst Fraenkel beschrieben wurde (Ernst Fraenkel, *The Dual State. A Contribution to the Theory of Dictatorship*, New York u. a. 1941). Allerdings betonte Buchheim, dass in Fraenkels Interpretation vom „Dual State“ sowohl „Normenstaat“ als auch „Maßnahmenstaat“ in der staatlichen Gewalt verankert gewesen seien, während Buchheim die Frage aufwarf, ob „das Prinzip der außernormativen Führergewalt nicht dem Prinzip staatlichen Lebens derart entgegengesetzt ist, daß es nicht mehr unter dem Begriff ‚Staat‘ gefaßt werden kann“; ebenda, S. 21.

47 Buchheim, *Befehl und Gehorsam*, S. 257.

Eine wichtige Unterscheidung war für Buchheim zunächst die Differenz zwischen den „Befehle[n] in Dienstsachen“, die in der Reichswehr im öffentlichen Bereich erteilt worden seien und sich auf die staatsdienende Funktion der Soldaten gestützt hätten, und den „Befehlen in Weltanschauungssachen“, die durch das im „Führerbefehl“ zum Ausdruck kommende „Gesetz der Geschichte“ legitimiert worden seien.<sup>48</sup> Die SS habe sich als „eigentlicher Ort des Befehls in Weltanschauungssachen“ erwiesen und, damit verbunden, vor allem aus Mitgliedern bestanden, die bereit waren, „mehr zu tun, als staatsbürgerliche Loyalität und allgemeine Nötigung ihnen abforderten“.<sup>49</sup> Kennzeichen eines „Befehls in Weltanschauungssachen“ sei entsprechend die „Negierung und Ignoranz aller bestehenden gesetzlichen Bestimmungen“ gewesen.<sup>50</sup> Da es zudem innerhalb der SS keine einheitliche „Lerndisziplin“ gegeben habe, habe sich das „Tragende und Verbindende“ vor allem in „eine[r] bestimmte[n] *Mentalität*“ erwiesen.<sup>51</sup> Insofern sei vor allem der „freiwillige ideologische Konsens“ als die Basis des Gehorsams der SS-Mitglieder zu bezeichnen.<sup>52</sup>

Innerhalb der SS, die als „Prototyp nicht-normativer Exekutive“ für die Ausführung von Führerbefehlen zuständig gewesen sei, hätten daher auch „Kommandos und Aufgaben“ existiert, die lediglich dem Weltanschauungsbereich zuzurechnen seien. Hierzu gehörten die Gestapo, die Einsatzkommandos des SD, die KZ-Bewachung und die Kommandos der Vernichtungslager.<sup>53</sup> Bedeutend sei nun, dass innerhalb dieser Aufgaben die „gesetzlichen Bestimmungen und sittlichen Normen ignoriert oder ausdrücklich suspendiert“ worden seien.<sup>54</sup> Dadurch werde deutlich, dass „Führerbefehle“ in diesem Bereich nicht „rechtsverbindlich“ hätten sein können, sondern vielmehr aus der etwaigen historischen Legitimität Hitlers eine „Treuepflicht“ entstanden sei, „die der Befehlsempfänger durch seinen freiwilligen Konsens mitbegründet“ habe, weshalb „jeder der Täter eine genau definierbare Mitschuld trägt, die – und das ist das mindeste – in seinem ideologischen Konsens begründet“ liege.<sup>55</sup> Da „positive und moralische Normen“ nicht generell verneint oder im „normalen Leben“ außer Kraft gesetzt worden waren, seien sie „für den Ausnahmefall im Namen einer geschichtlichen [...] Notwendigkeit suspendiert“ worden und hätten die Täter ein „partiell *suspendiertes Unrechtsbewusstsein*“ besessen.<sup>56</sup> Die Behauptung, das „Verbrecherische gewisser Maßnahmen“ sei nicht identifizierbar gewesen, treffe

48 Ebenda, S. 258–266.

49 Ebenda, S. 267.

50 Ebenda, S. 270 f.

51 Ebenda, S. 276 f.

52 Ebenda, S. 269.

53 Ebenda, S. 316, 325.

54 Ebenda, S. 326.

55 Ebenda, S. 328–330.

56 Ebenda, S. 334.

daher nicht zu, und viele Menschen seien „sehr wohl in der Lage“ gewesen, „das Abgleiten ins Verbrecherische zu bemerken“.<sup>57</sup>

Ob eine Verweigerung dieser verbrecherischen Befehle möglich war, könne jedoch nicht allgemeingültig geklärt werden, da dies „nicht zuletzt von den Umständen des Einzelfalles“ abhängig gewesen sei, wobei es jedoch spezifische Handlungsmöglichkeiten gegeben habe, den Befehlen nicht gehorchen zu müssen.<sup>58</sup> Entscheidend sei jedoch vielmehr die Frage, warum sich so viele Menschen der SS freiwillig angeschlossen und die Befehle befolgt hätten, wobei sie sich dabei bewusst hätten sein können, „bei gegebener Gelegenheit schuldhaftes Verhalten“ abverlangt zu bekommen, und sich dennoch bereit erklärt hätten, aufgrund des „ideologischen Konsens[es]“ „mehr zu tun als ihre Pflicht“.<sup>59</sup>

Wenngleich Buchheim mit seinen Ausführungen die SS gewiss als „ein reines Ausführungsorgan des Führerwillens“ beschrieb und dadurch „der deutsche Staat in gewissem Maß frei von Schuld“ wurde, so ist David Pendas dennoch nicht darin zuzustimmen, dass die SS „losgelöst sowohl von der deutschen Gesellschaft als auch von der deutschen Geschichte“ erscheine. Denn Buchheim wies sehr wohl auf die ideologisch bedingte Freiwilligkeit der Partizipation der SS-Mitglieder hin, was die deutsche Gesellschaft keineswegs in Gänze entlastet.<sup>60</sup> Vielmehr können Buchheims Feststellungen, NS-Täter hätten auf freiwilliger Basis im Rahmen eines politischen Konsenses gehandelt, als Vorbedingung dafür gelten, dass nach den Hintergründen der Partizipation gefragt und nicht lediglich auf einen etwaigen Zwangscharakter der Beteiligung verwiesen wird. Zwar erscheint Irmtrud Wojaks Kritik angebracht, dass Buchheim lediglich durch „ideologische Motivationen und niedere Beweggründe kriminelle Handlungen“ erklärt, doch ist ihm deshalb nicht vorzuwerfen, dass er zu einem Zusammenwirken von Justiz und Geschichte beigetragen hat. Denn er machte explizit auf die Schuld der SS-Mitglieder aufmerksam, die gerade durch den ideologischen Konsens entstanden ist, weshalb er nicht für die entlastende Perspektive vieler Gerichte verantwortlich gemacht werden kann.<sup>61</sup>

### Reaktionen der Strafrechtswissenschaft

Nur kurze Zeit nach Buchheims Stellungnahme vor Gericht erschien in der *NJW* eine erste Reaktion. Nachdem die Schriftleitung zuvor mit einem resümierenden Aufsatz von Jürgen Baumann die Debatte um Roesens Thesen eigentlich schon für beendet

57 Ebenda, S. 341.

58 Ebenda, S. 346–348.

59 Ebenda, S. 373.

60 Pendas, *Auschwitz-Prozess*, S. 154 f.

61 *Wojak, Verschmelzung*, S. 40.

erklärt hatte, weil sie ursprünglich intendierte, „in fachwissenschaftlicher Weise die Probleme zu erörtern, [...] nicht aber etwa einzelne Verfasser von Schriften aus der damaligen Zeit öffentlicher Kritik auszusetzen“, wurde nun doch noch einmal darauf Bezug genommen.<sup>62</sup> Der Anlass war eine „Anregung“ Buchheims, der nachträglich der Schriftleitung Auszüge aus seinem schriftlichen Gutachten zur etwaigen Verwertung übersandt hat“, wie die Schriftleitung der *NJW* in einer dem Artikel voranstehenden Notiz bemerkte.<sup>63</sup> Der unter der Überschrift „Das Dritte Reich – Rechtsstaat oder Unrechtsstaat?“ veröffentlichte Aufsatz beschäftigte sich daher mit der „Frage der Legitimation von Führerbefehlen im Lichte der BUCHHEIMschen (Hervorh. i. Original) Ausführungen“.<sup>64</sup>

Der Autor des Aufsatzes, Dr. Walter Lewald, ein Frankfurter Rechtsanwalt und Notar, begann seine Ausführungen damit, dass das langjährige „Rätselraten über die Rechtsnatur des Dritten Reiches [...] eher eine Verwirrung als eine Klärung“ bewirkt habe.<sup>65</sup> Weder „Rechtsstaat“ noch „Unrechtsstaat“ sei eine treffende Benennung, vielmehr müsse man „wohl oder übel immer“ auf den Begriff „NS-Staat“ zurückgreifen, um „zur richtigen Kennzeichnung“ zu gelangen.<sup>66</sup> Dies sei damit zu begründen, dass noch immer kein „sicheres Urteil über die Taten und Untaten der damaligen Machthaber“ gewonnen worden sei und gerade die Debatte um eine Rechtmäßigkeit von „Führerbefehlen“ belege, dass man nach wie vor weit entfernt von einer klaren Beurteilung sei.<sup>67</sup> Vor diesem Hintergrund verwies Lewald, der den nationalsozialistischen Staat damit gewissermaßen als Staat *sui generis* begriff, nun auf die „höchst beachtliche[n] Erklärungen Buchheims“, welche „die verwickelten soziologischen, psychologischen und rechtlichen Zusammenhänge weit besser zu erhellen vermögen als die in letzter Zeit angestellten juristischen Untersuchungen über die rechtliche Qualifikation“ der Befehle der Machthaber des nationalsozialistischen Staates.<sup>68</sup> So betone auch Buchheim, dass die „Führerbefehle“ nicht rechtsverbindlich gewesen seien, begründe dies aber nicht mit juristischen Argumenten wie dem Naturrecht, sondern mit der „geistigen Situation“ der Zeit.<sup>69</sup> Zur Verdeutlichung verwies Lewald auf Buchheims Äußerung, dass „gesetzliche und sittliche Bindung[en] [...] suspendiert“ worden seien, „wo sie dem ‚geschichtlichen Auftrag‘ im Wege standen“, sodass

62 Jürgen Baumann, Rechtmäßigkeit von Mordgeboten?, in: *NJW* 17 (1964) 31, S. 1398–1405, hier S. 1398.

63 Walter Lewald, Das Dritte Reich – Rechtsstaat oder Unrechtsstaat?, in: *NJW* 17 (1964) 36, S. 1658–1661, hier S. 1658.

64 Ebenda.

65 Ebenda.

66 Ebenda, S. 1659.

67 Ebenda.

68 Ebenda.

69 Ebenda.

die Befehle Hitlers „aus jeder normativen Bindung herausgelöst“ gewesen seien, was auch für die Einsatzgruppen gelte.<sup>70</sup> Als Beleg griff Lewald auf den von Buchheim zitierten Einsatzbefehl Nr. 8 Reinhard Heydrichs vom 17. Juli 1941 zurück, in dessen beigelegten *„Richtlinien für die Aussonderung von Zivilpersonen und verdächtigen Kriegsgefangenen des Ostfeldzuges in den Kriegsgefangenenlagern“* dieser anwies, dass die zu treffenden „besondere[n] Maßnahmen [...] frei von bürokratischen und verwaltungsmäßigen Einflüssen“ sein sollten und im Gegensatz zum vorherigen Primat des militärischen Zweckes nun der „politische Zweck“ im Vordergrund stehe.<sup>71</sup> Dies verdeutliche die Trennung von militärischem und politischem Bereich. Die in Letzterem liegenden „Maßnahmen außerhalb der Normativität“ seien Buchheim zufolge höchstens sekundär legalisiert worden, wie dies an der berüchtigten Anweisung Görings an Heydrich vom Juli 1941 abzulesen sei, in der Göring Heydrich beauftragt habe, „alle erforderlichen Vorbereitungen [...] für eine Gesamtlösung der Judenfrage“ zu treffen.<sup>72</sup>

Lewald zitierte nun eine längere Passage aus dem Gutachten, in der Buchheim darauf aufmerksam gemacht hatte, dass nicht „alle Führerbefehle in eine einheitliche Rechtsordnung passen müssten und jeder Führerbefehl rechtsetzende Wirkung gehabt habe“ und es vielmehr eine „Treuepflicht“ gegenüber Befehlen mit „unverkennbarem Unrechtscharakter“ gegeben habe.<sup>73</sup> Lewald fügte an, dass diese „Betrachtungsweise [...] eine völlig neue Perspektive“ eröffne, durch die erkennbar werde, dass der Genozid aus der „fixen Wahnidee eines geschichtlichen Auftrages“ resultierte und dabei nicht davon ausgegangen worden sei, dass sich diese Befehle auf gültiges, positives Recht berufen hätten.<sup>74</sup> Er kam daher zu dem Schluss, dass auch in der NS-Zeit der Paragraph 211 StGB „immer gegolten hat“, weshalb es keines „rückwirkenden Naturrechts“ bedürfe, um die NS-Verbrechen verurteilen zu können. Man brauche, so Lewald, lediglich „die Scheuklappen begriffsjuristischer Konstruktionen abzustreifen, um zu erkennen, daß der Blick des Historikers hier tiefer in das wahre Wesen des Nationalsozialismus eingedrungen ist“.<sup>75</sup>

Seine Argumentation nahm insofern eine neue Sichtweise in dieser Debatte ein, als Lewald sich, vermutlich auch beeinflusst durch Buchheims Gutachten, schon zu Beginn seines Aufsatzes von der verengenden Perspektive der Dichotomie vom Rechts- und Unrechtsstaat befreite. Dadurch konnte er den „NS-Staat“ als ein eigenständiges Phänomen betrachten und die Wirkungen der nationalsozialistischen Politik auf das Recht fernab von einer Debatte analysieren, die sich in der Übertragung der Begriffe des Rechts- und Unrechtsstaates auf die NS-Zeit im Dickicht einer

70 Zit. nach ebenda.

71 Zit. nach Lewald, S. 1659.

72 Ebenda, S. 1659 f.

73 Ebenda. Vgl. für das Zitat Buchheim, Befehl und Gehorsam, S. 328.

74 Ebenda, S. 1660.

75 Ebenda, S. 1660 f.

unauflöslchen, da in den zeitgenössischen Quellen widersprüchlichen Argumentation verfinde. Ganz maßgeblich an seiner Argumentation ist, dass sich Lewald direkt auf Buchheims Quellen berief, die eben nicht aus einer zeitgenössischen theoretisch-rechtswissenschaftlichen Debatte stammten, sondern die Praxis der SS in den Blick nahmen. Dadurch gelang es Lewald – durchaus im Sinne Roesens, der darauf hingewiesen hatte, dass nicht die Wissenschaft, sondern der Gesetzgeber die Form eines Gesetzes bestimme –, die Ansicht zu widerlegen, dass Befehlen Hitlers eine Gesetzmäßigkeit inhärent gewesen sei, da die Maßnahmen zur Vernichtung der europäischen Juden einem außernormativen Bereich entsprungen seien, der auf der durch den Gesetzgeber eingeführten doppelbödigen Regierungsgewalt basiert habe.

Ein halbes Jahr später veröffentlichte Ernst Forsthoff in anderer Form eine Entgegnung auf das Gutachten Buchheims. Forsthoff, ein Schüler Carl Schmitts, wandte sich in seinem kleinen Beitrag mit der Überschrift „Der Zeithistoriker als gerichtlicher Sachverständiger“ gegen die Tendenz, dass in den NS-Prozessen „zuweilen bekannte Historiker der Zeitgeschichte als Sachverständige über die Organisation und die Befehlsverhältnisse der SS-Einheiten vernommen werden“.<sup>76</sup> An der dazugehörigen Fußnote lässt sich erkennen, dass der Anstoß dieser Kritik das Gutachten Hans Buchheims im Auschwitz-Prozess war. Forsthoff argumentierte, dass die Geschichtswissenschaft durch zeithistorische Gutachtertätigkeit „forensisch in Anspruch genommen“ werde, wodurch sie „unter andere logische Aspekte“ trete und daher „apodiktisch“ werde, was ihr selbst „fremd [...] und mit ihr unverträglich“ sei.<sup>77</sup> Dadurch werde ein „Beitrag zur Wahrheitsforschung [...] zu ihrem Resultat“ und in den Prozessen „realisiert“.<sup>78</sup> Für Forsthoff war die zeitgeschichtliche Gutachtertätigkeit somit eine Form des „forensischen Historismus“.<sup>79</sup>

In einer kurzen Antwort auf Ernst Forsthoff in der *NJW* desselben Jahres verwies der Freiburger Assessor Adolf Laufs darauf, dass entgegen dem von Forsthoff vermuteten apodiktischen Anspruch an zeitgeschichtliche Gutachten auch diese wie alle Gutachten nicht „mehr als den letzten Stand der Forschung“ wiedergeben könnten und daher weder eine andere Art wissenschaftlicher Kommunikation seien, noch den „Prozeß wissenschaftlicher Wahrheitsfindung“ abschließen wollten oder könnten.<sup>80</sup> Auch sei das historische Gutachten keineswegs auf Realisierung angelegt,

76 Ernst Forsthoff, *Der Zeithistoriker als gerichtlicher Sachverständiger*, in: *NJW* 18 (1965) 13, S. 574 f., hier S. 574, vgl. zur Person Forsthoff u. a.: Herlinde Pauler-Studer, *Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus*, in: Herlinde Pauler-Studer/Julian Fink (Hrsg.), *Rechtfertigungen des Unrechts: Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten*, Berlin 2014, S. 15–135, hier S. 44–46.

77 Forsthoff, *Zeithistoriker*, S. 574.

78 Ebenda, S. 574 f.

79 Ebenda, S. 575.

80 Adolf Laufs, *Zeitgeschichte und Rechtspflege – eine Erwiderung*, in: *NJW* 18 (1965) 33, S. 1521.

weil geschichtliche „Erkenntnis [...] ein Bild von Vergangenen und damit Unwiederholbarem“ vermittele.<sup>81</sup> Vielmehr sei die Zeitgeschichtsforschung ein gewichtiges Hilfsmittel, indem sie „ergiebige Quellensammlungen und Einrichtungen [...], Publikationen und nicht zuletzt namhafte Vertreter des Fachs als Sachverständige“ zur Verfügung stelle.<sup>82</sup>

Mit diesem Beitrag wurde die kurze Debatte um gutachterliche Tätigkeiten von Zeithistorikern in der *NJW* beendet, und auch die Frage nach einer Rechtmäßigkeit der Mordaktionen der Einsatzgruppen wurde zunächst nicht weiter thematisiert. Einige Teilnehmer der kontroversen Auseinandersetzung trafen jedoch schon bald in versammelter Runde aufeinander, um in konzentrierter Form über die Rechtsprechungsprobleme der NS-Prozesse zu diskutieren. Auf Initiative der engagierten Mannheimer Staatsanwältin Barbara Just-Dahlmann und ihres Ehemannes gelang es dem zunächst widerstrebenden Präsidenten des Deutschen Juristentages, Ernst Friesenhahn, eine „dreitägige Klausurtagung über die Probleme der strafrechtlichen Verfolgung und Ahndung von NS-Gewaltverbrechen“ zu organisieren, die vom 1. bis zum 3. April 1966 in Königstein/Taunus stattfand und an der 17 Juristen und ein Historiker teilnahmen, darunter Anton Roesen, Hans Buchheim und Jürgen Baumann sowie andere mit NS-Prozessen vertraute Juristen wie Fritz Bauer, Adalbert Rückerl und Herbert Jäger.<sup>83</sup>

Anhand der Referate, die sich unter anderem mit der Bedeutung von „Führerbefehlen“ oder dem Befehlsnotstand auseinandersetzten, wird die Kontroversität der Tagung deutlich, die einige der zuvor schon in der *NJW* diskutierten Themen wiederaufnahm.<sup>84</sup> Die abschließende einstimmige Entschließung, die später auf dem 46. Deutschen Juristentag veröffentlicht wurde, hielt nun zunächst sogar fest, dass Notstandssituationen nur selten vorgelegen hätten und ideologische Beeinflussungen ein Unrechtsbewusstsein nicht ausschließen würden.<sup>85</sup>

Allerdings wurden die „Gräben [...] nach der Königsteiner Klausurtagung“ schnell wieder tiefer, was sich daran zeigte, dass sich mit Ernst-Walter Hanack und Karl Lackner zwei der Teilnehmer offen von der Entschließung distanzieren.<sup>86</sup> Auch

81 Ebenda.

82 Ebenda.

83 Greve, *Der justitielle Umgang*, S. 225. Für eine ausführliche Darstellung der problematischen Genese und des Teilnehmerfeldes der Königsteiner Tagung siehe ebenda, S. 225–230, und Weinke, *Gesellschaft*, S. 110–117.

84 Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, *Verfolgung und Ahndung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen*, in: dies. (Hrsg.), *Probleme der Verfolgung und Ahndung von nationalsozialistischen Gewaltverbrechen*. Sonderveranstaltung des 46. Deutschen Juristentages in Essen 1966. Entschließung der Königsteiner Klausurtagung, Bericht, Referate und Schlusswort, München/Berlin 1967, S. C 7–C 11, hier S. C 10.

85 Vgl. ebenda, S. C 9.

86 Greve, *Der justitielle Umgang*, S. 229.

die auf dem Essener Juristentag im September 1966 gehaltenen Referate verdeutlichten dies, wobei insbesondere die Positionen von Hanack und Konrad Redeker von Belang sind, zumal Letzterer sich schon in der Debatte in der *NJW* zu Wort gemeldet hatte. Bereits damals hatte Redeker angemerkt, dass die Angeklagten das Unrecht in ihrer Zeit nicht so einfach hätten erkennen können, wie dies unter anderen Umständen der Fall gewesen sei.<sup>87</sup> Auf dem Juristentag argumentierte Redeker nun, dass es für ihn einen Unterschied zwischen einem „landläufigen Mörder und dem nicht exzessiven Täter“ der NS-Zeit gebe, da dieser habe annehmen können, „in seiner Tat mit Staat und Gesellschaft oder mindestens mit dem Staat konform zu sein“, zumal die „Grundsätze der Rechtsordnung“ in der NS-Zeit durch die „geäußerten und praktizierten staatlichen und gesellschaftlichen Ordnungsvorstellungen [...] verdunkelt“ worden seien.<sup>88</sup> Redeker betonte daher, dass man auch „den staatlichen und gesellschaftlichen Hintergrund, [...] der noch dazu unablässig in Propagandatiraden [...] nahegebracht und eingehämmert wurde“, bedenken müsse, wenn nicht die Menschen „als Angehörige der besonderen SS-Einheiten überhaupt geneigt waren, ihr Unrechtsbewusstsein partiell zu suspendieren, wie dies Buchheim dargestellt hat“.<sup>89</sup> Insofern sei „ein Volk, das als ganzes erst den Nährboden für diese Taten geschaffen hat“, nur dann zum Urteilen über die Täter legitimiert, wenn „alles Judizieren in diesem Bereich von der Einsicht in die Mitverantwortung von Staat und Gesellschaft getragen ist“. Nur so lasse sich erreichen, dass „Ähnliches in Deutschland nicht wieder möglich“ werden könne.<sup>90</sup>

In dieser Argumentation und in der sprachlichen Anordnung erscheint Buchheims These des partiell suspendierten Unrechtsbewusstseins geradezu als Steigerung der auf die propagandistische Beeinflussung zurückgehenden Schuldinderung. Außer Acht gelassen wurde dabei vor allem Buchheims Darlegung, dass der zur Suspendierung des Unrechtsbewusstseins führende Konsens freiwillig eingegangen worden ist, während Redeker das Bewusstsein der Täter als lediglich fremdgesteuert zeichnete. Wenn Redeker auch die Gesellschaft explizit als handelnden, schuldigen Akteur begriff und er seine Äußerungen mit dem Ziel verknüpfte, ein derartiges Geschehen in Zukunft zu verhindern, so wirkt doch gerade seine These fragwürdig, dass sich die Schuld des Individuums verringere, weil alle Individuen zusammen in Form der Gesellschaft schuldig geworden seien.

87 Konrad Redeker, Bewältigung der Vergangenheit als Aufgabe der Justiz, in: *NJW* 17 (1964) 24, S. 1097–1100.

88 Konrad Redeker, Individualschuld und Mitverantwortung von Staat und Gesellschaft, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verfolgung und Ahndung*, S. C 45–C 52, hier S. C 46–C 50. Redeker macht dafür ausdrücklich die Juristen der NS-Zeit mitverantwortlich.

89 Ebenda, S. C 50–C 51.

90 Ebenda, S. C 51–C 52.



In dieselbe Richtung, nur „noch weiter“, ging Ernst-Walter Hanack, der sein Referat im Anschluss an Redeker hielt.<sup>91</sup> Hanack war bis dahin noch nicht im Themenfeld der NS-Prozesse hervorgetreten, wenngleich er als „einer der jüngsten bundesdeutschen Ordinarien Strafrecht, Strafprozeßrecht und Kriminologie in Heidelberg“ lehrte und 1967 auch den „ehemaligen Osloer Gestapo-Chef Hellmuth Reinhard“ verteidigen sollte.<sup>92</sup> Hanack, der schon auf der Königsteiner Tagung der dortigen Entschließung äußerst kritisch gegenüberstand, wies in Essen darauf hin, dass er die „sog. NS-Gewaltverbrechen“ nicht als „normale Kriminalität“ betrachte und einen „besondere[n] Schuld minderungsgrund“ sehe. Dieser liege im „sozialpsychologischen Hintergrund“, den auch Redeker schon angedeutet habe.<sup>93</sup> Da in der Rechtsprechung versucht werde, für diese nicht mit dem gewöhnlichen Strafrecht fassbaren Taten über Umwege einen Schuld minderungsgrund zu konstruieren, müsse ein „spezifische[r] übergesetzliche[r] Schuld minderungsgrund“ diesem unbefriedigenden Vorgehen vorgezogen werden, zumal nur die Einbettung der Täter in ihre Gesellschaft verhindere, dass „das Geschehen [...] als die isolierte Tat von ein paar hundert Kriminellen“ verstanden und geahndet werde.<sup>94</sup>

In einem großen, zweiteiligen Aufsatz in der *Juristen Zeitung* 1967 untermauerte Hanack diese Position nochmals. Seine Bezugnahme auf Buchheim wurde nun offensichtlich. Unter der Überschrift „Zur Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher“ nahm Hanack zu einer Reihe viel diskutierter strafrechtlicher Themen Stellung, wobei als Hauptproblem die „Verstrickung der Täter in den staatlich organisierten Verbrechensapparat“ und „ihre Beziehung zu den ideologischen Faktoren“ zu gewichten seien.<sup>95</sup>

Ein zentrale Rolle im Abschnitt „Zur Schuld“, in dem er seine These des „übergesetzlichen Schuld minderungsgrund[es]“ wiederholte und vertiefte, spielte die Frage nach der Möglichkeit, die Befehle als verbrecherisch zu erkennen. Hanack verwies an dieser Stelle auf die „generellen Anordnungen und allgemeinen Richtlinien, die Wünsche und Hinweise der Machthaber“, die über allen Befehlen standen.<sup>96</sup> Außer-

91 Bernd Hey, Die NS-Prozesse – Probleme einer juristischen Vergangenheitsbewältigung, in: Jürgen Weber/Peter Steinbach (Hrsg.), *Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren? NS-Prozesse in der Bundesrepublik Deutschland*, München 1984, S. 51–70, hier S. 67.

92 Weinke, *Gesellschaft*, S. 113.

93 Ernst-Walter Hanack, Zur Frage geminderter Schuld der vom Unrechtsstaat geprägten Täter, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verfolgung und Ahndung*, S. C 53–C 58, hier S. C 53.

94 Ebenda, S. C 56–C 58.

95 Vgl. Ernst-Walter Hanack, Die Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, in: *Juristen Zeitung* 22 (1967) 10, S. 297–303; ders., Die Problematik der gerechten Bestrafung nationalsozialistischer Gewaltverbrecher, in: *Juristen Zeitung* 22 (1967) 11/12, S. 329–337, hier S. 297 f.

96 Ebenda, S. 336.

dem seien vor dem Hintergrund der „Verhetzung, Erziehung und Ausbildung“ Befehle gar nicht nötig, die Taten aber dennoch „auf die generellen Anweisungen der Machthaber zurückzuführen“ gewesen.<sup>97</sup> Hier verwies Hanack auf Buchheim und seine Ausführungen zum „Befehl in Weltanschauungssachen“. Ebenso wie Redeker verkannte Hanack allerdings, dass Buchheim nicht von einer einseitigen Verhetzung, Erziehung oder Ausbildung ausging, sondern annahm, dass gerade die Besonderheit der weltanschaulichen Befehle auf einen ideologischen Konsens zurückzuführen war, der überdies freiwillig eingegangen worden sei.

Somit stand Buchheims Auffassung der Relation von Befehl und Gehorsam sowie der individuellen Schuld dem Verständnis Redekers und Hanacks diametral entgegen, da sich für Buchheim gerade aus der einvernehmlichen Unterwerfung unter die weltanschauliche Befehlsstruktur eine Schuld ergab, während Hanack und Redeker dieses Einvernehmen lediglich als Resultat einer ideologischen Indoktrination erkannten. Sie nahmen Buchheims These der partiellen Suspendierung des Unrechtsbewusstseins in ihre Argumentation auf, verdrehten dabei aber ihren eigentlichen Kern, der gerade auf die bereitwillige Überzeugung der Täter zielte. Damit fiel entgegen ihren Beteuerungen die eigentliche Schuld wieder auf einen kleinen Kreis der Führungsspitze des NS-Regimes zurück. Angesichts dessen kann auch Bernd Heys Urteil nicht zugestimmt werden, dass Hanack die Taten „wieder in ihren historischen Zusammenhang“ stelle und „die individuelle Verantwortlichkeit des Handelnden beibehält“.<sup>98</sup> Zwar bezog Hanack den historischen Kontext in seine Argumentation mit ein, kam aber im Ergebnis zu einem „übergesetzlichen Schuld-minderungsgrund“, der kaum als Betonung der individuellen Verantwortlichkeit betrachtet werden kann. Vielmehr ist Michael Greve beizupflichten, dass Hanacks Ansatz „jedem Richter als Anleitung dienen“ konnte, „NSG-Täter [...] zu exkulpieren oder milde zu bestrafen“.<sup>99</sup>

## Fazit

Zwar wäre auch schon vor dem Gutachten Buchheims eine andere juristische Einordnung möglich gewesen, wonach „Führerbefehle“ auf dem Gebiet der Verfolgungsmaßnahmen nicht mit den Maßstäben des positiven Rechts greifbar sind, wie nicht zuletzt die wegweisenden Interpretationen der während der NS-Zeit emigrierten Rechts- und Politikwissenschaftler Ernst Fraenkel, Otto Kirchheimer und Franz

97 Ebenda.

98 Hey, NS-Prozesse, S. 68.

99 Greve, Der justitielle Umgang, S. 243.

Neumann zeigen.<sup>100</sup> Es war daher vor allem der fehlende Wille einer nach dem Krieg kaum veränderten „juristischen Interpretationselite“, der den justiziellen Umgang mit der NS-Zeit bestimmte.<sup>101</sup> So verwundert es auch kaum, dass der Geist der die Verantwortlichkeit der NS-Täter betonenden Königsteiner Entschließung, die maßgeblich durch Buchheims Gutachten mitbestimmt wurde, „schon unter den Zeitgenossen in einer Randstellung verhaftet“ blieb.<sup>102</sup>

Buchheims Gutachten wirkte sich jedoch keineswegs bloß am Rande oder nur einseitig in entstellter und exkulpierender Weise aus. Er selbst wollte seinen Einfluss unter anderem dadurch geltend machen, dass er sein Gutachten der Schriftleitung der *NJW* zur Verwertung übermittelte, was durchaus belegt, dass er die dort schwelende rechtswissenschaftliche Debatte bei der Verfassung seines Gutachtens im Blick hatte. Die sich in der Widersprüchlichkeit der Terminologie der NS-Zeit verstrickende Debatte um „Führerbefehle“ und die Gründe für den Gehorsam konnten damit auf einer anderen Basis vorerst beendet werden, worauf nicht zuletzt Lewald in der *NJW* hinwies. Zwar schien die von verschiedener Seite vorgebrachte Kritik an Buchheim, dass seine Trennung der SS von Staat und Gesellschaft die Verantwortung einseitig auf die Führungsspitze verlagere, sich auch im Urteil des Auschwitz-Prozesses zu bestätigen, das weitgehend die „Gehilfenrechtsprechung“ fortführte und in der NS-Spitze die Haupttäter erblickte.<sup>103</sup> Doch sprechen gewichtige Gründe dagegen, das Gutachten Buchheims nur auf der Grundlage dieser Kritik einzuordnen.

Zum einen hob Buchheim hervor, dass sich die Befehlsempfänger erst durch ihren „freiwilligen“ Konsens mit der scheinbar historischen Mission Hitlers dazu verpflichtet sahen, die Befehle auszuführen. Insofern betonte er, auch wenn er aus heutiger Sicht die Ideologie zu stark gewichtete, durchaus ihre individuelle Verantwortlichkeit. Zum anderen war Buchheims empirische Arbeit notwendig, um das

100 Vgl. hierzu unter anderem Fraenkel, *The Dual State*; Franz Neumann, *Behemoth. The Structure and Practice of National Socialism*, New York 1944; Otto Kirchheimer, *Staatsgefüge und Recht des Dritten Reiches* [1935], in: ders., *Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung*, hrsg. von W. Luthard, Frankfurt a. M. 1976, S. 152–185.

101 Joachim Perels, *Die Restauration der Rechtslehre nach 1945*, in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats*, Baden-Baden 1998, S. 237–264, hier S. 238. Den fehlenden Willen der bundesdeutschen Nachkriegsjustiz zur strafrechtlichen Verfolgung von NS-Verbrechen hebt jüngst auch noch einmal Klaus Bästlein hervor, vgl. Klaus Bästlein, *Zeitgeist und Justiz. Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen im deutsch-deutschen Vergleich und im historischen Verlauf*, in: *ZfG* 64 (2016) 1, S. 5–28.

102 Axel von der Ohe, *Kriminologie der NS-Täter – die halbvergessenen Forschungen von Herbert Jäger*, in: Rolf Pohl/Joachim Perels (Hrsg.), *Normalität der NS-Täter? Eine kritische Auseinandersetzung*, Hannover 2011, S. 83–91, hier S. 91.

103 Vgl. zur Wirkung des Gutachten auf das Urteil ausführlicher Wojak, *Verschmelzung*, S. 33–37. Von den 17 Verurteilten wurden sieben wegen Mordes als Täter oder Mittäter verurteilt, zehn als Gehilfen und drei freigesprochen, vgl. Pendas, *Der 1. Frankfurter Auschwitz-Prozeß*, S. 82.

Bild eines lediglich durch Befehl gezwungenen Täters zu verändern. In diesem Kontext ist auf Herbert Jägers Studie zu verweisen, der ebenso auf empirischer Ebene und auch das Gutachten Buchheims nutzend „Verbrechen unter totalitärer Herrschaft“ untersuchte und dabei zu ähnlichen, der vorherrschenden zeitgenössischen Ansicht widersprechenden Ergebnissen hinsichtlich des Befehlsnotstandes und des Unrechtsbewusstseins gelangte.<sup>104</sup> Diese Forschungen trugen erheblich dazu bei, den Weg zu ebnen, der zu einer Abkehr von der hitlerzentrierten Interpretation der NS-Zeit und zur Frage nach der gesellschaftlichen Beteiligung und Verantwortung führte. Dieser Weg konnte in verschiedene Richtungen beschritten werden, wie sich einerseits an den Versuchen Redekers und Hanacks zeigen lässt, die zwar nicht mehr wie zuvor Roesen im „Führerbefehl“ die Schuldminderung sahen, aber nun die Gesellschaft als verführtes und indoktriniertes Werkzeug darstellten, und wie sich andererseits zum Beispiel im Aufkommen einer strukturalistischen Interpretation der NS-Herrschaft ab Mitte der sechziger Jahre offenbarte, die die Entwicklung des Nationalsozialismus nicht mehr nur an Hitlers Intentionen festmachte.<sup>105</sup> Ein Grund für die Offenheit der Interpretation von Buchheims Ergebnissen ist indes darin zu sehen, dass seine Studie, wie auch die von Herbert Jäger, ausdrücklich auf das Paradigma des ideologischen Totalitarismus zurückgriff, das nur geringe individuelle Handlungsspielräume einräumt und dadurch zugänglich für die Positionen Redekers und Hanacks wurde.

Erst durch die empirisch-praxisbezogenen Arbeiten Buchheims oder Jägers wurde jedoch eine historische und kriminologische Grundlage für eine andere Perspektive auf die NS-Zeit geschaffen, die allmählich das Bild von der NS-Gesellschaft verändern sollte und auf theoretisch-rechtswissenschaftlicher Ebene kaum hätte erreicht werden können, da hierzu in der Bundesrepublik offenbar, artikuliert durch die diversen Verjährungsdebatten und die Amnestierungsbemühungen, bei vielen der Wille fehlte. Gerade in einer Zeit, in der das Wissen über die NS-Vergangenheit noch lediglich rudimentär und kaum verbreitet war und zudem eingefärbt in gesellschaftlich akzeptierte, da entlastende Interpretationsmuster, brauchte es hierzu den empirischen Erkenntnisfortschritt über den Massenmord. Insofern kann diesen Arbeiten durchaus zugeschrieben werden, den Blick für die Bereitschaft der NS-Täter zur Beteiligung geschärft und davon ausgehend die Frage nach der gesellschaftlichen Verantwortung erst mitgedacht zu haben. Dies wiederum war nur durch eine historische Einordnung von Befehl und Gehorsam möglich, die nicht mit den Mitteln und Begriffen des Strafrechts erreicht werden konnte, was einmal mehr die Reziprozität und wechselseitige Befruchtung von Geschichte und Gericht herausstreicht.

104 Herbert Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*, Olten 1967.

105 Vgl. hierzu zusammenfassend: Ian Kershaw, *Der NS-Staat. Geschichtsinterpretationen und Kontroversen im Überblick*, Hamburg 2006, S. 120–127.