

**Die Rehabilitierung von Deserteuren der Deutschen Wehrmacht unter  
historischen, juristischen und politischen Gesichtspunkten  
mit Kommentierung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer  
Unrechtsurteile  
(NS-AufhG vom 28.05.1998)**

**Inaugural-Dissertation**

**zur Erlangung der Doktorwürde der  
Fakultät der Sozialwissenschaften der  
Universität der Bundeswehr München, Neubiberg**

**vorgelegt von  
Frithjof Harms Päuser  
aus München**

**2000**

**Die Rehabilitierung von Deserteuren der Deutschen Wehrmacht unter  
historischen, juristischen und politischen Gesichtspunkten  
mit Kommentierung des Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer  
Unrechtsurteile  
(NS-AufhG vom 28.05.1998)**

**Inaugural-Dissertation  
zur  
Erlangung der Doktorwürde  
der  
der Staats- und Sozialwissenschaften (Dr. rer. pol.)  
der  
Universität der Bundeswehr München, Neubiberg**

**vorgelegt von**

**Frithjof Harms Päuser aus München**

**im November 2000**

**Vorsitzender des Promotionsausschusses: Prof. Dr. Ivo Schneider**

**1. Berichterstatter: Prof. Dr. Armin A. Steinkamm**

**2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ulrich Widmaier**

**3. Berichterstatter: Prof. Dr. Bernd Wegner**

**Tag der mündlichen Prüfung 17.01.2005**

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im November 2000 an der Fakultät der Sozialwissenschaften der Universität der Bundeswehr München eingereicht und am 03.07.2001 als Dissertation angenommen.

Meinem Doktorvater, Prof. Dr. Armin A. Steinkamm, danke ich für die Betreuung der Arbeit. Ebenso bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Ulrich Widmaier für die Übernahme der Zweitbegutachtung. Des Weiteren danke ich Herrn Dr. Hans Pause von der Universität der Bundeswehr München für die Durchsicht der Arbeit und die vielen aufmunternden Worte. Für die wichtigen Ratschläge und Hinweise zur Erstellung der Dissertation danke ich Herrn Rechtsanwalt Dr. Volker Engel.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinen lieben Freunden Joerg und Almuth Hellmann für ihre großartige und großzügige Unterstützung während der Anfertigung der Arbeit.

Das wunderbarste und wichtigste Ereignis in den vergangenen Jahren war, dass ich meine Frau Katrin kennen lernen durfte. Auch wenn die Promotion hieran vordergründig nur indirekt einen Anteil hat, so erhält dadurch im Nachhinein doch alles einen Sinn.

Gewidmet ist die Arbeit meinen Eltern. Sie haben mir schon früh die Freiheit der eigenen Entscheidung, aber vor allem auch den hierfür notwendigen Halt gegeben. Unter anderem haben sie mich gelehrt, dass der Weg des geringsten Widerstands nicht unbedingt der bessere ist. Meinen Weg allein verantwortlich zu gehen und sie doch immer hinter mir zu wissen, ist das Besondere.

Frithjof Päuser

München im Januar 2005

## **Meinen Eltern**

## **Gliederung**

### **Abkürzungsverzeichnis**

	Seite
<b>Einleitung</b>	1
1. Die Problematik	1
1.1. Die Aktualität	3
1.2. Die besondere Schwierigkeit der Problematik	4
2. Zielsetzung der Arbeit	5
3. Abgrenzung der Arbeit	6
<b>Erster Teil</b>	9
<b>Die geschichtliche Entwicklung des Fahnenflucht-/Desertionstatbestands</b>	9
1. Fahnenflucht in der Antike	9
2. Fahnenflucht im 15.-18. Jahrhundert	10
3. Fahnenflucht im 19. Jahrhundert bis zur Reichsgründung 1871	12
4. Der Fahnenfluchttatbestand im Militärstrafgesetzbuch von 1872	14
4.1. Der Erste Weltkrieg	14
5. Die Weimarer Republik	15
6. Der Fahnenfluchttatbestand im Dritten Reich	16
6.1. Vergleich mit den Bestimmungen des RMStGB von 1872	17
6.2. Vergleich mit § 16 des heutigen Wehrstrafgesetzes	18
6.3. Ergebnis des Vergleichs der Fahnenfluchttatbestände	19
7. Die Strafandrohung für Fahnenflucht im Zweiten Weltkrieg / Der besonders schwere Fall der Fahnenflucht und die Sondervorschriften	19
7.1. Die Strafverschärfung des § 70 MStGB durch die KSSVO	20
7.2. Der „besonders schwere Fall“ der Fahnenflucht	22
7.2.1. Die Richtlinien des Führers und Oberbefehlshabers der Wehrmacht zur Anwendung der Todesstrafe bei Fahnenflucht	24
7.3. Die weiteren Strafverschärfungen im Laufe des Krieges	26
7.3.1. Der Tatbestand der „Zersetzung der Wehrkraft“, § 5 KSSVO	26

7.3.2.	Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens, § 5a KSSVO	27
7.4.	Ergebnis der Darstellungen zur Strafandrohung bei Fahnenflucht, der Strafverschärfungen und der neu eingeführten Sondertatbestände der KSSVO	29
7.4.1.	Abgrenzung zwischen Fahnenflucht und den Sondervorschriften der §§ 5, 5a KSSVO	31
<b>Zweiter Teil</b>		<b>33</b>
<b>Die Militärgerichtsbarkeit</b>		<b>33</b>
1.	Die geschichtliche Entwicklung der Militärgerichtsbarkeit	34
2.	Die Stellung der Militärgerichtsbarkeit als Sonderjustiz	36
3.	Die Kriegsgerichte und das Kriegsstrafverfahren in der Zeit des Nationalsozialismus	38
3.1.	Die Einführung der KStVO	38
3.2.	Die ordentlichen Kriegsgerichte nach der KStVO	39
3.2.1.	Die Feldkriegsgerichte	39
3.2.2.	Das Reichskriegsgericht	40
3.3.	Das ordentliche Kriegsstrafverfahren	40
3.3.1.	Das Ermittlungsverfahren	40
3.3.2.	Rechte des Angeklagten im Verfahren	41
3.3.3.	Zustandekommen des Urteils	41
3.3.4.	Das Nachprüfungsverfahren als Ersatz für fehlende Rechtsmittel	41
3.3.5.	Das Verfahren vor dem Reichskriegsgericht	42
4.	Der Notgerichtsstand und die Standgerichte der KStVO	43
4.1.	Die Einführung der Standgerichte	43
4.1.1.	Gründe für die Einführung der Standgerichte	44
4.1.2.	Beschränkung der Standgerichte auf Ausnahmefälle	44
4.2.	Die Sonderstandgerichtsbarkeit ab 15.02.1945	45
4.2.1.	Die Verordnung zur Errichtung von Standgerichten „in feindbedrohten Reichsverteidigungsbezirken“ vom 15.02.1945	46
4.2.2.	Die Bildung von Standgerichten „in frontnahen Gebieten“ vom 26.02.1945	46

4.2.3.	Das „Fliegende Standgericht“	47
5.	Die Sonderstandgerichtsbarkeit für politische Straftaten	47
6.	Abgrenzung zwischen ordentlichen Feldgerichten, den Standgerichten nach der KStVO und den Sonderstandgerichten	49
<b>Dritter Teil</b>		51
<b>Die juristische Bewertung der Verurteilungen wegen Fahnenflucht während des Zweiten Weltkrieges durch die Nachkriegsgesetzgebung der Alliierten</b>		51
1.	Die Nachkriegsgesetzgebung	51
1.1.	Die Aufhebungsgesetze	52
1.1.1.	Die Vorschriften zur automatischen Aufhebung von NS-Unrechtsurteilen in der amerikanischen und britischen Zone	52
1.1.1.1.	Amerikanische Zone	52
1.1.1.2.	Britische Zone	54
1.1.1.3.	Die automatische Aufhebung von auf aufgehobenen NS-Vorschriften basierenden Urteilen	55
1.1.1.4.	Auswirkungen auf Fahnenfluchturteile	55
1.1.2.	Die Vorschriften zur Einzelaufhebung von NS-Unrechtsurteilen in den vier Besatzungszonen Deutschlands	56
1.1.2.1.	Amerikanische Zone	56
1.1.2.1.1.	Die Einzelaufhebung von Fahnenfluchtverurteilungen	57
1.1.2.2.	Britische Zone	58
1.1.2.2.1.	Die Einzelaufhebung von Fahnenfluchtverurteilungen	58
1.1.2.2.2.	Amnestie für Fahnenflüchtige	59
1.1.2.2.3.	Das Unrechtsbeseitigungsgesetz vom 25.05.1990 für das Gebiet der ehemaligen britischen Zone	61
1.1.2.3.	Französische Zone	62
1.1.2.4.	Sowjetische Zone	63
1.1.2.5.	Groß-Berlin/Berlin	64
1.1.2.6.	Das Zuständigkeitsergänzungsgesetz	65
2.	Fortgeltung der Aufhebungsvorschriften	66
3.	Ergebnis bezüglich der Aufhebung von Fahnenfluchtverurteilungen	67

<b>Vierter Teil</b>	69
<b>Das Entschädigungs- und Versorgungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf Deserteure / Von der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit militärgerichtlicher Verurteilungen zur Unrechtsvermutung</b>	69
1. Das Bundesentschädigungsgesetz (BEG)	69
1.1. Verfolgter im Sinne des Bundesentschädigungsgesetzes	70
1.1.1. Die Verfolgungstatbestände und Fahnenflucht	71
2. Das Bundesversorgungsgesetz (BVG)	74
2.1. Voraussetzung des „offensichtlichen Unrechts“ für Versorgungsansprüche wegen militärstrafrechtlicher Verurteilungen	75
3. Die Rechtsprechung zum „offensichtlichen Unrecht“ i.S.v. § 1 Abs. 2 d BVG bis 1991	77
3.1. Grundsätzliche Rechtmäßigkeit militärgerichtlicher Verurteilungen	77
3.1.1. Einzelfälle von „offensichtlichem Unrecht“ nach der Rechtsprechung	78
4. Der Wandel der Rechtsprechung durch das Urteil des Bundessozialgerichts vom 11.09.1991	81
4.1. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt	82
4.2. Die Urteilsbegründung	83
4.2.1. Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2 d BVG	84
4.2.2. Der „Opfergedanke“ des BVG	87
4.2.3. Die Wehrmachtjustiz als „Terrorjustiz“	89
4.2.3.1. Unabhängigkeit der Justiz innerhalb der Wehrmacht	91
4.2.3.1.1. Unabhängigkeit des Richters und Bestätigungsrecht des militärischen Befehlshabers	91
4.2.3.1.2. Das Bestätigungsverfahren und fehlender Instanzenzug	92
4.2.3.1.3. Die Möglichkeit der Aufhebung rechtskräftiger Urteile	94
4.2.3.1.4. Die Bildung des Truppensonderdienstes in der Wehrmacht	99
4.2.3.1.5. Ergebnis bezüglich der Unabhängigkeit der Richter	101
4.2.3.2. Die „Todesstrafenpraxis“ der Wehrmachtgerichte	101
4.2.3.2.1. Der Verweis auf Einzelbeispiele	101
4.2.3.2.2. Das Urteil des BSG vom 25.05.1960 als Beleg für die Strafenpraxis der Wehrmacht	102

4.2.3.2.3.	Der Vergleich mit dem Volksgerichtshof	103
4.2.3.2.4.	Verurteilung ohne Rücksicht auf persönliches Verschulden	105
4.2.3.2.5.	Vergleich mit anderen Nationen	106
4.2.4.	Fahnenflucht als Widerstandshandlung im völkerrechtswidrigen Angriffskrieg	108
4.2.4.1.	Das <i>ius ad bellum</i> und das <i>ius in bello</i>	110
4.2.4.1.1.	Das <i>ius ad bellum</i>	110
4.2.4.1.2.	Das <i>ius in bello</i>	111
4.3.	Stellungnahme zum und Kritik am Urteil des BSG	113
 <b>Fünfter Teil</b>		 119
 <b>Der Weg von der Diskussion um die Wehrmachtdeserteure über das BSG-Urteil von 1991 zum NS-Aufhebungsgesetz</b>		 119
1.	Beginn der gesellschaftspolitischen Diskussion	119
1.1.	Die außerparlamentarischen Aktivitäten der Deserteursinitiativen	119
1.1.1.	Gegnerschaft zum NATO-Doppelbeschluß als Auslöser der Deserteursdebatte	120
1.1.2.	Die Deserteursdebatte als Grundlage für die totale Ablehnung von Wehrdienst	121
2.	Beginn der parteipolitischen Auseinandersetzung	122
2.1.	Unterstützung der Deserteursinitiativen durch DIE GRÜNEN	122
2.2.	Vergleich der SPD zwischen Wehrmachtdeserteuren und kämpfenden Soldaten	123
3.	Die parlamentarische Auseinandersetzung im Deutschen Bundestag	123
3.1.	Die Haltung der CDU/CSU und F.D.P. –Regierungskoalition	123
3.2.	Erster Antrag der GRÜNEN im Deutschen Bundestag vom 29.08.1990	124
3.2.1.	Die Gleichstellung von Desertion und Widerstand des 20.07.1944	125
3.3.	Weitere Anträge von SPD und DIE GRÜNEN	126
3.3.1.	Die Haltung von SPD und DIE GRÜNEN zu den nicht desertierten Wehrmachtsoldaten	127
4.	Die Bedeutung des BSG-Urteils vom 11.09.1991 für die parlamentarische Auseinandersetzung	127

4.1.	Vergleich der Argumentation des ersten Antrags der GRÜNEN vom 29.08.1990 mit der Urteilsbegründung des BSG von 1991	128
4.2.	Auswirkungen des BSG-Urteils auf die nachfolgenden Anträge der SPD und der GRÜNEN	130
4.3.	Auswirkungen des BSG-Urteils auf die Haltung der Regierungskoalition von CDU/CSU und F.D.P.	130
4.3.1.	Eigener Antrag der F.D.P.	132
4.4.	Das BSG-Urteil als „Durchbruch“ in der allgemeinen politischen Diskussion um die Rehabilitierung der Wehrmachtdeserteure	133
5.	Die Beschlüsse des Bundesrates	134
6.	Die Fortsetzung der parlamentarischen Auseinandersetzung in der 13. Wahlperiode	135
6.1.	Die Anhörung im Rechtsausschuß vom 29.11.1995	136
6.1.1.	Die grundlegend verschiedenen Ansatzpunkte der unterschiedlichen Auffassungen zur Problematik der Wehrmachtdeserteure	138
6.2.	Die Entschließung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997	139
6.2.1.	Die Bedeutung der Entschließung für die Rehabilitierung von Deserteuren	140
6.3.	Die Verabschiedung des NS-AufhG	142
	<b>Sechster Teil</b>	147
	<b>Kommentar zum Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege und von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte vom 25.08.1998</b>	147
	Vorbemerkung	147
	Artikel 1	148
	Einleitung vor § 1	148
	§ 1	149
I.	Allgemeines	150

II.	Gegenstand der Aufhebung	150
1.	Strafrechtliche Entscheidungen	150
2.	Zeitraum der betroffenen Entscheidungen	151
III.	Aufhebungsvoraussetzungen	151
1.	Verfassungsmäßigkeit der Aufhebung staatlicher Maßnahmen	151
2.	Die Aufhebungstatbestandsmerkmale	152
2.1.	Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit	152
2.1.1.	Bezugnahme auf den Verfolgungstatbestand des BEG	153
2.2.	Politische Gründe	154
2.3.	Rassische Gründe	156
2.4.	Religiöse oder weltanschauliche Gründe	157
2.5.	Militärische Gründe	158
2.5.1.	Verurteilungen wegen „Zersetzung der Wehrkraft“	160
2.5.2.	Verurteilungen wegen Fahnenflucht	160
2.5.2.1.	Grundsätzliche Aufhebung von Fahnenfluchturteilen durch Verweis auf die Entschließung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997	161
2.5.2.1.1.	Gesetzeszweck einer „weitgehenden Aufhebung“	163
2.5.3.	Die Rechtmäßigkeit der Verurteilung wegen Fahnenflucht als Ausnahme	164
2.5.4.	Fahnenfluchturteile im völkerrechtswidrigen Angriffskrieg	165
2.5.5.	Fahnenfluchturteile nach der Kapitulation	166
3.	Verurteilungen wegen anderer militärischer Delikte	167
4.	Todesurteile der Militärgerichte (z.B. wegen Plünderung)	168
5.	Verurteilungen nach dem MStGB unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens gem. § 5a KSSVO	169
IV.	Einstellung des Verfahrens	170
§ 2		171
I.	Konkretisierung der Generalklausel	171
II.	Die Regelbeispiele des § 2	172
1.	Entscheidungen des Volksgerichtshofes (Nr. 1)	172
2.	Entscheidungen aufgrund der Verordnung vom 15.02.1945 (Nr. 2)	173

3.	Entscheidungen aufgrund der in der Anlage genannten Vorschriften (Nr. 3)	174
3.1.	Rückgriff auf den Vorschriftenkatalog der Kontrollratsgesetze	174
3.2.	Aufhebung nicht strafrechtlicher Vorschriften	175
3.3.	Keine Ausschlußfunktion des Vorschriftenkatalogs	175
3.4.	Das „Beruhen“ der Entscheidung auf einer Anlagenvorschrift	175
§ 3		177
1.	Gesamtaufhebung von „Mischentscheidungen“	177
2.	Fahnenflucht und typische „Begleitstraftaten“	178
2.1.	Fahnenflucht im Zusammenhang mit schwerer Kriminalität	178
§ 4		179
1.	Teilaufhebung von „Mischurteilen“	179
1.1.	Teilaufhebung im Zusammenhang mit Fahnenfluchtverurteilungen	179
2.	Teilaufhebung nur auf Antrag	180
2.1.	Gesonderter Antrag zum Landgericht	180
2.2.	Keine eigene staatsanwaltschaftliche Entscheidung nach § 4	181
§ 5		182
§ 6		183
I.	Das Feststellungsverfahren	183
1.	Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft und Rechtsweg der §§ 23ff EGGVG	183
1.1.	Keine Beschränkung der staatsanwaltschaftlichen Zuständigkeit	184
II.	Antragsberechtigung	185

III.	Örtliche Zuständigkeit	186
IV.	Anwendung des § 6 Abs. 1 S. 2 u.3., Abs. 2 auf Verfahren des § 4	187
§ 7		187
§ 8		187
Artikel 2		188
§ 1		188
1.	Anwendungsbereich und aufzuhebende Entscheidungen	188
2.	Rechte Dritter	189
§ 2		189
Artikel 3		189
<b>Schlußbetrachtung und Ausblick</b>		191
1.	Desertion als typisches Problem einer Armee	191
2.	Fahnenflucht und Widerstand gegen einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg	191
3.	Erfahrungen und Folgerungen aus der Diskussion um die Rehabilitierung von Wehrmachtdeserteuren und dem BSG-Urteil	192
4.	Das NS-AufhG als Ergebnis und Ende der Diskussion um die Rehabilitierung der Wehrmachtdeserteure	193
<b>Zusammenfassung</b>		197
<b>Literaturverzeichnis</b>		
Anlagen		

## Abkürzungsverzeichnis

a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AKG	Allgemeines Kriegsfolgendesetz
Art.	Artikel
BAnz.	Bundesanzeiger
BayMStGB	Bayerisches Militärstrafgesetzbuch
BEG	Bundesentschädigungsgesetz
BErgG	Bundesergänzungsgesetz
Beschl. v.	Beschluß vom
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Bundesgerichtshof in Strafsachen
Breith.	Sammlung von Entscheidungen aus dem Sozialrecht, begründet von Hermann Breithaupt
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Bundessozialgerichtsentscheidung
BT	Bundestag
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVG	Bundesversorgungsgesetz
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union
CSU	Christlich Soziale Union
DFG-VK	Deutsche Friedensgesellschaft-Vereinigte KriegsdienstgegnerInnen
DDR	Deutsche Demokratische Republik
d.h.	das heißt
DVO	Durchführungsverordnung

EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EinigV	Einigungsvertrag
etc.	et cetera
e.V.	eingetragener Verein
f.	folgende
F.D.P.	Freie Demokratische Partei
ff.	fortfolgende
FN	Fußnote
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hrsg.	Herausgeber
hrsg. v.	herausgegeben von
insbes.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
JZ	Juristenzeitung
Komm. z.	Kommentar zum
KRG	Kontrollratsgesetz
KSSVO	Kriegssonderstrafrechtsverordnung
KStVO	Kriegsstrafverfahrensordnung
LG	Landgericht
LSG	Landessozialgericht
MdB	Mitglied des Bundestages
MStGB	Militärstrafgesetzbuch
MstGO	Militärstrafgerichtsordnung
NATO	North Atlantic Treaty Organization- Nordatlantisches Verteidigungsbündnis
n.Chr.	nach Christus
NJW	Neue Juristische Wochenzeitung
Nr.	Nummer
NS-	Nationalsozialistische-
NS-AufhG	Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischen Unrechts
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

NZWehrr	Neue Zeitschrift für Wehrrecht
OKH	Oberkommando des Heeres
OKW	Oberkommando der Wehrmacht
RDS	Ring Deutscher Soldatenverbände
Reg.Bl.	Regierungsblatt
RGBL	Reichgesetzblatt
RMStG	Reichsmilitärstrafgesetzbuch
RMStGO	Reichsmilitärstrafgerichtsordnung
RN	Randnummer
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch
RzW	Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
S.	Seite
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands
SED-UnBerG	SED-Unrechtsbereinigungsgesetz
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SMA	Sowjetische Militäradministration
s.o.	siehe oben
SodZDI	Selbstorganisation der Zivildienstleistenden
sog.	sogenannt
SozR	Sozialrecht. Rechtsprechung und Schrifttum, bearbeitet von Richtern des Bundessozialgerichts
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SS	Schutz-Staffel
StFVO	Straffreiheitsgewährungsverordnung
StPO	Strafprozeßordnung
u.a.	unter anderem
UdSSR	Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken
Urt. v.	Urteil vom
UBesG	Unrechtsbeseitigungsgesetz
UWiedG	Unrechtswiedergutmachungsgesetz
v.Chr.	vor Christus
VermG	Vermögensgesetz
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung

VOBl.	Verordnungsblatt
VVN	Vereinigung der Verfolgten des Naziregimes
WG	Wehrgesetz
WP	Wahlperiode
WStG	Wehrstrafgesetz
z.B.	zum Beispiel
ZfMG	Zeitschrift für Militärgeschichte
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
z.T.	zum Teil

## Einleitung

### 1. Die Problematik

Das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland bestimmt in Art. 12a, daß Männer mit vollendetem achtzehnten Lebensjahr zum Dienst in den Streitkräften herangezogen werden können. Die Soldaten der Bundeswehr unterliegen dem Geltungsbereich des Wehrstrafgesetzes (WStG).<sup>1</sup> Soldaten der Bundeswehr, die eigenmächtig ihre Truppe oder Dienststelle verlassen oder ihr fernbleiben, können sich nach § 16 Abs. 1 WStG wegen Fahnenflucht strafbar machen.

§ 16 Abs. 1 WStG lautet: *„Wer eigenmächtig seine Truppe oder Dienststelle verläßt oder ihr fernbleibt, um sich der Verpflichtung zum Wehrdienst dauernd oder für die Zeit eines bewaffneten Einsatzes zu entziehen oder die Beendigung des Wehrdienstverhältnisses zu erreichen, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren bestraft.“*

Fahnenflucht ist somit auch in der Bundesrepublik Deutschland ein strafbares Verhalten von Soldaten, das unter empfindliche Strafe gestellt wird. Das Völkerrecht kennt den Begriff des Fahnenflüchtigen bzw. Deserteurs ebenfalls und definiert ihn wie folgt: *„Begriffsbestimmung: Ein Deserteur oder Fahnenflüchtiger ist ein Soldat, der sein im nationalen Recht begründetes Wehrdienstverhältnis in der Absicht, sich dauernd oder für die Zeit eines bewaffneten Einsatzes zu entziehen, faktisch einseitig löst, etwa durch unerlaubtes Entfernen von den eigenen Streitkräften, durch Überlaufen zum Feinde im Kriege oder durch Flucht in fremdes Staatsgebiet.“*<sup>2</sup>

Diese Definition zeigt auf, daß der Tatbestand der Desertion völkerrechtlich anerkannt ist, die Ausgestaltung dieses Tatbestands aber von dem jeweiligen nationalen Recht abhängt, welches das Wehrdienstverhältnis und die dazugehörigen Strafvorschriften regelt.

---

<sup>1</sup> Vgl. § 1 I WStGB.

<sup>2</sup> Schlochauer, Hans-Jürgen, Wörterbuch des Völkerrechts, erster Band, Berlin 1960, S. 348.

Im Zweiten Weltkrieg bestimmte sich die Strafbarkeit der Fahnenflucht von der Deutschen Wehrmacht nach § 69 Militärstrafgesetzbuch (MStGB).<sup>3</sup> Tausende Soldaten wurden wegen dieses Tatbestands hart, viele sogar mit dem Tod bestraft.<sup>4</sup> Ca. 40 Jahre nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges entstand in Deutschland ein gesellschaftspolitischer Streit um den Umgang mit den Deserteuren der Deutschen Wehrmacht. Nachdem jahrzehntelang allgemein die Auffassung vertreten wurde, daß die im Zweiten Weltkrieg verurteilten Deserteure grundsätzlich zurecht nach dem MStGB bestraft worden waren, forderten Ende der siebziger, Anfang der achtziger Jahre sogenannte „Deserteursinitiativen“, unterstützt von der Partei DIE GRÜNEN und später auch von der SPD, eine pauschale Rehabilitierung aller Wehrmachtsdeserteure.<sup>5</sup> Die bis dahin übliche Einzelfallbetrachtung, ob ein Urteil möglicherweise unrechtmäßig gewesen ist, sollte entfallen und pauschal festgestellt werden, daß ausnahmslos jede Verurteilung wegen Fahnenflucht von Anfang an Unrecht war.<sup>6</sup> Begründet wurde die Forderung u.a. damit, daß die Wehrmachtsjustiz Teil der NS-Terrorjustiz und vor allem jede Form des „Nichtmitmachens“ ein ehrenwerter Akt des Widerstands gegen den von der Wehrmacht geführten Krieg gewesen sei.<sup>7</sup> Ab 1991 konnte man sich auch auf die geänderte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zu Versorgungsansprüchen von Deserteuren berufen. Während die Rechtsprechung bis dahin die Urteile der Wehrmachtsjustiz grundsätzlich für rechtmäßig hielt, sprach das BSG nun von einer „Unrechtsvermutung“ für alle Todesurteile der Wehrmachtsjustiz.<sup>8</sup> Der Zweite Weltkrieg wurde schließlich in einer Entschließung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997 als „ein Angriffs- und Vernichtungskrieg, ein vom nationalsozialistischen Deutschland verschuldetes Verbrechen“ bezeichnet.<sup>9</sup>

---

<sup>3</sup> Auf den Tatbestand des § 69 MStGB und das militärgerichtliche Verfahren während des Zweiten Weltkrieges wird im Rahmen dieser Untersuchung noch im einzelnen eingegangen.

<sup>4</sup> Fahnenflucht im Krieg wurde mit dem Tod oder lebenslangem oder zeitigem Zuchthaus bestraft (§ 70 MStGB).

<sup>5</sup> Zu den Einzelheiten dieser politischen Entwicklung siehe unten Vierter Teil.

<sup>6</sup> Einen Überblick über die parlamentarische Auseinandersetzung von 1990 bis 1997 verschafft Beckmann, Rainer, Der Streit um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure, NZWehr 1998, S. 45 ff.

<sup>7</sup> So die Begründung des ersten Antrags der GRÜNEN im Deutschen Bundestag zur Rehabilitierung von Wehrmachtsdeserteuren vom 29.08.1990, BT-Drs. 11/7754, S. 4.

<sup>8</sup> BSG, Urt. v. 11.09.1991 – 9a RV 11/90, NJW 1992, S. 934 ff.

<sup>9</sup> Vgl. BT-Drs. 13/7669, S. 3.

Nach der Argumentation der Befürworter einer pauschalen Rehabilitierung soll die Desertion eines Kriegsteilnehmers, der sich einem derartigen Krieg entzieht, grundsätzlich gerechtfertigt sein und die Fahnenflucht einer Widerstandshandlung gleichgesetzt werden.<sup>10</sup>

Die Gegner einer pauschalen Rehabilitierung lehnten eine solche ex post-Betrachtung des Krieges als generelle Rechtfertigung für Fahnenflucht ab. Es komme immer auf die Motive des Deserteurs und damit auf den Einzelfall an. Eine generelle Unrechtsvermutung für Urteile der Wehrmichtsjustiz sei auch nach dem Urteil des BSG abzulehnen.

Eine ca. acht Jahre andauernde parlamentarische Auseinandersetzung um die Rehabilitierung der Wehrmichtsdeserteure führte letztlich am 28.05.1998 zur Verabschiedung des „Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege“ (NS-AufhG)<sup>11</sup>, dessen Regelungsinhalt vor allem in Bezug auf die Verurteilungen wegen Fahnenflucht u.a. Gegenstand der vorliegenden Untersuchung ist.

### **1.1. Die Aktualität**

Obwohl das NS-AufhG am 28.05.1998 verabschiedet wurde, liegt eine Untersuchung zu dessen Entstehung und eine darauf basierende entsprechende Gesetzeserläuterung bisher nicht vor. Diese Lücke soll die vorliegende Untersuchung schließen. Darüber hinaus ist die im Zusammenhang mit der Wehrmichtsdeserteursproblematik leichtfertig aufgestellte These, ein völkerrechtswidriger Krieg berechtere einen Soldaten zur Desertion, heute nach wie vor aktuell. Auch wenn der Bundeswehr die Führung eines Angriffskriegs grundsätzlich verboten ist (Art. 26 GG), ist es nicht ausgeschlossen, daß sie gegebenenfalls im Rahmen ihrer NATO-Bündnisverpflichtungen an einem Krieg

---

<sup>10</sup> Siehe stellvertretend für die Befürworter einer pauschalen Rehabilitierung: Saathoff, Günter/Dillmann, Franz/Messerschmidt, Manfred, Opfer der NS-Militärjustiz – Zur Notwendigkeit der Rehabilitierung und Entschädigung von Kriegsdienstverweigerern, Deserteuren und `Wehrkraftzersetzer` unter dem NS-Regime, hrsg. v. Bundesverband Information und Beratung für NS-Verfolgte e.V. und Bundesvereinigung Opfer der NS-Militärjustiz e.V., Köln 1994, S. 6 ff.

<sup>11</sup> BGBl I. S. 2501.

teilnimmt, dessen völkerrechtliche Rechtmäßigkeit zumindest umstritten ist. Dies zeigen die Diskussionen um den Kosovo-Luftkrieg der NATO-Staaten gegen die Bundesrepublik Jugoslawien, an dem sich auch die Bundeswehr beteiligte.<sup>12</sup> Auch wenn der Einsatz völkerrechtlich zulässig war<sup>13</sup>, konnten die aufgetretenen Diskussionen die Soldaten der Bundeswehr doch verunsichern. Es wäre theoretisch denkbar gewesen, daß sich ein Soldat dem Einsatz im Kosovo mit dem Hinweis auf die vermeintliche Völkerrechtswidrigkeit entzogen hätte. Die Akzeptanz eines solchen Verhaltens würde sich auch auf die Funktionsfähigkeit der Bundeswehr auswirken. Im Hinblick darauf muß klargestellt werden, nach welchem Recht sich die Strafbarkeit von Fahnenflucht richtet bzw. welchen Einfluß das Völkerrecht auf die Beurteilung des Handelns eines Soldaten haben kann.

## 1.2. Die besondere Schwierigkeit der Problematik

Die besondere Schwierigkeit der zu erörternden Problematik liegt darin, daß es sich bei den Verurteilungen wegen Fahnenflucht um Vorgänge während der Zeit des Nationalsozialismus handelt, was einen unbefangenen Umgang mit ihr erschwert. Wer die Notwendigkeit des Funktionierens der Wehrmacht in dieser Zeit nicht anzweifelt, sieht sich zumeist der Kritik ausgesetzt, er wolle einen völkerrechtswidrigen Krieg rechtfertigen. Die Diskussion um die Wehrmachtsdeserteure wird daher auch als „ideologischer Glaubenskrieg“ bezeichnet.<sup>14</sup> Darüber hinaus geht es bei Verurteilungen wegen Fahnenflucht in nicht unerheblichem Umfang um Todesurteile, eine Strafe, die in der Bundesrepublik Deutschland abgeschafft ist.<sup>15</sup>

---

<sup>12</sup> Die völkerrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes verneint z.B. Deiseroth, Dieter, „Humanitäre Intervention“ und Völkerrecht, NJW 1999, S. 3084 ff. Kritisch zum Kosovo-Krieg äußert sich Zuck, Rüdiger, Der Krieg gegen Jugoslawien, ZRP 1999, S. 225 ff. Siehe dazu auch die Erwiderung von Wilms, Heinrich, Der Kosovo-Einsatz und das Völkerrecht, ZRP 1999, S. 227 ff. Busse, Christian, Völkerrechtliche Fragen zur Rechtmäßigkeit des Kosovo-Krieges, ZRP 1999, S. 416 ff, faßt die im Anschluß an den Kosovo-Luftkrieg auch in den Tagesmedien entbrannte Diskussion um die Völkerrechtsmäßigkeit zusammen.

<sup>13</sup> Steinkamm, Armin A., Zur humanitären Intervention – Völker- und wehrrechtliche Aspekte des Kosovo-Konfliktes 1999, in: Wehrrecht und Friedenssicherung, Festschrift für Klaus Dau zum 65. Geburtstag, Neuwied u. Kriftel 1999, S. 261 ff.

<sup>14</sup> Wette, Wolfram, in: Wette, Wolfram, Deserteure der Wehrmacht, Essen 1995, S. 15.

<sup>15</sup> Art. 102 GG: „Die Todesstrafe ist abgeschafft.“

Eine differenzierte Betrachtung der Wehrmachtsgerichtsurteile, insbesondere wenn es sich um Todesurteile handelt, gerät daher leicht in den Verdacht, ver-harmlosen zu wollen.<sup>16</sup>

## **2. Zielsetzung der Arbeit**

Mit der vorliegenden Arbeit wird die Fahnenflucht von Wehrmachtsoldaten historisch und juristisch untersucht. In diesem Zusammenhang wird auch die juristische Bewertung deutscher Deserteure durch die Alliierten dargestellt. Die verstärkt ab den achtziger Jahren um die Rehabilitierung von Wehr-machtsdeserteuren entstandene Diskussion soll am Ergebnis des NS-AufhG gemessen werden.

Besondere Bedeutung kommt dabei dem mit der Diskussion einhergehenden Wandel der Rechtsprechung und seinen Auswirkungen auf die Gesetzesinitia-tiven der verschiedenen politischen Parteien bis hin zum NS-AufhG zu. Das Gesetz selbst soll im Hinblick auf eine Rehabilitierung von Wehrmachtsdeser-teuren untersucht werden. Ziel ist es dabei, herauszuarbeiten, welche Tatbe-standsvoraussetzungen das NS-AufhG für die Aufhebung von Verurteilungen wegen Fahnenflucht vorsieht. In diesem Zusammenhang soll geklärt werden, ob das Gesetz eine Pauschalrehabilitierung leistet, oder ob es weiterhin bei ei-ner Einzelfallbetrachtung verbleibt. Die Untersuchung dieser Aspekte führt zu einer Kommentierung des Gesetzes.

Letztlich gilt es somit die Frage zu beantworten, ob das NS-AufhG eine Lö-sung des jahrelangen politischen und juristischen Streits liefert.

---

<sup>16</sup> So auch Beckmann, Rainer, Der Streit um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure, NZWehrr 1998, S. 46. Bei der öffentlichen Anhörung am 29.11.1995 im Deutschen Bun-destag zur Problematik der Wehrmachdeserteure wurde die Forschung der Wissenschaftler, die eine differenzierte Betrachtung fördern, sogar als „faschistisch“ bezeichnet; Deutscher Bundestag, 13. WP, Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 2.

### 3. Abgrenzung der Arbeit

Die vorliegende Arbeit soll keine neue Untersuchung über die Wehrmachtsgerichtsbarkeit liefern. Hierzu wurden schon einige Arbeiten erstellt. Die vorhandene Literatur teilt sich dabei in zwei Lager auf. Das eine lehnt die Wehrmachtsgerichtsbarkeit als Teil der „NS-Terrorjustiz“ grundsätzlich ab.<sup>17</sup> Das andere betrachtet sie als weitgehend rechtsstaatliche Justiz in einem Unrechtsstaat und teilweise sogar als Hort des Widerstands, in welcher es allerdings auch Unrechtsurteile gegeben habe.<sup>18</sup> Eine Entscheidung über diese Streitfrage soll und kann mit der Arbeit nicht gefällt werden. Vielmehr wird auf Grundlage des bereits vorliegenden Materials zur Wehrmachtsgerichtsbarkeit die Problematik um die Rehabilitierung von Wehrmachtsdeserteuren untersucht, da dieses schließlich auch die Grundlage für die Rechtsprechung, die Gesetzesinitiativen und letztlich das verabschiedete Gesetz bildet.<sup>19</sup>

---

<sup>17</sup> Die Wehrmachtjustiz ablehnend z.B.: Messerschmidt, Manfred, Was damals Recht war...: NS-Militär- und Strafjustiz im Vernichtungskrieg, hrsg. v. Wette, Wolfram, Essen 1996, S. 15 ff.; Wüllner, Fritz, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, Baden-Baden 1997, 29 ff.; Messerschmidt, Manfred/Wüllner, Fritz, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, Baden-Baden 1987, S. 9 ff.; Wette, Wolfram (Hrsg.), Deserteure der Wehrmacht: Feiglinge – Opfer – Hoffnungsträger, Essen 1995, S. 14 ff.; Ausländer, Fietje (Hrsg.), Verräter oder Vorbilder?, Bremen 1990, S. 65 ff.; Haase, Norbert, Deutsche Deserteure, Berlin 1987, S. 37 ff.; Haase, Norbert, „Gefahr für die Manneszucht“: Verweigerung und Widerstand im Spiegel der Spruchfähigkeit von Marinegerichten in Wilhelmshaven (1939-1945), Hannover 1996, S. 40 ff.; Fahle, Günter, Verweigern – Weglaufen – Zersetzen, Bremen 1990, S. 56 ff.; Friedrich, Jörg, Freispruch für die Nazi-Justiz, Berlin 1998, S. 179 ff.; Gritschneider, Otto, Furchtbare Richter: verbrecherische Todesurteile deutscher Kriegsgerichte, München 1998, S. 14 ff.

<sup>18</sup> So z.B.: Schweling, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, hrsg. v. Schwinge, Erich, Marburg 1977, S. 1 ff.; Schwinge, Erich, Verfälschung und Wahrheit: Das Bild der Wehrmachtsgerichtsbarkeit, Tübingen 1992, S. 9 ff.; Schwinge, Erich, Wehrmachtsgerichtsbarkeit eine Terrorjustiz?, Bonn 1993, 11 ff.; Bösch, Hermann, Dr. Karl Sack – Wehrmachtsrichter in der Zeit des Nationalsozialismus, Bonn 1993, S. 72 ff.; Zayas, Alfred M. de, Die Wehrmachtuntersuchungsstelle, 1995, S. 68 ff.; Filbinger, Hans, Die geschmähte Generation – Politische Erinnerungen, München 1994, S. 75 ff.; Roskothen, Ernst, Groß-Paris 1941-44 – Ein Wehrmachtsrichter erinnert sich, Tübingen 1989, S. 15 ff. Auch Alt-Bundeskanzler Helmut Schmidt, der als Offizier in der Wehrmacht gedient hat, schildert, daß die wenigsten Soldaten „Nazis“ gewesen seien. In seinen acht Jahren in der Wehrmacht habe er nicht einen einzigen überzeugten Nationalsozialisten als Vorgesetzten oder Kommandeur gehabt; Schmidt, Helmut, Menschen und Mächte, Berlin 1987, S. 18 ff.

<sup>19</sup> Siehe zu der Thematik auch die Untersuchungen von Seidler, Franz W., Fahnenflucht – Der Soldat zwischen Eid und Gewissen, München 1993, S. 127 ff.; Walmrath, Lothar, „Iustitia et disciplina“ – Strafgerichtsbarkeit in der deutschen Kriegsmarine 1939-1945, Frankfurt a.M. 1998, S. 595 ff.; Hannemann, Ludwig C. R., „Die Justiz der Kriegsmarine 1939-1945“ im Spiegel ihrer Rechtsprechung, Regensburg 1993, S. 384 ff.

Die oben dargestellte Zielsetzung wird im wesentlichen von folgenden Kernfragen umrissen:

1. Was sind die Gründe für die Heftigkeit, mit der die Auseinandersetzung um die Wehrmachtsdeserteure geführt wurde?
2. Ging es in dem Streit wirklich nur um die Wehrmachtsdeserteure, oder steckte anfänglich eine andere Absicht dahinter?

Das NS-AufhG mit den Regelungen, die Verurteilungen wegen Fahnenflucht betreffen, ist immer auch im Hinblick auf diese Fragen zu sehen. Die vorliegende Arbeit kann sich daher mit der Thematik nicht nur rein juristisch befassen. Sie muß die historischen Grundlagen des Fahnenfluchtatbestands aufzeigen und die militärstrafrechtlichen Vorschriften in der Zeit des Nationalsozialismus mit den Vorschriften aus der Zeit davor und heute in der Bundesrepublik Deutschland vergleichen. Es wird deutlich werden, daß die Problematik der Pauschal- oder Einzelfallrehabilitierung in der politischen Diskussion zu einer geradezu ideologischen Frage, dem bereits angesprochenen „ideologischen Glaubenskrieg“, erhoben wurde. Dies verlangt auch einen politikwissenschaftlichen Ansatz, der die politische Bedeutung deutlich macht und aufzeigt, welchen Einfluß sie auf die Rechtsprechung und auf das Gesetzgebungsverfahren gehabt hat.

Im ersten Teil der Arbeit wird auf die Entwicklung des Fahnenfluchtatbestands eingegangen. Es wird dargelegt, daß sich der Tatbestand der Fahnenflucht seit dem Militärstrafgesetzbuch von 1872 bis heute nicht mehr wesentlich geändert hat. Während des Zweiten Weltkrieges war die Desertion jedoch grundsätzlich mit Todesstrafe bedroht. Von dem militärrechtlich und –historisch gewachsenen Tatbestand der Fahnenflucht ist der durch die Nationalsozialisten eingeführte Tatbestand „Zersetzung der Wehrkraft“ zu unterscheiden.

Der zweite Teil befaßt sich mit der Entwicklung der Militärgerichtsbarkeit bis zum Zweiten Weltkrieg. Es wird der Unterschied zwischen den ordentlichen Kriegsgerichten mit festen Verfahrensregeln und den sogenannte Standgerichten und vor allem Sonderstandgerichten herausgearbeitet.

Im dritten Teil wird untersucht, ob die Verurteilungen wegen Fahnenflucht durch die Gesetzgebung der Alliierten nach dem Zweiten Weltkrieg aufgehoben wurden und welcher Schluß sich daraus für die Bewertung der deutschen Militärgerichtsbarkeit durch die Alliierten ziehen läßt.

Im vierten Teil wird die bundesdeutsche Nachkriegsgesetzgebung bezüglich der Entschädigung von Verfolgten des Nationalsozialismus dargestellt. Es stellt sich heraus, daß Fahnenflucht grundsätzlich nicht als Widerstandshandlung angesehen wurde. Die Darstellung des Versorgungsrechts ergibt, daß bis 1991 von der Rechtsprechung die militärgerichtlichen Verurteilungen als grundsätzlich rechtmäßig betrachtet wurden und sich diese Auffassung erst mit dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 11.09.1991 grundlegend änderte. Im Anschluß daran wird das Urteil und seine Begründung untersucht.

Der fünfte Teil stellt die politischen Anfänge der Wehrmachtsdeserteursdiskussion und auch ihren Hintergrund dar. Alsdann wird erörtert, wie sich das Urteil des BSG von 1991 auf die Haltungen der Parteien ausgewirkt hat und wie es dadurch 1997 zu einem Entschluß des Bundestages, welcher die Verurteilungen wegen Fahnenflucht grundsätzlich als Unrecht bezeichnete, und letztlich zur Verabschiedung des NS-AufhG kam.

Auf den Erkenntnissen der historischen Darstellungen und der rechtlichen und politischen Entwicklungen der vorangegangenen Teile aufbauend, schließt sich daran im sechsten Teil die Kommentierung des NS-AufhG an.

## Erster Teil

### Die geschichtliche Entwicklung des Fahnenflucht-/Desertionstatbestands

#### 1. Fahnenflucht in der Antike

Fahnenflucht ist keine spezielle Erscheinungsform des Zweiten Weltkriegs und der Deutschen Wehrmacht. Gesetzlich festgehalten wurden fahnenfluchtähnliche Tatbestände bereits seit der Antike. Das römische Zwölftafelgesetz von ca. 450 v.Chr. nennt z.B. militärrechtliche Straftaten wie die *perduellio*, die landesfeindliche Handlung.<sup>20</sup> Zum Landesfeind wurde ein Legionär, wenn er zum Feind überlief oder desertierte. Bestraft wurde dies mit der Hinrichtung durch das Schwert, Kreuzigung, Steinigung und Rutenprügel. An die Stelle der *perduellio* trat dann das *crimen laesae majestatis populi romani immunitatae*. Der Tatbestand war erfüllt, wenn das Heer eigenmächtig verlassen und dadurch eine Handlung begangen wurde, die für den Staat gefährlich war oder sein Ansehen beschädigte.<sup>21</sup>

Die Gesetzeskodifikation des oströmischen Kaiser Justinian I. im Jahre 527 n.Chr. beinhaltet im 49. Buch der Pandekten Grundsätze eines Militärstrafrechts. Es wurde hier bereits zwischen Fahnenflucht (*desertio*), unerlaubter Entfernung von der Truppe (*emansio*) und Überlaufen zum Feind (*transitio*) unterschieden.<sup>22</sup> Die größte Bedeutung kam im justinianischen Recht der sog. einfachen Desertion zu. Diese lag vor, wenn sich ein Soldat vom Heer entfernte, um sich längere Zeit dem Dienst zu entziehen und außerhalb des Lagers aufgegriffen wurde. Ebenso zählten dazu das Verlassen des Postens vor dem Feind und die Aufgabe des Wachpostens. Diese Desertion wurde zumeist relativ leicht bestraft, z.B. mit Versetzung in eine unbeliebte Provinz oder von den Reitern zu den Fußtruppen. Auf die zweite Desertion stand auch im Frieden die Todesstrafe.

---

<sup>20</sup> Sagmeister, Max E., Das Delikt der Fahnenflucht in historisch-dogmatischer Darstellung mit Berücksichtigung des österreichischen, italienischen u. französischen Militärstrafrechts, Jur. Diss. Erlangen, Landau 1908, S. 1.

<sup>21</sup> Siehe zur Geschichte der Fahnenflucht: Seidler, Franz W.: Fahnenflucht, S. 27 ff.

<sup>22</sup> Müller, Rudolf, Fahnenflucht und eigenmächtige Abwesenheit in geschichtlicher Sicht, in: Wehrwissenschaftliche Rundschau, 1960, S. 177.

Im Krieg war die Todesstrafe die Regel. Beihilfe, Mitwisserschaft und Begünstigung standen ebenfalls unter Strafe. Aber auch mildernde Umstände, die für einen Deserteur anzuführen waren und ihn vor der Todesstrafe bewahren konnten, kannte das iustinianische Recht. Darunter fielen z.B. eine kurze Dienstzeit eines Soldaten oder die freiwillige Rückkehr.<sup>23</sup>

Den Germanen waren solche Unterscheidungen fremd. Feiglinge wurden im Sumpf versenkt, Überläufer an einem kahlen Ast aufgehängt. Kam der Soldat aus der Schlacht zurück, während sein Herr getötet wurde, verfiel er der Rechtlosigkeit, da man ihm unterstellte, seinen Herrn treulos im Stich gelassen zu haben.<sup>24</sup>

Im späteren fränkischen Recht galt die Desertion als Treubruch gegenüber dem König (*infidelitas*), dem man den Treueid geleistet hatte. Sie zählte zu den *crimen maiestatis*. Unabhängig von irgendwelchen Motiven stand auf Desertion die Todesstrafe und die Einziehung des Vermögens.<sup>25</sup>

## 2. Fahnenflucht im 15.-18. Jahrhundert

In der auf dem Reichstag zu Nürnberg 1431 für den Feldzug gegen Böhmen erlassenen Konstitution wurde im Artikel 12 festgelegt, daß der Deserteur mit Leibes- und Vermögensstrafen und der Vertreibung seiner Angehörigen von Gut und Besitz zu rechnen hatte.<sup>26</sup> Nach den Kriegsartikeln von Maximilian I. aus dem Jahre 1508 war es die Pflicht eines jeden Söldners, seinen Nebenmann zu töten, wenn dieser weglaufen wollte.<sup>27</sup> Karl V. erklärte Deserteure für vogelfrei. Jeder durfte sie töten, wenn er sie antraf.<sup>28</sup> Im „Brandenburgisches Kriegsrecht und Artikulsbrief“ von 1656 fanden sich in den militärrechtlichen Bestimmungen die Grundsätze des römischen Rechts wieder. Sowohl Strafverschärfungs- als auch Strafmilderungsgründe bei Fahnenflucht waren vorgesehen. Grundsätzlich galt die Todesstrafe.

---

<sup>23</sup> Seidler, Franz W., Fahnenflucht, S. 27ff.

<sup>24</sup> Sagmeister, Max E., S. 8 ff.

<sup>25</sup> Sagmeister, Max E., S. 11; Müller, Rudolf, 1960, S. 179 f.

<sup>26</sup> Seidler, Franz W., Fahnenflucht, S. 30 f.

<sup>27</sup> Seidler, Franz W., Fahnenflucht, S. 30 f.

<sup>28</sup> Scheurig, Bodo, Desertion und Deserteure, in : Frankfurter Hefte, 1979, Heft 4, S. 39.

Die nun aufgestellten Kriegsgerichte hatten jedoch zu hinterfragen, ob der Deserteur seinen Lohn erhalten hatte, ob er zum Dienst gezwungen wurde, ob er an Hunger oder Durst litt, ob er unerfahren und jung war, freiwillig zurückkehrte oder seine Tat bereute. Entsprechend den unterschiedlichen Motiven für die Fahnenflucht gab es auch unterschiedliche Bestrafungsformen neben der Todesstrafe. 1711 wurde durch Friedrich I. von Preußen das Nasen- und Ohrenabschneiden und die Verurteilung zum Festungsbau, im Edikt König Friedrich Wilhelms I. von 1713 die Ehrloserklärung und die Vermögenskonfiszierung eingeführt.<sup>29</sup> Das preußische Kriegsrecht enthielt zu seinen *Preußischen Kriegsartikeln* von 1787 u.a. folgende Direktivregeln zur Desertion:

*„§ 2853. Des Verbrechens der Desertion ist ein Soldat nach dem 16ten Krieges-Artikel schuldig, wenn er seine Absicht, nicht ferner zu dienen, sondern zu entweichen durch Thathandlungen, oder Worte, oder Zeichen zu erkennen gibt.“<sup>30</sup>*

Im Anschluß daran heißt es: *„§ 2854. Wer in solcher Absicht die Mauern oder den Bezirk des Orts der Garnison, oder des ihm zu seinem Aufenthalt und Posten angewiesenen Orts verläßt, und außerhalb solcher Mauern oder Bezirke, es sey in Königl. oder in fremdem Landen, ergriffen wird, hat das Desertions-Verbrechen vollführt.“*

Als Strafe drohte dem einfachen Deserteur, also demjenigen, der die Desertion als einzelner Soldat beging, das 16malige Spießbrutenlaufen.<sup>31</sup> Das Spießbrutenlaufen war allerdings eine alles andere als harmlose Strafe. Die Verurteilten mußten zwischen den in zwei Reihen aufgestellten Soldaten durchlaufen. Die Reihen konnten 100 bis 400 Mann lang sein. Während des Durchlaufens wurden sie von den Soldaten mit Stöcken oder Ruten geschlagen.

---

<sup>29</sup> Seidler, Franz W., Fahnenflucht, S. 30 f.

<sup>30</sup> Cavan, George W.: Das Krieges- oder Militär-Recht, wie es solches jetzt bei der Königlich Preußischen Armee besteht. I. Band, Neudruck der Ausgabe 1801.

<sup>31</sup> „§2871. Die Strafe der einfachen vollführten Desertion eines Soldaten besteht nach dem 16ten Krieges-Artikel bei dem erstenmal in 16- und bei dem zweitenmal in 24maligem Gassenlaufen.“

Je nachdem wie oft die Soldaten die Gasse durchlaufen mußten, konnte diese Strafe auch zum Tod führen.<sup>32</sup> Für die dritte, einfache Desertion war die Todesstrafe durch den Strang vorgesehen.<sup>33</sup>

### 3. Fahnenflucht im 19. Jahrhundert bis zur Reichsgründung 1871

Im 19. Jahrhundert entstanden in einigen deutschen Staaten Militärstrafgesetzbücher, so z.B. in Preußen 1845 und in Bayern 1869. Wer sich nach Eintritt in den Soldatenstand durch Entweichung seinem militärischem Dienst entzog, beging nach § 91 Preußisches Militärstrafgesetzbuch Fahnenflucht. Sofern Umstände, wie Entfernung ohne Urlaub, Urlaubsüberschreitung, Wegbleiben nach Gefechten, Nichtmeldung nach beendigter Kriegsgefangenschaft vorlagen, die den Tatbestand der Desertion indizierten, mußte gem. § 92 der Angeklagte seine Unschuld beweisen. Fahnenflucht im Felde wurde mit Strafen zwischen 6 Jahren Festungshaft und Tod bedroht. Auf unerlaubte Entfernung stand Arrest. Sie lag vor, wenn der Soldat innerhalb von 48 Stunden freiwillig zurückkehrte bzw. seinen Urlaub nicht länger als acht Tage überschritt.<sup>34</sup>

Das Bayerische Militärstrafgesetzbuch (BayrMStGB) von 1869 nahm diese Differenzierungen nicht vor. Im Artikel 96 BayrMStGB hieß es:

*„Zum Thatbestande der Desertion ist es nicht erforderlich, daß der Deserteur die Absicht gehabt habe, sich der Erfüllung seiner Dienstpflicht für immer zu entziehen, oder daß er bestimmte Zeit von seiner Abtheilung abwesend war, oder daß er den Garnisons- oder Cantonnements-Rayon überschritten habe.“<sup>35</sup>*

---

<sup>32</sup> Sikora, Michael: Disziplin und Desertion, Strukturprobleme militärischer Organisation im 18. Jahrhundert, S.135.

<sup>33</sup> Cavan, George W., § 2875.

<sup>34</sup> Preußisches Militair-Strafrecht, Trier 1845, §§ 91 ff.

<sup>35</sup> Militärstrafgesetzbuch für das Königreich Bayern, München 1869, S. 35.

Die Strafe für Fahnenflucht „im Felde“ (im Kriegseinsatz) war bis zu zwölf Jahre Zuchthaus, im Wiederholungsfalle bis zu 16 Jahre. Mit der Todesstrafe wurden diejenigen bedroht, die zum Feind überliefen, einen Posten vor dem Feind aufgaben, aus einer belagerten Festung flohen oder die drei oder mehr Soldaten zur Fahnenflucht anstifteten.<sup>36</sup>

#### 4. Der Fahnenfluchttatbestand im Militärstrafgesetzbuch von 1872

Nach der Reichsgründung vom 18.01.1871 trat das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich (RMStGB) vom 20.06.1872<sup>37</sup> am 01.10.1872 in Kraft. Mit diesem Tag traten alle vorher von den deutschen Einzelstaaten erlassenen Militärstrafgesetze, wie z.B. die oben genannten bayerischen und preußischen, außer Kraft. Im RMStGB wurde erstmals auch tatbestandsmäßig zwischen Fahnenflucht und unerlaubter Entfernung unterschieden.<sup>38</sup> Um wegen Fahnenflucht bestraft werden zu können, mußte dem Soldaten nachgewiesen werden, daß er die Absicht hatte, sich seiner Dienstverpflichtung dauerhaft zu entziehen. Eine festgesetzte Abwesenheitsfrist, nach deren Ablauf der Tatbestand als erfüllt galt, gab es nicht. Die Absicht der dauerhaften Dienstverpflichtungsentziehung mußte daher meist mittels Indizien nachgewiesen werden.

Die objektiven und subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen der Fahnenflucht waren unabhängig davon, ob die Tat im Felde begangen wurde oder nicht. Im Krieg wurde die Fahnenflucht allerdings als eine wesentlich größere Gefahr für die Disziplin der Truppe angesehen. Folglich verschärfte sich das Strafmaß. Der erste Versuch wurde bereits als Verbrechen behandelt und mit fünf bis zehn Jahren Freiheitsstrafe bedroht.<sup>39</sup> Auf Desertion vor dem Feind, vom Posten vor dem Feind, aus einer belagerten Festung und das Überlaufen stand die Todesstrafe.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> Artikel 97-99 BayrMStGB.

<sup>37</sup> RGBl. S. 174.

<sup>38</sup> Vgl. §§ 64 ff. MStGB, Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872, Dr. jur. A. Romen und Dr. jur. Carl Rissom (Hrsg.), 2. Auflage, Berlin 1916.

<sup>39</sup> Vgl. Romen/Rissom, § 71 MStGB.

<sup>40</sup> Vgl. Romen/Rissom, § 73 MStGB.

Ebenso auf wiederholte Fahnenflucht, es sei denn, daß zwischen der Verbüßung oder dem Erlaß der ersten Strafe ein Zeitraum von fünf Jahren vergangen war. Gemeinschaftliche Fahnenflucht wurde mit Zuchthaus bestraft, den Anstiftern und Rädelsführern drohte die Todesstrafe.<sup>41</sup>

Im Gegensatz zum Individualstrafrecht des allgemeinen Strafgesetzbuchs von 1871 (RStGB) stand beim RMStGB der Schutz der soldatischen Gemeinschaft im Vordergrund. Ziel war insbesondere die Wahrung der militärischen Disziplin und nicht nur die Bestrafung des einzelnen Täters.<sup>42</sup> Dies kam auch in § 2 RMStGB zum Ausdruck, der eine lediglich entsprechende Anwendung der Vorschriften des RStGB auf militärische Verbrechen und Vergehen vorsah.<sup>43</sup> Als oberster Auslegungsgrundsatz hatte zu gelten, daß die allgemeinen Bestimmungen des RStGB immer nur insoweit Anwendung fanden, als dies mit den besonderen Bedürfnissen des Heeres, namentlich der unbedingt erforderlichen Wahrung der militärischen Disziplin (der „ganzen Seele der Armee“- so General-Feldmarschall Graf Helmuth von Moltke im Reichstag am 07. Juni 1872) zu vereinbaren war.<sup>44</sup>

#### 4.1. Der Erste Weltkrieg

Das Reichsmilitärstrafgesetz von 1872 galt während des gesamten Ersten Weltkriegs. Als Fahnenflüchtiger wurde nach § 69 RMStGB bestraft, wer sich von seiner Dienststelle oder seiner Truppe in der Absicht entfernte, sich „seiner gesetzlichen oder von ihm übernommenen Verpflichtung zum Dienst dauernd zu entziehen“. Das heißt, der Soldat mußte die Absicht gehabt haben, niemals wieder zur Truppe zurückzukehren, mindestens nicht bis zur Demobilisierung am Ende des Krieges. Den Nachweis hierfür sah man fast nur bei einem vorliegenden Geständnis als geführt an. Verurteilungen wegen Fahnenflucht waren dadurch erschwert. Im übrigen konnte die Todesstrafe nur bei Fahnenflucht durch Überlaufen zum Feind, durch Verlassen des Postens vor

---

<sup>41</sup> Vgl. Romen/Rissom, § 72 MStGB.

<sup>42</sup> Siehe auch Pietzner, Heinz, Die Fahnenflucht im Wehrstrafrecht, Jur. Diss., Königsberg 1939, S. 4.

<sup>43</sup> Vgl. Romen/Rissom, § 2 MStGB.

<sup>44</sup> Vgl. Romen/Rissom, § 2 MStGB, S. 39.

dem Feind oder einer belagerten Festung, oder bei Rückfall verhängt werden. Überläufer wurden aber entweder auf der Flucht erschossen oder aber konnten bei geglücktem Überlaufen nicht verurteilt werden. Belagerte Festungen gab es nicht, so daß auch diese Variante ausschied. Wegen Rückfall wurde nur zum Tode verurteilt, wer nach teilweiser verbüßter Strafhaft erneut fahnenflüchtig wurde; ansonsten lag wiederholte Fahnenflucht vor, die höchstens mit Zuchthaus bestraft wurde.<sup>45</sup>

150 deutsche Soldaten wurden während des Ersten Weltkriegs durch ein Militärgericht zum Tode verurteilt. 48 wurden hingerichtet, die anderen begnadigt. Von den 150 verurteilten Soldaten waren 49 wegen Fahnenflucht durch Verlassen des Postens vor dem Feind bzw. wegen Rückfall angeklagt gewesen. An 18 von ihnen wurde das Todesurteil vollstreckt.<sup>46</sup>

## 5. Die Weimarer Republik

Mit dem Ende des deutschen Kaiserreiches und der Ausrufung der deutschen Republik am 09.11.1918 trat das RMStGB keinesfalls außer Kraft. Lediglich die Sondergerichtsbarkeit der Militärgerichte wurde durch das Gesetz zur Aufhebung der Militärgerichte vom 17.08.1920<sup>47</sup> abgeschafft, nicht aber das Militärstrafgesetzbuch.

Somit hatte das RMStGB von 1872 auch noch seine Gültigkeit, als am 30.01.1933 Adolf Hitler zum Reichskanzler ernannt wurde und die Nationalsozialisten die Macht übernahmen.

---

<sup>45</sup> Vgl. Mayer, Helmuth, Militärjustiz im neuzeitlichen Krieg, in: Zeitschrift für Wehrrecht II (1937/38), S. 346 f.

<sup>46</sup> Vgl. Mayer, Helmuth, a.a.O., S. 343. Die Zahl von 18 wegen Fahnenflucht hingerichteten Soldaten nennt auch Schwinge, Erich, Die Entwicklung der Manneszucht in der deutschen, britischen und französischen Wehrmacht seit 1914, S. 48.

<sup>47</sup> RGBl. S. 1579.

## 6. Der Fahnenfluchttatbestand im Dritten Reich

1933 galt das RMStGB von 1872 in der Fassung vom 16.06.1926.<sup>48</sup> Mit Wirkung zum 01.01.1934 trat das Rahmengesetz zur Wiedereinführung der Militärgerichtsbarkeit vom 12.05.1933<sup>49</sup> in Kraft, dessen Grundlage ebenfalls das RMStGB von 1872 war. Eine weitere Anpassung erfuhr das RMStGB durch das Gesetz zur Änderung des MStGB und der MStGO (Militärstrafgerichtsordnung) vom 23.11.1934.<sup>50</sup> Nach der Einführung der allgemeinen Wehrpflicht durch das Wehrgesetz (WG) vom 21.05.1935 wurde das MStGB erneut durch das Gesetz vom 16.07.1935<sup>51</sup> ergänzt. Dabei wurde der Gesetzestext des MStGB an die Erfordernisse der durch das Wehrgesetz entstandenen neuen Wehrverfassung angeglichen.<sup>52</sup> Die Änderungen und Neueinführungen betreffen nicht den Tatbestand der Fahnenflucht. Für die vorliegende Untersuchung sind sie nicht von Bedeutung. Auf eine Darstellung der einzelnen Änderungen und Novellierungen kann deshalb an dieser Stelle verzichtet werden.

Durch Verordnung vom 10.10.1940<sup>53</sup> wurde das MStGB, nunmehr in der Fassung vom 16.07.1935, abermals mit Wirkung zum 01.12.1940 geändert. Der in dem geänderten MStGB enthaltene Tatbestand der Fahnenflucht behielt bis zum Ende des Zweiten Weltkrieges seine Gültigkeit und ist daher für die vorliegende Untersuchung maßgebend.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> RGBl. I S. 197; vgl. dazu die Neubekanntgabe des Textes nebst Einführungsgesetz und Anlage, RGBl. I S. 275.

<sup>49</sup> RGBl. I S. 264.

<sup>50</sup> RGBl. I S. 1165.

<sup>51</sup> RGBl. I S. 1021.

<sup>52</sup> Siehe dazu: Bredemeier, Karsten, „Kriegsdienstverweigerung im Dritten Reich: Ausgewählte Beispiele“, S. 57 ff.

<sup>53</sup> RGBl. I S. 1347.

<sup>54</sup> Der Tatbestand der unerlaubten Entfernung (§ 64 MStGB) lautete nun: „Wer unbefugt seine Truppe oder Dienststelle verläßt oder ihnen fernbleibt und vorsätzlich oder fahrlässig länger als drei Tage, im Felde länger als einen Tag, abwesend ist, wird mit Gefängnis oder Festungshaft bis zu zehn Jahren bestraft. In minder schweren Fällen kann die Strafe bis auf vierzehn Tage verschärften Arrests ermäßigt werden.“

Fahnenflucht wurde nach § 69 MStGB wie folgt definiert<sup>55</sup>:

*„(1) Wer in der Absicht, sich der Verpflichtung zum Dienste in der Wehrmacht dauernd zu entziehen oder die Auflösung des Dienstverhältnisses zu erreichen, seine Truppe oder Dienststelle verläßt oder ihr fernbleibt, wird wegen Fahnenflucht bestraft.*

*(2) Der Fahnenflucht steht es gleich, wenn der Täter in der Absicht seine Truppe oder Dienststelle verläßt oder ihnen fernbleibt, sich für die Dauer eines Krieges, kriegerischer Unternehmungen oder innerer Unruhen der Verpflichtung zum Dienste in der Wehrmacht überhaupt oder in den mobilen Teilen der Wehrmacht zu entziehen.“*

### **6.1. Vergleich mit den Bestimmungen des RMStGB von 1872**

Im Gegensatz zum RMStGB von 1872 gab es im MStGB in der Fassung vom 10.10.1940 keine besonderen Bestimmungen mehr für Fahnenflucht durch Überlaufen, Verlassen des Postens vor dem Feinde oder aus einer belagerten Festung, oder wegen Rückfalls. Die §§ 71 bis 75 MStGB entfielen.<sup>56</sup> Diese Vorschriften erfaßten Fallkonstellationen der Fahnenflucht, bei deren Vorliegen auf eine besonders harte Strafe, zumeist Todesstrafe, zu erkennen war. Schon im Ersten Weltkrieg hatten die §§ 71 bis 75 MStGB aber fast keine praktische Bedeutung gehabt, so daß man auf sie auch gänzlich verzichten konnte.

Die Formulierung des Grundtatbestands der Fahnenflucht hatte sich jedoch gegenüber dem alten RMStGB nicht wesentlich geändert. Entscheidendes subjektives Tatbestandsmerkmal für die Erfüllung des § 69 MStGB war weiterhin die Absicht, sich seiner Dienstverpflichtung dauernd entziehen zu wollen.

---

<sup>55</sup> Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S.18 ff.

<sup>56</sup> Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 20.

## 6.2. Vergleich mit § 16 des heutigen Wehrstrafgesetzes

Ein Vergleich mit dem heute gültigen § 16 Abs. 1 WStG<sup>57</sup> ergibt, daß auch im aktuellen Wehrstrafrecht die Tatbestandsdefinition für Desertion noch derjenigen des RMStGB und des MStGB entspricht. Die Voraussetzung für die Erfüllung des Desertionstatbestandes ist auch nach § 16 Abs. 1 WStG die Absicht, sich der Verpflichtung zum Wehrdienst dauernd entziehen zu wollen.<sup>58</sup> Der Gesetzestext ist lediglich entsprechend den staatlichen Veränderungen und den damit einhergehenden veränderten Bezeichnungen angepaßt worden. Statt „der Verpflichtung zum Dienste in der Wehrmacht“ heißt es nun „Verpflichtung zum Wehrdienst“. Hätte man im § 69 Abs. 1 MStGB das Wort „Wehrmacht“ durch „Bundeswehr“ ersetzt, so hätte dieser nahezu unverändert in das WStG übernommen werden können. Der Fall, daß sich ein Täter „für die Zeit eines bewaffneten Einsatzes“ entziehen will (§ 16 Abs. 1 WStG), entspricht § 69 Abs. 2 MStGB, der dafür die Umschreibung „für die Dauer eines Krieges, kriegerischer Unternehmungen oder innerer Unruhen“ enthält.<sup>59</sup>

Einen Unterschied zum früheren Recht enthält § 16 Abs. 1 WStG insoweit, daß es in Zeiten eines bewaffneten Einsatzes zur Erfüllung des Tatbestandes nicht mehr genügt, wenn sich der Täter dem Dienst „in den mobilen Einheiten der Wehrmacht“ entzieht (§ 69 Abs. 2 MStGB). Diese Regelung hatte zur Folge, daß auch der Soldat wegen Fahnenflucht bestraft werden konnte, der sich eigenmächtig von der Fronteinheit zu einem Heimattruppenteil begab. Nach dem heutigen Wehrstrafrecht wird dieser Fall von den Vorschriften über die eigenmächtige Abwesenheit (früher „unerlaubte Entfernung“), § 15 Abs. 1 und 2 WStG<sup>60</sup>, erfaßt.<sup>61</sup>

---

<sup>57</sup> Siehe S. 1.

<sup>58</sup> Schölz/Lingens, Kommentar zum Wehrstrafgesetz, § 16 RN 14.

<sup>59</sup> Schölz/Lingens, § 16 RN 18.

<sup>60</sup> § 15 WStG: „(1) Wer eigenmächtig seine Truppe oder Dienststelle verläßt oder ihr fernbleibt und vorsätzlich oder fahrlässig länger als drei volle Kalendertage abwesend ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes von seiner Truppe oder Dienststelle abgekommen ist und es vorsätzlich oder fahrlässig unterläßt, sich bei ihr, einer anderen Truppe oder Dienststelle der Bundeswehr oder einer Behörde der Bundesrepublik Deutschland innerhalb von drei vollen Kalendertagen zu melden.“

### 6.3. Ergebnis des Vergleichs der Fahnenfluchtatbestände

Sowohl die Fahnenfluchtbestimmungen zur Zeit der Weimarer Republik, als auch in der Zeit des Nationalsozialismus, wie auch im heutigen Wehrstrafgesetz sind auf das RMStGB von 1872 zurückzuführen. Zum Teil hatte dieses in entsprechend geänderter Fassung sogar noch unmittelbare Gültigkeit. Lediglich die Wortwahl wurde den jeweiligen staatlichen Gegebenheiten angepaßt. Auf die Definition von besonderen Fällen, z.B. Verlassen des Postens vor dem Feind etc., wurde verzichtet. Der deutschen Rechtstradition entsprechend unterschieden die §§ 64 ff MStGB in der Fassung vom 10.10.1940 zwischen einer leichteren Straftat mit der Bezeichnung „unerlaubte Entfernung“ und dem schwereren Delikt der Fahnenflucht. Qualitatives Merkmal für die Unterscheidung der beiden Tatbestände, deren äußeres Tatbild sich grundsätzlich glich, war auch im MStGB die innere Einstellung des Täters. Es kam nicht auf die bloße Dauer der Abwesenheit an, sondern darauf, ob sich der Täter nur vorübergehend von seiner Truppe entfernen oder aber ganz aufhören wollte, Soldat zu sein.<sup>62</sup>

Die §§ 15 und 16 des heutigen WStG setzen diese Rechtstradition fort.<sup>63</sup> Ein (wesentlicher) Unterschied zum Fahnenfluchtatbestand unmittelbar vor und während der Zeit des Nationalsozialismus besteht nicht. Als Ergebnis dieses Vergleichs läßt sich daher festhalten, daß der Tatbestand der Fahnenflucht in der Zeit des Nationalsozialismus und insbesondere während des Zweiten Weltkriegs frei von nationalsozialistischen Einflüssen war.

### 7. Die Strafandrohung für Fahnenflucht im Zweiten Weltkrieg / Der besonders schwere Fall der Fahnenflucht und die Sondervorschriften

Neben der Frage, ob der Tatbestand der Fahnenflucht in der Zeit des Dritten Reichs nationalsozialistische Besonderheiten aufwies, was soeben verneint wurde, ist auch die Strafandrohung für das Delikt von besonderem Interesse.

---

<sup>61</sup> Schölz/Lingens, § 16 RN 18.

<sup>62</sup> Schölz/Lingens, § 15 RN 1 f.

### 7.1. Die Strafverschärfung des § 70 MStGB durch die KSSVO

Die Definition des Fahnenfluchtbestands hat sich, wie eben dargestellt, nahezu kaum verändert. Ein gewichtiger Unterschied läßt sich aber bei der Strafandrohung für die Fahnenflucht ausmachen. Bis einschließlich der Fassung des MStGB vom 16.07.1935 war für die im Felde begangene Desertion grundsätzlich nur Gefängnis vorgesehen. Nur für bestimmte Fälle (z.B. Rückfall, Anstiftung, Fahnenflucht vom Posten vor dem Feind) kannte das MStGB Zuchthaus oder Todesstrafe.<sup>64</sup> Die Nationalsozialisten hielten diese Strafvorschriften insbesondere im Krieg für nicht ausreichend. Sie warfen der Militärjustiz vor, schon im Ersten Weltkrieg versagt zu haben und dadurch mit für dessen Ausgang verantwortlich gewesen zu sein. Adolf Hitler nahm in „Mein Kampf“ zur Desertionsproblematik des Ersten Weltkriegs und in künftigen Kriegen eindeutig Stellung und machte deutlich, welche Strafe er bei Desertion grundsätzlich für angemessen hielt: „... Zehntausende von Deserteuren, die ohne besonderes Risiko der Front den Rücken kehren konnten... Will man schwache, schwankende oder gar feige Burschen nichtsdestoweniger zu ihrer Pflicht anhalten, dann gibt es von jeher nur eine Möglichkeit: Es muß der Deserteur wissen, daß seine Desertion gerade das mit sich bringt, was er fliehen will. An der Front kann man sterben, als Deserteur muß man sterben... Daß man im Kriege aber praktisch die Todesstrafe ausschaltete, die Kriegsartikel also in Wirklichkeit außer Kurs setzte, hat sich entsetzlich gerächt.“<sup>65</sup>

Während man an einem neuen Wehrmachtstrafrecht arbeitete, das die obigen Ansichten Adolf Hitlers berücksichtigen sollte, wurde in Anbetracht eines bald möglichen Krieges die *Verordnung über das Sonderstrafrecht im Krieg und bei besonderem Einsatz* (KSSVO) vom 17.08.1938 geschaffen. Diese Verordnung sollte ein Notbehelf sein, da man das geltende Recht für nicht ausreichend hielt.

---

<sup>63</sup> Schölz/Lingens, § 15 RN 1 f.

<sup>64</sup> Vgl. §§ 70 ff MStGB in der Fassung vom 16.07.1935, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 20.

<sup>65</sup> Hitler, Adolf, Mein Kampf, S. 586-588.

Ihre Aufgabe war es daher, die „bedenklichsten Lücken des geltenden Rechts“ zu schließen.<sup>66</sup> Sie stellte folglich eine Ergänzung des MStGB dar. Die KSSVO trat am 26.08.1939 in Kraft<sup>67</sup> und galt mit Änderungen während des gesamten Zweiten Weltkriegs. Sie enthielt u.a. eine Vorschrift über die Anwendung der §§ 64, 67, 70 MStGB, wodurch die Strafandrohung für Fahnenflucht verschärft wurde. So bestimmte § 6 Abs. 1 der KSSVO, daß § 70 MStGB („Strafe für Fahnenflucht“) in folgender Fassung anzuwenden sei:

*„Bei Fahnenflucht ist auf Todesstrafe oder lebenslanges oder zeitiges Zuchthaus zu erkennen.“<sup>68</sup>*

Mit der Novellierung des MStGB vom 10.10.1940 wurde schließlich die Strafandrohung auch direkt im MStGB gemäß der Anwendungsverordnung des § 6 Abs. 1 KSSVO angepaßt. § 70 MStGB („Strafe für Fahnenflucht“) lautete nun:

*„(1) Die Strafe für Fahnenflucht ist Gefängnis nicht unter sechs Monaten.*

*(2) Wird die Tat im Felde begangen oder liegt ein besonders schwerer Fall vor, so ist auf Todesstrafe oder auf lebenslanges oder zeitiges Zuchthaus zu erkennen.*

*(3) Stellt sich der Täter, um den Wehrdienst fortzusetzen, binnen vier Wochen – im Felde binnen einer Woche – nach der Tat, so kann in den Fällen des Abs. 1 auf Gefängnis, in den Fällen des Abs. 2 auf Gefängnis nicht unter sechs Monaten erkannt werden.“<sup>69</sup>*

---

<sup>66</sup> Erläuterungen zur Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz vom 17.08.1938, abgedruckt bei Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im Zweiten Weltkrieg, S. 51 ff.

<sup>67</sup> VO. über das Inkrafttreten der KSSVO und der KStVO (Kriegsstrafverfahrensordnung) vom 26.08.1939, RGBl. I S. 1482, abgedruckt bei Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 56 f.

<sup>68</sup> Abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 49.

<sup>69</sup> Abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 19 f.

Mit Beginn des Zweiten Weltkrieges wurde also die Strafandrohung für Fahnenflucht durch die KSSVO bzw. die anschließende entsprechende Änderung des MStGB vom 10.10.1940<sup>70</sup> erheblich verschärft. Hatte der Täter vorher regelmäßig nur mit einer Gefängnisstrafe zu rechnen gehabt, so drohte ihm nun bereits bei der ersten Desertion („im Felde“) die Todesstrafe.

## 7.2. Der „besonders schwere Fall“ der Fahnenflucht

Mit der Novellierung des MStGB vom 10.10.1940 und der damit einhergehenden Strafverschärfung für Fahnenflucht im Felde wurde zusätzlich noch der „besonders schwere Fall“ der Fahnenflucht eingeführt, für den ebenfalls die Todesstrafe oder lebenslängliches oder zeitiges Zuchthaus vorgesehen war.<sup>71</sup>

Einen „besonders schweren Fall“ der Fahnenflucht gab es weder im Ersten Weltkrieg, noch gibt es ihn im heutigen Wehrstrafgesetz. Die oben aufgezählten Beispiele für mit der Todesstrafe bedrohte Desertion im Ersten Weltkrieg (Desertion vor dem Feind, Überlaufen, Rückfall, etc.), die in etwas geänderter Form auch noch im MStGB vom 16.07.1935 bis zum Inkrafttreten der KSSVO galten, bezeichnet man als eine sogenannte abschließende gesetzgeberische Nominierung strafändernder Umstände. Der Richter kann dabei die modifizierte Strafandrohung (also z.B. Todesstrafe) nur anwenden, wenn einer der im Gesetz genannten Umstände (z.B. Überlaufen zum Feind) festgestellt wird. Ist dies der Fall, so ist er aber gleichzeitig zur Anwendung der modifizierten Strafandrohung verpflichtet.<sup>72</sup> Das Ermessen des Richters beschränkt sich dann auf die ihm zur Verfügung gestellten Strafarten.

Anders liegt es bei einem „besonders schweren Fall“. Dem Strafrichter ist nun nicht mehr gesetzlich vorgegeben, wann er die modifizierte Strafandrohung anzuwenden hat. Es liegt in seinem Ermessen, ob die Tatumstände die Annahme eines besonders schweren Falles rechtfertigen.

---

<sup>70</sup> RGBI. I. S. 1347.

<sup>71</sup> S.o. § 70 Abs. 2 in der Fassung vom 10.10.1940: „...oder liegt ein besonders schwerer Fall vor,...“.

<sup>72</sup> So auch im heutigen Strafrecht, vgl. Schönke/Schröder, Kommentar zum StGB, Vorbem. §§ 38 ff, RN 38 ff (43).

Sofern er dies bejaht, kann er die Tat mit den dann in Betracht kommenden Strafarten (bei § 70 MStGB Todesstrafe, lebenslanges oder zeitiges Zuchthaus) ahnden.

Der „besonders schwere Fall“ widerspricht auch nach heute h.M. nicht rechtsstaatlichen Grundsätzen, insbesondere dem Grundsatz *nulla poena sine lege*. Die Normierung von besonders schweren Fällen gehört zum Bereich der sog. relativen Strafandrohung, die dem Richter einen gewissen Strafraumen zur Aburteilung einer Straftat zur Verfügung stellt. Die Weite des Strafraumens findet dabei ihr Gegengewicht in den verpflichtenden Grundsätzen der Strafzumessung.<sup>73</sup> Bei „besonders schweren“ oder aber auch „minder schweren“ Fällen erfolgt die Änderung des Strafraumens ohne Normierung der Voraussetzungen, unter denen die modifizierte Strafe anzuwenden ist.<sup>74</sup> Ein besonders schwerer Fall ist, sofern er im Gesetz erwähnt wird, auch im heutigen Strafrecht anzunehmen, wenn die objektiven und subjektiven Tatumstände selbst die erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden und deshalb für den ordentlichen Strafraumen bereits berücksichtigten Fälle derart an Strafwürdigkeit übertreffen, daß dieser Strafraumen zur Ahndung der Tat nicht ausreicht.<sup>75</sup> Eine Gesamtwürdigung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände ist dabei nach den verpflichtenden Grundsätzen der Strafzumessung vorzunehmen. Die Rechtsfigur „besonders schweren Fall“ wird daher auch heute für verfassungsmäßig gehalten.<sup>76</sup> In der Einführung eines besonders schweren Falles der Fahnenflucht an Stelle der abschließend gesetzgeberischen Nominierung strafändernder Umstände ist daher kein spezifisch nationalsozialistisches Militärstrafrecht zu sehen.

---

<sup>73</sup> Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 38 ff, RN 40.

<sup>74</sup> Schönke/Schröder, Vorbem. §§ 38 ff, RN 46 f.

<sup>75</sup> BGH 5, 130; 28, 319; 29, 322.

<sup>76</sup> BVerfGE 45, 371 ff.

### 7.2.1. Die Richtlinien des Führers und Oberbefehlshaber der Wehrmacht zur Anwendung der Todesstrafe bei Fahnenflucht

Sowohl nach der Anwendungsvorschrift des § 6 KSSVO, als auch nach der geänderten Fassung des MStGB vom 10.10.1940 hatte der Richter die Möglichkeit, bereits bei der ersten Desertion auf Todesstrafe, lebenslanges oder zeitiges Zuchthaus zu erkennen. Anhaltspunkte, welche Strafe bei welcher Tatbegehung angemessen wäre, gab es zu Beginn des Krieges nicht. Erst in den *Richtlinien des Führers und Oberbefehlshabers der Wehrmacht* vom 14.04.1940 gab Adolf Hitler bekannt, wann er die Verhängung der Todesstrafe grundsätzlich für geboten erachte. Absatz 1 der Richtlinie lautete:

*„Die Todesstrafe ist geboten, wenn der Täter aus Furcht vor persönlicher Gefahr gehandelt hat oder wenn sie nach der besonderen Lage des Einzelfalls unerlässlich ist, um die Manneszucht aufrechtzuerhalten. Die Todesstrafe ist im allgemeinen angebracht bei wiederholter oder gemeinschaftlicher Fahnenflucht und bei Flucht oder versuchter Flucht ins Ausland. Das gleiche gilt, wenn der Täter erheblich vorbestraft ist oder sich während der Fahnenflucht verbrecherisch betätigt hat.“<sup>77</sup>*

In allen anderen Fällen sollte geprüft werden, ob unter Berücksichtigung der Umstände Todesstrafe oder Zuchthaus angemessen wäre (Abs. 2 der Richtlinie). Insbesondere sollte die Todesstrafe nicht angebracht sein, wenn jugendliche Unüberlegtheit, falsche dienstliche Behandlung, schwierige häusliche Verhältnisse oder andere nicht unehrenhafte Beweggründe für den Täter hauptsächlich bestimmend waren.<sup>78</sup> Der Grund für diesen Führererlaß waren vermutlich die Erfahrungen aus dem Polenfeldzug des Septembers 1939. Gleich gelagerte Fälle von Fahnenflucht sollen während des Feldzuges mit derselben Begründung unterschiedlich bestraft worden sein.<sup>79</sup> Ziel der Richtlinie war, eine homogenere Bestrafung für Fahnenflucht zu erreichen.

---

<sup>77</sup> Richtlinien des Führers und Oberbefehlshabers der Wehrmacht für die Strafzumessung bei Fahnenflucht vom 14.04.1940, Amtliche Fußnote zu § 70 MStGB v. 10.10.1940 (RGBl. I S. 1353), abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, *Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg*, S. 77 f.

<sup>78</sup> Absolon, Rudolf, *Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg*, S. 77 f.

<sup>79</sup> Seidler, Franz W., *Fahnenflucht*, S. 139.

Die Todesstrafe war zur „Aufrechterhaltung der Manneszucht“ im Sinne der Richtlinie nach damaliger Auffassung dann geboten, wenn sich die Fälle von Fahnenflucht in einem bestimmten Truppenteil häuften, oder wenn es sich um eine Einheit handelte, in der „energisches Durchgreifen für die Wahrung des inneren Zusammenhalts unerlässlich ist“.<sup>80</sup> Als solche galten vor allem Bewährungsbataillone, in welchen Soldaten dienten, deren Strafe zur Bewährung an der Front ausgesetzt worden war, sowie Feldstrafgefangenenabteilungen.

Der Begriff der „Manneszucht“ stellte den Leitgedanken des Militärstrafrechts dar. Die „Manneszucht“ wurde als Grundvoraussetzung für den inneren Zusammenhalt der Truppe, als Grundlage der Disziplin, als Voraussetzung für das Funktionieren von Befehl und Gehorsam, als oberstes Gebot militärischen Lebens und als wichtigste Prämisse für die Schlagkraft der Wehrmacht angesehen.<sup>81</sup> Sie bildete damit den „Lebensnerv“ des Militärs.<sup>82</sup> Im heutigen Wehrstrafrecht ist dieser Begriff nicht mehr geläufig und läßt sich wohl am besten mit der „Disziplin der Truppe“ umschreiben.

Im Frieden wurde ein besonders schwerer Fall der Fahnenflucht insbesondere dann angenommen, wenn der Täter wegen Fahnenflucht vorbestraft war, einen höheren Dienstgrad bekleidete, ins Ausland geflüchtet war oder es sich um gemeinschaftliche Fahnenflucht handelte. Unter Berücksichtigung obiger Richtlinien lag ein „besonders schwerer Fall“ im Krieg regelmäßig vor, wenn die Fahnenflucht vom Posten vor dem Feind oder aus einer belagerten Festung begangen wurde, oder wenn der Täter zum Feind überlief.<sup>83</sup>

Die ehemals abschließend gesetzgeberisch nominierten strafändernden Umstände (§§ 71 bis 75 MStGB) dienten somit nun als Beispiele für besonders strafwürdiges Verhalten, für welches der normale Strafraum nicht mehr ausreichen und es sich daher um einen „besonders schweren Fall“ handeln sollte.

---

<sup>80</sup> Schwinge, Erich, Militärstrafgesetzbuch, S. 193 f.

<sup>81</sup> So im Ergebnis Schwinge, Erich, Die Entwicklung der Manneszucht in der deutschen, britischen und französischen Wehrmacht seit 1914.

<sup>82</sup> So Schwinge, Erich, Militärstrafgesetzbuch, S. 6.

<sup>83</sup> Schwinge, Erich, Militärstrafgesetzbuch nebst Kriegssonderstrafrechtsverordnung, S. 192; vgl. auch Rittau, Martin, Militärstrafgesetzbuch mit Einführungsgesetz und Kriegssonderstrafrechtsverordnung, S. 124 ff.

### 7.3. Die weitere Strafverschärfung im Laufe des Krieges

Mit der Anhebung der Strafandrohung für Fahnenflucht durch Inkrafttreten der KSSVO und der Neufassung des MStGB vom 10.10.1940 gingen noch weitere Strafverschärfungen sowie die Bildung neuer unter Strafe gestellter Tatbestände einher. Die Frist für die Erfüllung des Tatbestands der unerlaubten Entfernung (§ 64 MStGB) wurde beispielsweise von drei auf einen Tag verkürzt.<sup>84</sup> Ein neuer Straftatbestand der „Zersetzung der Wehrkraft“ wurde eingeführt.

#### 7.3.1 Der Tatbestand der „Zersetzung der Wehrkraft“, § 5 KSSVO

§ 5 KSSVO beinhaltete den neu geschaffenen Tatbestand „Zersetzung der Wehrkraft“. Darunter fiel u.a. die öffentliche Aufforderung, den Dienst in der Wehrmacht zu verweigern, die Aufforderung zum Ungehorsam, zur Widersetzung oder Tötlichkeit gegenüber Vorgesetzten oder zur Fahnenflucht oder zur unerlaubten Entfernung, Entzug von Wehrdienst durch Selbstverstümmelung, die Kriegsdienstverweigerung oder die „sonstige Untergrabung der Manneszucht“ in der Wehrmacht. Der Tatbestand der Verleitung zur Fahnenflucht (§ 78 MStGB) wurde durch die KSSVO für nicht mehr anwendbar erklärt.<sup>85</sup> Anstiftung (Verleitung) zur Fahnenflucht fiel nun direkt unter § 5 KSSVO, Beihilfe dann, wenn die Beihilfehandlung objektiv und subjektiv „zersetzend“ war.

Auf „Zersetzung der Wehrkraft“ stand grundsätzlich die Todesstrafe. Nur in „minder schweren Fällen“ durfte auf Zuchthaus oder Gefängnis erkannt werden.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Siehe Neuregelung des § 64 MStGB durch § 6 KSSVO, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 49.

<sup>85</sup> § 6 KSSVO, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 49.

<sup>86</sup> § 5 KSSVO, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 48.

Eine „sonstige Untergrabung der Manneszucht“ in der Wehrmacht lag z.B. vor bei „Erregung von Unlust und Mißvergnügen bei bestimmten Soldaten, Wühlarbeit gegen Vorgesetzte, Begehung von Ungehorsam, um beispielgebend zu wirken“.<sup>87</sup> Ziel von § 5 KSSVO war, daß „Zersetzungerscheinungen, die dem inneren Zusammenhalt und der Schlagkraft der deutschen Wehrmacht gefährlich zu werden vermögen, (...) so in Zukunft im Keime gepackt und erstickt werden“ (können).<sup>88</sup> Durch die grundsätzliche Strafandrohung der Todesstrafe wurde somit die „Zersetzung der Wehrkraft“ härter unter Strafe gestellt als die Fahnenflucht selbst, bei der wenigstens zwischen Todesstrafe und lebenslangem oder zeitigem Zuchthaus entschieden werden konnte.

### 7.3.2. Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens, § 5a KSSVO

Durch die 1. Ergänzungsverordnung zur KSSVO vom 01.11.1939<sup>89</sup> wurde dem § 5 KSSVO noch ein § 5a angefügt. § 5a KSSVO erlaubte die „Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens“ bei Verstößen „gegen die Manneszucht oder die Gebote des soldatischen Mutes“.

§ 5a KSSVO in der Fassung vom 01.11.1939 lautete: *„Personen, die dem Kriegsverfahren unterliegen, sind wegen strafbarer Handlungen gegen die Manneszucht oder das Gebot soldatischen Mutes unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens mit Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahren, mit lebenslangem Zuchthaus oder mit dem Tode zu bestrafen, wenn es die Aufrechterhaltung der Manneszucht oder die Sicherheit der Truppe erfordert.“*<sup>90</sup>

Die KSSVO wurde im Laufe des Krieges insgesamt sechsmal novelliert. Im Vordergrund stand dabei die „Aufrechterhaltung der Manneszucht“ und die Ausrichtung des Strafrahmens an dem „gesundem Volksempfinden“. So erhielt § 5a durch die fünfte Verordnung zur KSSVO vom 05.05.1944<sup>91</sup> folgende erweiterte Fassung:

---

<sup>87</sup> Schwinge, Erich, Militärstrafgesetzbuch, S. 426.

<sup>88</sup> Schwinge, Erich, Militärstrafgesetzbuch, S. 426.

<sup>89</sup> RGBl. I S. 2131.

<sup>90</sup> § 5a KSSVO in der Fassung vom 01.11.1939, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtsstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 57.

<sup>91</sup> RGBl. I S. 115.

- „(1) Bei allen Tätern, die durch eine vorsätzliche strafbare Handlung einen schweren Nachteil oder eine ernste Gefahr für die Kriegführung oder die Sicherheit des Reiches verschuldet haben, kann unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens die Strafe bis zur Höchstgrenze der angeordneten Strafart erhöht oder auf zeitiges oder lebenslanges Zuchthaus oder auf Todesstrafe erkannt werden, wenn der regelmäßige Strafrahmen nach gesundem Volksempfinden zur Sühne nicht ausreicht. Das gleiche gilt für alle fahrlässigen strafbaren Handlungen, durch die ein besonders schwerer Nachteil oder eine besonders ernste Gefahr für die Kriegführung oder die Sicherheit des Reichs verschuldet wurde.
- (2) Bei strafbaren Handlungen gegen die Manneszucht oder das Gebot soldatischen Mutes kann der regelmäßige Strafrahmen ebenso überschritten werden, wenn es die Aufrechterhaltung der Manneszucht oder die Sicherheit der Truppe erfordert.“<sup>92</sup>

Wie schon § 5 betraf auch § 5a KSSVO den Fahnenfluchtstatbestand nicht direkt. Wurde dieser als erfüllt angesehen, so hatte der Richter bei der Strafzumessung auf Grund der oben zitierten Richtlinien des Führers bereits regelmäßig zu prüfen, ob die Verhängung der Todesstrafe zur Aufrechterhaltung der Manneszucht geboten erschien. § 5a KSSVO eröffnete aber dem Richter die Möglichkeit, z.B. in den Fällen, in denen die Absicht des Täters, sich der Verpflichtung zum Dienst in der Wehrmacht dauernd entziehen zu wollen, nicht nachgewiesen werden konnte und deshalb auf unerlaubte Entfernung (§ 64 MStGB) zu entscheiden war, welche vom Gesetz mit Gefängnis oder Festungshaft bedroht wurde, unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens dennoch auf Zuchthaus oder Todesstrafe zu erkennen. Es kam lediglich darauf an, daß der Richter die Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens zur „Aufrechterhaltung der Manneszucht“ für geboten erachtete.

---

<sup>92</sup> Abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 61 f.

Unter Berufung auf die Aufrechterhaltung der Manneszucht oder der Sicherheit der Truppe bzw. das Verschulden eines schweren Nachteils oder einer ernststen Gefahr für die Kriegführung konnte über § 5a KSSVO eine nahezu uneingeschränkte Vielzahl von Delikten mit Zuchthaus oder dem Tod bestraft werden. Es war ausdrücklich nicht ausgeschlossen, daß die Manneszucht auch durch grobe Verstöße gegen die allgemeinen Strafgesetze geschädigt werden konnte.<sup>93</sup> Es mußte sich also nicht einmal um militärische Delikte handeln. Die Kommentierung zum § 5a KSSVO benennt z.B. Sittlichkeitsdelikte, Widerstand gegen die Staatsgewalt, massenhaftes Auftreten von Diebereien und die Verurteilung wegen Volltrunkenheit nach § 330a RStGB, bei denen eine Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens geboten sein konnte.<sup>94</sup>

#### **7.4. Ergebnis der Darstellung zur Strafandrohung bei Fahnenflucht, der Strafverschärfungen und der eingeführten Sondertatbestände der KSSVO**

Während der Tatbestand der Fahnenflucht vor, während und nach der Zeit des Nationalsozialismus keine wesentlichen Änderungen erfuhr, gab es solche allerdings im Bereich der Strafandrohung. Von 1872 bis 1940 stand auf Fahnenflucht lediglich Gefängnisstrafe und in besonderen, gesetzlich abschließend nominierten Fällen auch die Todesstrafe. Ab 1940, d.h. während des Zweiten Weltkriegs, war in der Regel auf Zuchthaus oder Todesstrafe zu erkennen. Im heutigen § 16 Abs. 1 WStG wird Fahnenflucht mit zeitiger Freiheitsstrafe bedroht. Die Todesstrafe ist in der Bundesrepublik Deutschland abgeschafft.<sup>95</sup> Aus der Abschaffung der Todesstrafe kann jedoch nicht bereits auf die Rechtswidrigkeit von Todesurteilen wegen Fahnenflucht geschlossen werden. Auch in westlichen Demokratien wurde die Todesstrafe noch bis weit nach Ende des Zweiten Weltkrieges verhängt, in den USA wird sie auch heute noch vollstreckt. Es ist daher zu berücksichtigen, daß sie vor, während und nach dem Zweiten Weltkrieg als Strafe anerkannt war.

---

<sup>93</sup> Erläuterungen zur Verordnung über das Sonderstrafrecht im Kriege und bei besonderem Einsatz, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 55 f.

<sup>94</sup> Schwinge, Erich, Militärstrafgesetzbuch, S. 449 f.

<sup>95</sup> Art. 102 GG: „Die Todesstrafe ist abgeschafft.“

Die Frage der Rechtmäßigkeit von Todesurteilen haben deshalb die Gerichte in der Bundesrepublik Deutschland immer differenziert betrachtet und nicht allein an der Todesstrafe festgemacht.<sup>96</sup>

Von dem nahezu unverändert gebliebenen Fahnenfluchttatbestand zu unterscheiden ist der durch § 5 KSSVO eingeführte Tatbestand der „Zersetzung der Wehrkraft“. Dieser umfaßte eine Vielzahl von Tatbeständen wie Selbstverstümmelung, Anstiftung zum Ungehorsam, zur Fahnenflucht, etc. Darüber hinaus war er aber so allgemein gehalten, daß nahezu jede kritische Äußerung unter den Zersetzungstatbestand subsumiert werden, oder aber jede noch so geringfügig von den Normen abweichende Handlung als „Untergrabung der Manneszucht“ und damit ebenfalls als Wehrkraftzersetzung verurteilt werden konnte, auf welche nur in „minder schweren Fällen“ nicht die Todesstrafe stand.

Über den zusätzlich eingeführten § 5a KSSVO konnten selbst isoliert betrachtet unbedeutende Straftaten mit Zuchthaus oder mit dem Tode bestraft werden, da nicht die Rücksicht auf den einzelnen, sondern das Wohl der Gemeinschaft entscheidend war.<sup>97</sup> Durch die Einführung des „gesunden Volksempfindens“ als Maßstab für die Bestrafung eines Täters wurde die Möglichkeit einer ideologischen Argumentation bei der Beurteilung der „Todeswürdigkeit“ einer Straftat erweitert.<sup>98</sup> Der Richter konnte unter Berufung auf das „gesunde Volksempfinden“ den regelmäßigen Strafraumen überschreiten und beispielsweise auf Todesstrafe statt Gefängnis erkennen, allein weil er der Ansicht war, daß die vom Gesetz eigentlich vorgesehene Gefängnisstrafe dem „Sühnebedürfnis der Volksgemeinschaft“ nicht genügen würde.<sup>99</sup>

---

<sup>96</sup> So auch der BGH in seinem vorwiegend die DDR-Justiz, aber auch die NS-Justiz betreffenden Urteil vom 16.11.1995, BGHSt 41, 317 ff.

<sup>97</sup> So Schwinge, Erich, Die Entwicklung der Manneszucht, S. 64.

<sup>98</sup> So auch Seidler, Franz W., Das Justizwesen der Wehrmacht, in: Die Soldaten der Wehrmacht, H. Poepfel, W.-K. Prinz v. Preußen, K.-G. v. Hase (Hrsg.), S. 368.

<sup>99</sup> Erlaß des OKW vom 09.04.1943, abgedruckt bei: Rittau, Martin, Militärstrafgesetzbuch, eingefügt zwischen Seite 42 und 43.

Die weite Fassung des § 5 KSSVO, unter dessen Tatbestand nahezu jedes unbotmäßige Verhalten subsumiert werden konnte, und die Erlaubnis des § 5a KSSVO, den gesetzlichen Strafrahmen unter Berufung auf das „Volksempfinden“ zu überschreiten, ermöglichten die Verhängung der Todesstrafe für eine nicht mehr vorhersehbare Anzahl von Delikten. Die §§ 5, 5a KSSVO verstießen daher eindeutig gegen das Bestimmtheitsgebot im Strafrecht und genügen rechtsstaatlichen Anforderungen deshalb nicht.

#### **7.4.1. Abgrenzung zwischen Fahnenflucht und den Sondervorschriften der §§ 5, 5a KSSVO**

Der Fahnenfluchttatbestand war von den neu eingeführten §§ 5, 5a KSSVO nicht berührt. Verurteilungen wegen Fahnenflucht und Verurteilungen wegen Wehrkraftzersetzung, worunter auch die Kriegsdienstverweigerung fiel, oder unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens sind daher deutlich voneinander zu unterscheiden. Bei der Fahnenflucht handelte es sich um einen „klassischen“ Militärstraftatbestand, während die „Zersetzung der Wehrkraft“ in ihrer weiten Formulierung und die „Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens“ die Möglichkeit einer auch (nationalsozialistisch) ideologisch begründeten Strafe eröffneten.



## Zweiter Teil

### Die Militärgerichtsbarkeit

Die Ausführungen zum Tatbestand der Fahnenflucht als „klassisches Militärdelikt“ und dem durch die KSSVO neu eingeführten Zersetzungstatbestand sowie der Möglichkeit zur Überschreitung des gesetzlich vorgesehenen Strafrahmens machen deutlich, daß die Frage der Rechtmäßigkeit der Verurteilung zum einen davon abhängt, nach welchen Vorschriften der Täter bestraft wurde. Zum anderen richtet sich diese aber auch nach dem Strafverfahren, welchem der Verurteilte unterworfen wurde. Denn ohne ein weitestgehend rechtsstaatliches Verfahren kann auch eine Verurteilung wegen eines anerkannten Straftatbestands rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügen.<sup>100</sup> Daher wird nachfolgend das Militärstrafverfahren dargestellt, welchem sich ein Angeklagter wegen Fahnenflucht im Zweiten Weltkrieg stellen mußte. Zum umfassenden Verständnis wird dabei zunächst auf die historische Entwicklung der Militärgerichtsbarkeit sowie deren Stellung als Sonderjustiz eingegangen.

---

<sup>100</sup> Aus dem gleichen Grund wurden auch die Verurteilungen der sog. „Waldheimer Prozesse“ der DDR-Justiz aus dem Jahr 1950 durch das Erste SED-Unrechtsbereinigungsgesetz – 1. SED-UnBerG v. 29.10.1992 (BGBl. I S. 1814) in toto aufgehoben, obwohl sich unter den Verurteilten auch Kriegsverbrecher befanden, das Verfahren aber einem Schauprozeß gleichkam und daher mit „wesentlichen Grundsätzen einer freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung unvereinbar“ war (Artikel 1 § 1 Abs. 2 des 1. SED-UnBerG).

## 1. Die geschichtliche Entwicklung der Militärgerichtsbarkeit

Im Altertum kannte man nicht nur spezielle militärische Delikte wie die Fahnenflucht, sondern unterstellte diese bereits insbesondere während eines Feldzuges einer eigenen Strafgewalt als besonderes Mittel zur Aufrechterhaltung der Disziplin.<sup>101</sup>

Die Griechen verfügten über Geschworenengerichte, bei den Römern entschied der Konsul, der Diktator oder der Imperator über strafrechtliche Verstöße.<sup>102</sup> In Germanien galt der Befehl des Königs oder Heerführers. Später bildete man Standesgerichte der Ritter und Gerichte der Landsknechte.<sup>103</sup> Mit dem Aufkommen stehender Heere im 15. Jahrhundert entwickelte sich erstmals eine eigene Militärgerichtsbarkeit als Ausfluß der Kommandogewalt. 1499 schuf Kaiser Maximilian die Kriegsgerichte für das Heer. Die Gerichte waren dem Obersten der betreffenden Einheit als Teil seiner Befehlsgewalt unterstellt. Die Kriegsgerichte oder Militärstrafgerichte als militärische Sondergerichte für Straftaten von Soldaten waren damit entstanden.<sup>104</sup>

In Preußen galt zunächst schwedisches Kriegsrecht. 1712 erließ Friedrich I. eine Kriegsgerichtsordnung. 1808 traten in Preußen an die Stelle der früheren Regimentsauditeure Militärgerichte.<sup>105</sup> 1812 wurde die bestehende Kriegsgerichtsordnung durch das *Regulativ zur Reorganisation der Militärgerichte* geändert, woraus letztlich die Preußische Militärgerichtsordnung vom 03.04.1845 entstand. Danach übte ein Befehlshaber die Strafgewalt über seine Untergebenen aus.

---

<sup>101</sup> Siehe zur Geschichte der Militärgerichtsbarkeit Block, Just, Die Ausschaltung und Beschränkung der deutschen ordentlichen Militärgerichtsbarkeit während des Zweiten Weltkrieges, Diss. jur., Würzburg 1967, S. 3 ff.; Schwind, Hans-Dieter, Umfang und Träger der Wehrstrafgerichtsbarkeit, Diss. Jur., Hamburg 1966, S. 3 ff.; Schwind, Hans-Dieter, Kurze Geschichte der deutschen Kriegsgerichte, München 1966, S. 3 ff.

<sup>102</sup> Block, Just, a.a.O.

<sup>103</sup> Block, Just, a.a.O.

<sup>104</sup> Siehe dazu auch Steinkamm, Eike, Die Wehrstrafgerichtsbarkeit im Grundgesetz der Bundesrepublik, S. 4 ff.

<sup>105</sup> Siehe zur Geschichte des Militärstrafrechts und der Militärgerichtsbarkeit auch: Absolon, Rudolf, Wehrgesetz und Wehrdienst 1935 – 1945, S. 277 ff.

Als Organe standen ihm der Untersuchungsführer, das Spruchgericht und der Auditeur, der den Befehlshaber als Gerichtsherrn beriet, zur Verfügung. Der Befehlshaber als Gerichtsherr war der eigentliche Inhaber der Strafgewalt und Richter. In Bayern wurde auf Grund einer ähnlichen Entwicklung 1869 die Bayerische Militärstrafgerichtsordnung eingeführt. Die Reichsgründung von 1871 führte zu einer Reformierung des allgemeinen Strafverfahrens durch Einführung größerer Garantien für den Beschuldigten, wie die Beachtung des Grundsatzes der Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Verhandlung, Zulassung von Verteidigern und Einführung von Rechtsmitteln. Diese Grundsätze flossen schließlich auch in die Reichsmilitärstrafgerichtsordnung vom 01.12.1898 (RMStGO)<sup>106</sup> ein, welche vorwiegend auf der Preußischen und Bayerischen Militärstrafgerichtsordnung aufgebaut war und am 01.10.1900 in Kraft trat. Nach dieser Gerichtsordnung bedurften Urteile der Bestätigung, bevor sie rechtskräftig wurden. Bei Feldurteilen, d.h. Urteilen im Krieg, gab es kein Rechtsmittel. Gerichtsherr war der militärische Befehlshaber, dem die gesamte Leitung des Verfahrens von der Anklage bis zur Vollstreckung oblag. Rechtsfindung und Urteilsausspruch waren seinem Einfluß entzogen.<sup>107</sup> Der Gerichtsherr konnte aber Urteile aufheben, bestätigen oder mildern.<sup>108</sup> Die Gerichte waren ausschließlich mit sogenannten „Gerichtsoffizieren“ besetzt. Bis zum Ende des Ersten Weltkrieges blieb die RMStGO in Kraft.

Mit Abschaffung der Wehrpflicht wurde durch das Gesetz vom 17.08.1920<sup>109</sup> auch die Militärgerichtsbarkeit in der Weimarer Republik abgeschafft. Adolf Hitler führte die Militärgerichtsbarkeit durch Gesetz vom 12.05.1933<sup>110</sup> auf der Grundlage der RMStGO von 1898 wieder ein. Diese wurde dann durch die MStGO vom 04.11.1933<sup>111</sup> mit Wirkung zum 01.01.1934 ersetzt, welche weitgehend der RMStGO entsprach.

---

<sup>106</sup> RGBl. S. 1189.

<sup>107</sup> Steinkamm, Eike, a.a.O.

<sup>108</sup> Block, Just, a.a.O.

<sup>109</sup> RGBl. S. 1579.

<sup>110</sup> RGBl. I. S. 264.

<sup>111</sup> RGBl. 1935, S. 921.

## 2. Die Stellung der Militärgerichtsbarkeit als Sonderjustiz

Bei der Militärjustiz handelt es sich grundsätzlich um eine Sonderjustiz. Der Begriff der „Sonderjustiz“ darf jedoch nicht mit sog. Ausnahmegerichten verwechselt werden. Ausnahmegerichte sind Gerichte, die in Abweichung von den allgemeinen gesetzlichen Zuständigkeitsregeln ad hoc zur Entscheidung bestimmter Einzelfälle gebildet werden.<sup>112</sup> Die Bildung von Ausnahmegerichte verstößt gegen das GG und ist daher in der Bundesrepublik Deutschland nicht zulässig.<sup>113</sup>

Der Begriff der militärischen „Sonderjustiz“ hat auch nichts mit den „Sondergerichten“ des Dritten Reiches zu tun, deren Aufgabe es war, bestimmte (politische) Straftaten im Sinne des Nationalsozialismus abzuurteilen.<sup>114</sup> Militärjustiz ist Sonderjustiz, weil sie an die Stelle der „zivilen“ Justiz tritt und deren Aufgabe für einen bestimmten Personenkreis und für bestimmte (militärische) Delikte übernimmt, also für ein bestimmtes Sachgebiet zuständig ist. Es handelt sich also insoweit um besondere Fachgerichte. Die Bildung von Sonderfachgerichten<sup>115</sup> ist auch in der Bundesrepublik Deutschland zulässig und üblich. Sie sind kraft gesetzlicher Regelungen allgemein für einen bestimmten Kreis von Rechtsangelegenheiten außerhalb der „ordentlichen“ Gerichte der Zivil-, Straf- und Verwaltungsgerichtsbarkeit zuständig.

---

<sup>112</sup> BVerfGE 3, 228; 8, 1982.

<sup>113</sup> Art. 101 Abs. 1 GG: „Ausnahmegerichte sind unzulässig. Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden.“

<sup>114</sup> Schweling, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 1 ff. Siehe zu Aufgaben und Tätigkeit der Sondergerichte: Weckbecker, Gerd, Zwischen Freispruch und Todesstrafe, Die Rechtsprechung der nationalsozialistischen Sondergerichte Frankfurt/Main und Bromberg, dort insbesondere S. 36 ff („Nationalsozialistische Sondergerichte“) sowie Schwarz, Alfons, Rechtsprechung durch Sondergerichte, Zur Theorie und Praxis im Nationalsozialismus am Beispiel des Sondergerichts Berlin, dort insbesondere S. 29 ff („Die strafrechtliche Zuständigkeit der Sondergerichte“). Die Sondergerichte befaßten sich bereits ab 1933 vorwiegend mit Verstößen gegen die sog. HeimtückeVO und das HeimtückeG, welche Äußerungen gegen die nationalsozialistische Staatsführung und die NSDAP nebst ihrer Gliederungen unter Strafe stellten. Ab 1941 verlagerte sich der Schwerpunkt der sondergerichtlichen Tätigkeit auf die Ahndung der allgemeinen Kriminalität unter Anwendung der rein nationalsozialistisch geprägten Kriegswirtschafts-, Volksschädlings-, Gewalt-, Sittlichkeits- und GewohnheitsverbrecherVO (Schwarz, Alfons, a.a.O., S. 59 ff.).

<sup>115</sup> Art 101 Abs. 2 GG: „Gerichte für besondere Sachgebiete können nur durch Gesetz bestimmt werden.“

Sondergerichte sind z.B. die heute bestehenden Arbeits-, Sozial-, Finanz-, Jugend-, Disziplinar-, Ehren- und Berufsgerichte.<sup>116</sup> Die ausschließliche Befassung mit bestimmten Rechtsverhältnissen soll dabei ein Höchstmaß an Kompetenz garantieren und die „ordentlichen“ Gerichte entlasten.

Das Grundgesetz eröffnet in Art. 96 Abs. 2 auch ausdrücklich die Möglichkeit zur Bildung von Wehrstrafgerichten als Sondergerichte.<sup>117</sup> Die besondere Kompetenz von Militärgerichten wird vor allem damit begründet, daß sie eine größere Sachkunde im militärischen Bereich, eine genauere Kenntnis des Soldatenlebens und der soldatischen Psyche haben als die zivilen Gerichte. Dies ermöglicht ein schnelleres und gerechteres Verfahren, was wiederum den militärischen Erfordernissen entgegen kommen soll. Auch Zuständigkeitsprobleme, insbesondere bei Truppenbewegungen oder Versetzungen von Soldaten, entfallen sowohl in sachlicher als auch in örtlicher Hinsicht.<sup>118</sup> Durch Art. 96 Abs. 2 S. 5 GG ist gewährleistet, daß die Richter der Wehrstrafgerichte die Befähigung zum Richteramt haben und ein rein militärisch besetztes Gericht somit ausgeschlossen wäre. Bisher hat der Gesetzgeber von der in Art. 96 Abs. 2 GG gegebenen Möglichkeit jedoch keinen Gebrauch gemacht.

Die Existenz einer Militärgerichtsbarkeit während des Zweiten Weltkrieges stellt damit nichts ungewöhnliches dar und ist insbesondere keine nationalsozialistische Besonderheit. 1933 gab es Militärische Sondergerichtsbarkeiten z.B. in Belgien, England, Frankreich, Italien, Japan, Polen, der Schweiz, der Tschechoslowakei, UdSSR, den USA und in Teilen von Südamerika.<sup>119</sup>

---

<sup>116</sup> Seifert / Hömig, Taschenkommentar zum Grundgesetz, Art. 101 RN 3; Maunz in Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 101 RN 4.

<sup>117</sup> Art. 96 Abs. 2 GG: „Der Bund kann Wehrstrafgerichte für die Streitkräfte als Bundesgerichte errichten. Sie können die Strafgerichtsbarkeit nur im Verteidigungsfalle sowie über Angehörige der Streitkräfte ausüben, die in das Ausland entsandt oder an Bord von Kriegsschiffen eingeschifft sind. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz. Diese Gerichte gehören zum Geschäftsbereich des Bundesjustizministers. Ihre hauptamtlichen Richter müssen die Befähigung zum Richteramt haben.“

<sup>118</sup> Steinkamm, Eike, a.a.O.

### 3. Die Kriegsgerichte und das Kriegsstrafverfahren in der Zeit des Nationalsozialismus

#### 3.1. Die Einführung der KStVO

Mit der Wiedereinführung der Militärgerichtsbarkeit wurde ab 1934 in Deutschland die Rechtsprechung auf strafrechtlichem Gebiet innerhalb der Wehrmacht wieder durch Militärgerichte ausgeübt. Der Aufbau der Gerichte, die Zuständigkeit und das Verfahren wurden in der Friedenszeit durch die MStGO in der Fassung vom 04.11.1933<sup>120</sup> bzw. in der Neufassung vom 29.09.1936<sup>121</sup> geregelt. Es gab erstinstanzliche Kriegsgerichte, Berufungsgerichte bei den Korps und als Revisionsgericht das Reichskriegsgericht in Berlin. Dieses war auch für Landes- und Hochverratsachen zuständig.

Ebenso wie das materielle Strafrecht des MStGB durch die KSSVO ergänzt und erweitert wurde, erhielt auch die MStGO besondere Vorschriften für das militärgerichtliche Verfahren im Krieg. Mit Wirkung vom 26.08.1939<sup>122</sup> trat deshalb die *Verordnung über das militärische Strafverfahren im Kriege und bei besonderem Einsatz*, die Kriegsstrafverfahrensordnung (KStVO) vom 17.08.1938<sup>123</sup>, in Kraft. Sie galt mit einigen Novellierungen während der gesamten Kriegsdauer. Als vereinfachtes Verfahren im Krieg trat sie „zur Sicherung der Wehrmacht und des Kriegszwecks“ an die Stelle der MStGO.<sup>124</sup>

---

<sup>119</sup> Franke, Hermann, Handbuch der neuzeitlichen Wehrwissenschaften, Erster Band, S. 506.

<sup>120</sup> RGBl. I. S. 921.

<sup>121</sup> RGBl. I. S. 755.

<sup>122</sup> RGBl. I. S. 1482.

<sup>123</sup> RGBl. I. S. 1457.

<sup>124</sup> So § 1 KStVO. Alle §§ der KStVO abgedruckt bei Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 136 ff.

## 3.2. Die ordentlichen Kriegsgerichte nach der KStVO

### 3.2.1. Die Feldkriegsgerichte

Mit Inkrafttreten der KStVO gab es als erkennende Gerichte nur noch die Feldkriegsgerichte (Heer und Luftwaffe) bzw. bei der Kriegsmarine die Bordgerichte<sup>125</sup> sowie das Reichskriegsgericht (§ 4 KStVO). Die Kriegsgerichtsbarkeit bei den Feldkriegsgerichten wurde durch die Gerichtsherren und den ihnen zugewiesenen Militärjustizbeamten ausgeübt. Gerichtsherren waren Kommandeure bestimmter Einheiten und Befehlshaber, z.B. von Divisionen, Korps, Armeen, Kommandanten, Kommandeure des Ersatzheeres, Feldkommandanten und Kommandeure des rückwärtigen Besatzungsgebietes.<sup>126</sup> Oberster Gerichtsherr war der „Führer und Reichskanzler“ (§ 5 KStVO). Gerichtsherr und die ihm zugewiesenen richterlichen Militärjustizbeamten führten die Bezeichnung „Gericht“. Die Besetzung der Feldkriegsgerichte bestand aus drei Richtern. Der Vorsitzende mußte ein richterlicher Militärjustizbeamter sein. Er mußte also über die Befähigung zum Richteramt verfügen, d.h. Jurist mit zweitem Staatsexamen sein. Einer der beiden Beisitzer mußte Offizier im höheren Rang als der Angeklagte sein, der andere sollte der Dienstgradgruppe des Angeklagten entstammen (§ 9 KStVO).

Dem Kriegsgerichtsverfahren waren vor allem Soldaten und Wehrmachtbeamten wegen der von ihnen begangenen Straftaten unterworfen (§ 2 KStVO).<sup>127</sup> Soweit nicht die Sonderzuständigkeit des Reichskriegsgerichts gegeben war, war für die Wehrmachtangehörigen der Gerichtsherr zuständig, dessen Befehlsgewalt sie unterstellt waren (§ 12 KStVO).

---

<sup>125</sup> Im Folgenden wird nur noch von „Feldkriegsgerichten“ gesprochen, sofern sich für die Bordgerichte keine Besonderheiten ergeben.

<sup>126</sup> Block, Just, a.a.O., S. 10.

<sup>127</sup> Die Kriegsgerichtsverfahren, die sich auf Straftaten von Nichtwehrmachtangehörigen beziehen, sind für die vorliegende Untersuchung von Fahnenfluchtdelikten ohne Interesse. Auf eine Darstellung wird daher verzichtet.

### 3.2.2. Das Reichskriegsgericht

Die (vier) Senate des Reichskriegsgerichts waren mit jeweils fünf militärischen Richtern besetzt (§ 1 KStVO). Zwei der fünf Richter mußten Berufsrichter sein (der Senatspräsident und ein Reichskriegsgerichtsrat), die anderen drei Offiziere.<sup>128</sup> Nach § 14 KStVO war das Reichskriegsgericht u.a. für Strafsachen wegen Hoch- und Landesverrat, Kriegsverrat, Angriffe gegen den Führer und Reichskanzler und Wehrmittelbeschädigung (Sabotage) zuständig, sofern sich der Täter zum Zeitpunkt des ersten Zugriffs nicht im Felde befand. Darüber hinaus erstreckte sich die Zuständigkeit auf alle Strafverfahren gegen Offiziere und Wehrmachtbeamte im Generals- oder Admiralsrang.

### 3.3. Das ordentliche Kriegsgerichtsverfahren

#### 3.3.1. Das Ermittlungsverfahren

Sobald der Gerichtsherr vom Verdacht einer Straftat Kenntnis erhielt, beauftragte er einen richterlichen Militärjustizbeamten mit der Durchführung eines Ermittlungsverfahrens.<sup>129</sup> Eine Unterteilung in Richter und Staatsanwälte gab es nicht, so daß ein richterlicher Militärjustizbeamter in einer Sache Untersuchungsführer, in einer anderen Richter sein konnte, in derselben Sache jedoch nicht.<sup>130</sup> Nach Abschluß der Ermittlungen entschied der Gerichtsherr darüber, ob das Verfahren einzustellen oder Anklage zu erheben sei.<sup>131</sup> Wurde Anklage erhoben, so war dem Beschuldigten das Ergebnis der Ermittlungen mitzuteilen, wobei auch die Verlesung in der Hauptverhandlung als Bekanntgabe genügen konnte.<sup>132</sup>

---

<sup>128</sup> Auf Grund der 11. Durchführungsverordnung (DVO) vom 11.01.1945 (RGBl. I S. 13) konnten die Senate auch gegen Ende des Krieges mit drei anstelle von fünf Richtern entscheiden.

<sup>129</sup> § 17 KStVO.

<sup>130</sup> § 54 Ziff. 4 KStVO.

<sup>131</sup> §§ 46, 47 KStVO.

<sup>132</sup> § 48 KStVO.

### 3.3.2. Rechte des Angeklagten im Verfahren

Der Angeklagte hatte das Recht auf einen Verteidiger, den er selbst wählen konnte. Bei strafbaren Handlungen, die mit dem Tode bedroht waren, mußte dem Angeklagten, sofern er über keinen Wahlverteidiger verfügte, ein Verteidiger durch das Gericht bestellt werden.<sup>133</sup> Der Angeklagte bzw. sein Verteidiger hatten das Recht, bereits vor dem Hauptverhandlungstermin Beweisanträge zu stellen.<sup>134</sup> In der Hauptverhandlung war dem Angeklagten rechtliches Gehör zu gewähren. Daran schloß sich die Beweisaufnahme an. Der Angeklagte hatte das letzte Wort.<sup>135</sup>

### 3.3.3. Zustandekommen des Urteils

Die Urteilsberatung erfolgte geheim. Für die Entscheidung war Stimmenmehrheit erforderlich. Die Verkündung des Urteils erfolgte durch Verlesen der Urteilsformel und Eröffnen der Urteilsgründe am Schluß der Verhandlung. Das Urteil mußte mit seinen Gründen schriftlich niedergelegt werden, wobei bei einer Verurteilung die erwiesenen Tatsachen und das angewandte Gesetz anzugeben waren. Desweiteren mußte dargelegt werden, warum das Gericht die festgestellten Tatsachen für erwiesen erachtete.<sup>136</sup>

### 3.3.4. Das Nachprüfungsverfahren als Ersatz für fehlende Rechtsmittel

Rechtsmittel gegen Urteile im kriegsgerichtlichen Verfahren gab es nicht. An die Stelle eines Rechtsmittels trat das Nachprüfungsverfahren. Die Nachprüfung erfolgte durch den Gerichtsherrn, der das Urteil bestätigen, aufheben oder mildern konnte. Bestätigte er das Urteil, war es rechtskräftig und vollstreckbar. Vor der Bestätigung war der Angeklagte nochmals zu hören, damit er eventuelle Einwände gegen das Urteil vorbringen konnte.

---

<sup>133</sup> § 49 KStVO.

<sup>134</sup> § 50 KStVO.

<sup>135</sup> §§ 59-61 KStVO.

<sup>136</sup> §§ 62-67 KStVO.

Urteile, die auf Freiheitsstrafe von über einem Jahr oder auf Todesstrafe lauteten, bedurften vor ihrer Bestätigung der Einholung eines schriftlichen Rechtsgutachtens eines richterlichen Militärjustizbeamten oder eines zum Richteramt befähigten Offiziers. Enthielt das Gutachten Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit des Urteils und wollte es der zuständige Gerichtsherr dennoch nicht aufheben, so hatte er das Urteil dem übergeordneten Befehlshaber vorzulegen. Dieser mußte wiederum ein Rechtsgutachten seines richterlichen Militärjustizbeamten einholen und dann nach seinem Ermessen über die Bestätigung oder Aufhebung entscheiden.<sup>137</sup> Hob er das Urteil auf, so war ein neues Verfahren durchzuführen, für welches ein neu zu besetzendes Gericht zu ernennen war. Richter der früheren Hauptverhandlung durften bei der neuen Verhandlung nicht mitwirken.<sup>138</sup>

Die Wiederaufnahme eines Verfahrens war möglich, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel auftauchten oder wenn ein Urteil unter einer Rechts- oder Amtspflichtverletzung zustande gekommen war.<sup>139</sup>

### **3.3.5. Das Verfahren vor dem Reichskriegsgericht**

Für das Verfahren vor dem Reichskriegsgericht galten ebenfalls die Vorschriften des Feldkriegsverfahrens mit geringfügigen Abweichungen.<sup>140</sup> Das Ermittlungsverfahren wurde durch den Oberreichskriegsanwalt geführt. Eine Verteidigung war zwingend vorgeschrieben. Das Bestätigungs- und Aufhebungsrecht oblag dem Präsidenten des Reichskriegsgerichts. Es konnte aber auch durch Adolf Hitler, dem Obersten Gerichtsherrn, selbst ausgeübt werden.<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> §§ 83-89 KStVO.

<sup>138</sup> § 90 KStVO.

<sup>139</sup> §§ 91-93 KStVO.

<sup>140</sup> §§ 69-72 KStVO.

<sup>141</sup> § 80 KStVO.

#### 4. Der Notgerichtsstand und die Standgerichte nach der KStVO

Bereits § 13 KStVO sah einen sogenannten „Notgerichtsstand“ vor. Dieser eröffnete die Zuständigkeit des nächsterreichbaren Gerichtsherrn, wenn „eine der Kriegsgerichtsbarkeit unterworfenen Person im Operationsgebiet auf frischer Tat (z.B. bei einer Fahnenflucht)“ betroffen wurde. Weitere Voraussetzung war, daß der zuständige Gerichtsherr nicht erreichbar war und besondere militärische Gründe eine sofortige Aburteilung geboten.

##### 4.1 Die Einführung der Standgerichte

Gleich zu Beginn des Krieges wurde § 13 KStVO durch die 4. DVO vom 01.11.1939<sup>142</sup> zur KStVO neugefaßt und konkretisiert. Nunmehr konnte ein kriegsgerichtliches Verfahren allgemein – nicht nur im Operationsgebiet - von dem nächsterreichbaren Gerichtsherrn durchgeführt werden, wenn eine dem Kriegsverfahren unterworfenen Person einer Tat beschuldigt wurde, deren Aburteilung aus zwingenden militärischen Gründen keinen Aufschub duldete, und der zuständige Gerichtsherr nicht auf der Stelle erreichbar war. Dem § 13 KStVO wurde durch die 4. DVO ein § 13a angefügt, der die Überschrift „Standgerichte“ trug. In ihm war die Wahrnehmung der gerichtsherrlichen Befugnisse geregelt. Diese konnten von dem nächsterreichbaren Regimentskommandeur oder einem mit derselben Disziplinargewalt versehenen Truppenbefehlshaber ausgeübt werden, wenn

- die Aburteilung aus zwingenden militärischen Gründen keinen Aufschub duldete,
- ein Gerichtsherr nicht auf der Stelle erreicht werden konnte und
- die Zeugen oder andere Beweismittel sofort zur Verfügung standen.

Der zuständigen Gerichtsherr war über das Veranlaßte alsbald zu unterrichten. Er konnte das Verfahren jederzeit übernehmen.

#### 4.1.1. Gründe für die Einberufung eines Standgerichts

Als zwingende militärische Gründe für eine sofortige Aburteilung wurden „grobe Verstöße gegen die Manneszucht“ angesehen. Explizit wurden als Beispiele hierfür im *Merkblatt für den Regimentskommandeur als Gerichtsherrn des standgerichtlichen Verfahrens* die schwere Gehorsamsverweigerung, tätliche Angriffe auf einen Vorgesetzten, Meuterei, militärischer Aufruhr, Feigheit und Plünderung genannt.<sup>143</sup> Ein standgerichtliches Verfahren kam nur bei Ergreifung des Täters auf frischer Tat und bei einwandfrei klarem Sachverhalt auf Grund eines Geständnisses oder eindeutiger Zeugenaussagen in Betracht.<sup>144</sup> Sofern kein Offizier mit Befähigung zum Richteramt erreichbar war, konnte auch ein Offizier im Range eines Hauptmanns als Verhandlungsleiter fungieren. Beisitzer waren, wie im üblichen Feldkriegsgerichtsverfahren, ein Offizier und ein Soldat vom Rang des Angeklagten. Die Bestellung eines Verteidigers war zwingend vorgeschrieben, wenn die Todesstrafe zu erwarten war. Das Urteil war schriftlich niederzulegen.

#### 4.1.2. Beschränkung der Standgerichte auf Ausnahmefälle

Das Oberkommando des Heeres (OKH) wies am 13.06.1940 ausdrücklich darauf hin, daß die Tätigkeit von Standgerichten eine Ausnahme zu bleiben habe. Grundsätzlich müsse das Verfahren, soweit irgend möglich, in der Hand des zuständigen Gerichtsherrn verbleiben. Das Bestätigungsrecht standgerichtlicher Urteile wurde in Abänderung des *Merkblattes für das standgerichtliche Verfahren* den Regimentskommandeuren entzogen und den ordentlichen Gerichtsherrn übertragen.<sup>145</sup> Davon durfte ab Juni 1944 nur abgewichen werden, „wenn die Kampfplage (...) eine sofortige Vollstreckung“ erforderte.<sup>146</sup> Vorausgegangen war diesem Änderungserlaß eine standgerichtliche Verurteilung eines Soldaten zum Tode (mit anschließender Vollstreckung) wegen eines

---

<sup>142</sup> RGBL I S. 2132.

<sup>143</sup> Merkblatt für den Regimentskommandeur als Gerichtsherrn des standgerichtlichen Verfahrens, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, *Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg*, S. 217 f.

<sup>144</sup> Absolon, Rudolf, *Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg*, S. 217 f.

<sup>145</sup> Absolon, Rudolf, *Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg*, S. 218 f.

<sup>146</sup> Runderlaß vom 01.06.1944, Absolon, Rudolf, *Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg*, S. 219 f.

Kameradendiebstahls von 30 Reichsmark während eines Angriffs. Die Verhängung der Todesstrafe erfolgte dabei vermutlich unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens nach § 5a KSSVO.<sup>147</sup> Für die Luftwaffe legte Reichsmarschall Göring fest, daß Standgerichte zur Aburteilung von Soldaten nur wegen Verbrechen der Feigheit und der Meuterei zusammentreten sollten.<sup>148</sup>

#### **4.2. Die Sonderstandgerichtsbarkeit ab 15.02.1945**

Wie die vorangehenden Ausführungen zeigen, hatten die Regelungen über die Standgerichtsbarkeit nach §§ 13, 13a KStVO ein beschleunigtes Verfahren in besonderen, gesetzlich festgelegten Fällen zum Ziel.<sup>149</sup> Die Verhandlungsleitung durfte nur dann von einem Nichtjuristen im Rang mindestens eines Hauptmanns übernommen werden, wenn kein Offizier mit Befähigung zum Richteramt erreichbar war. Grundsätzlich sollte das Verfahren ohnehin in der Zuständigkeit des Gerichtsherrn verbleiben, die auf die KStVO gestützte Schnelljustiz also die Ausnahme darstellen. Von dieser Standgerichtsbarkeit nach §§ 13, 13a KStVO zu unterscheiden sind die sog. Sonderstandgerichte, die in den letzten Kriegsmonaten eingeführt wurden. Als die feindlichen Truppen immer weiter ins Deutsche Reich eindrangen und die Niederlage unmittelbar bevorstand, nahmen auch die Auflösungserscheinungen innerhalb der Wehrmacht zu. Diesen Auflösungserscheinungen wollte man mit allen Mitteln begegnen.

---

<sup>147</sup> Siehe zu diesem Fall: Schweling, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 315.

<sup>148</sup> Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 219 f.

<sup>149</sup> „Schnelle Justiz – gute Justiz“ hieß es im Merkblatt für das standgerichtliche Verfahren, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 217.

#### **4.2.1. Die Verordnung zur Errichtung von Standgerichten „in feindbedrohten Reichsverteidigungsbezirken“ vom 15.02.1945**

Am 15.02.1945 erging für die Reichverteidigungsbezirke die *Verordnung zur Errichtung von Standgerichten*.<sup>150</sup> Diese Standgerichte bestanden aus einem Strafrichter als Vorsitz, einem Politischen Leiter oder Gliederungsführer der NSDAP und einem Offizier der Wehrmacht, der Waffen-SS oder der Polizei als Beisitzer. Der jeweilige Gauleiter als Reichsverteidigungskommissar ernannte die Mitglieder des Gerichts. Die Standgerichte waren für alle Straftaten zuständig, „durch die die deutsche Kampfkraft oder Kampfschlossenheit gefährdet“ wurde. Die Standgerichte durften nur auf Todesstrafe oder Freispruch erkennen oder aber die Überweisung an die ordentliche Gerichtsbarkeit anordnen. Diese Standgerichte wurden in den „feindbedrohten Reichsverteidigungsbezirken“ gebildet.

#### **4.2.2. Die Bildung von Standgerichten „in frontnahen Gebieten“ vom 26.02.1945**

Am 26.02.1945 ordnete der Reichsführer-SS und Oberbefehlshaber des Ersatzheeres Heinrich Himmler die Bildung von Sonderstandgerichten in frontnahen Gebieten „zur raschen und wirksamen Bekämpfung von Auflösungserscheinungen“ an.<sup>151</sup> Diese sollten mit einem Wehrmichtsrichter und zwei Offizieren als ständige Beisitzer besetzt sein. Die Urteile durften ebenfalls nur auf Todesstrafe oder Freispruch lauten. Ansonsten war das Verfahren an den nächsterreichbaren Gerichtsherrn zu überweisen. Gerichtsherr dieser Sonderstandgerichte war der jeweilige Wehrkreisbefehlshaber. Diesem oblag eigentlich das Bestätigungsrecht. War er aber nicht erreichbar, so konnten die Todesurteile auch durch einstimmigen Beschluß des Gerichts für vollstreckbar erklärt werden. Die Vollstreckung hatte unverzüglich im Angesicht der Truppe zu erfolgen.

---

<sup>150</sup> RGBI. I S. 30.

<sup>151</sup> Der Befehl Himmlers ist als Anlage abgedruckt bei: Block, Just, a.a.O., nach S. 118.

### 4.2.3. Das „Fliegende Standgericht“

Mit „Führererlaß“ vom 09.03.1945 wurde die sofortige Errichtung eines „Fliegenden Standgerichts“ befohlen, welches dem Führer direkt unterstand. Es bestand nur aus Offizieren. Kommandeur und gleichzeitig Gerichtsherr war ein Generalleutnant. Als Richter wurden zwei Oberstleutnante bestellt. Dem „Fliegenden Standgericht“ folgte ein Exekutionskommando in Stärke von einem Unteroffizier und acht Mann. Das „Fliegende Standgericht“ wurde noch am 09.03.1945 zusammengestellt und nahm bereits am nächsten Tag seine Tätigkeit auf. Der Gerichtsherr hatte das volle Bestätigungsrecht und traf die Vollstreckungsentscheidung. Das Gnadenrecht war ausgeschlossen.<sup>152</sup>

Mit Erlaß vom gleichen Tag erging ein Befehl mit der Bezeichnung „Sofortjustiz“. Danach hatten die Gerichte schwere Straftaten innerhalb von 24 Stunden abzuurteilen. Todesurteile waren unverzüglich in Angesicht der Truppe zu vollstrecken. Der Befehl wandte sich an die ordentliche Militärgerichtsbarkeit der Feldkriegsgerichte und Standgerichte nach §§ 13,13a KStVO, welcher in dem Befehl der Vorwurf gemacht wurde, durch längere kriegsgerichtliche Untersuchungsverfahren eine Aburteilung von Straftaten unnötig verzögert zu haben.<sup>153</sup> Daß in den letzten Kriegstagen die Justiz völlig ausgeschaltet werden sollte, zeigt sich schließlich in dem Befehl Adolf Hitlers vom 22.04.1945, jeden augenblicklich zu erschießen oder zu erhängen, der „Maßnahmen, die unsere Widerstandskraft schwächen, propagiert oder gar billigt“.<sup>154</sup>

## 5. Die Sonderstandgerichtsbarkeit für politische Straftaten

Einen weiteren Teil der Wehrmachtsgerichtsbarkeit bildeten die Sonderstandgerichte für politische Strafsachen, die hier lediglich zur Unterscheidung von den Standgerichten nach §§ 13, 13a KStVO und den Sonderstandgerichten der letzten Kriegsmonate dargestellt werden.

---

<sup>152</sup> Führererlaß vom 09.03.1945, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 221.

<sup>153</sup> Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 222.

<sup>154</sup> Moll, Martin, „Führererlasse“ 1939-1945, Dokument 403, S. 494.

Nachdem zunächst durch Erlaß vom 20.08.1942 für Straftaten gegen das Heimtückegesetz (Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei vom 20.12.1934<sup>155</sup>) und gegen § 5 Abs. 1 Nr. 1 KSSVO (Wehrkraftersetzung) die Zuständigkeit beim Feldheer auf den Oberbefehlshaber der Armee oder den Befehlshaber mit gleichen gerichtsherrlichen Befugnissen, dem der Beschuldigte unterstand, und beim Ersatzherr auf den Wehrmachtkommandanten von Berlin übertragen worden war, befahl Hitler am 21.06.1943 die Bildung eines zentralen Sonderstandgerichts für die Wehrmacht.<sup>156</sup> Dieses sollte im Schnellverfahren über politische Straftaten urteilen, die sich gegen das Vertrauen in die politische und militärische Führung richteten. Beim Reichskriegsgericht wurde dafür ein besonderer Senat mit der Bezeichnung „Sonderstandgericht für die Wehrmacht“ gebildet. Die Ausübung der gerichtsherrlichen Befugnisse behielt sich Hitler selbst vor. Die Bildung dieses Gerichts auf ausdrückliche Veranlassung Hitlers macht deutlich, wie sehr er der Wehrmacht und vor allem deren Justiz mißtraute. Entgegen seiner Erwartung wurden jedoch durch dieses Gericht keine Todesurteile gefällt. Über die Urteilspraxis des Sonder-Standgerichts war Hitler dermaßen erzürnt, daß er eine Verordnung ausarbeiten ließ, die den Wehrmachtgerichten jede Zuständigkeit in politischen Strafsachen entziehen sollte. Um dies zu verhindern, schlug der Chef der Wehrmachtsrechtsabteilung vor, die Verordnung bis zum Erlaß von Durchführungsbestimmungen, die von den zivilen und militärischen Justizbeamten ausgearbeitet werden sollten, auszusetzen. Hitler willigte ein. Die Tätigkeit des Sonder-Standgerichts wurde mit Hinblick auf die zu schaffenden Regelungen praktisch eingestellt, ohne daß dies von Hitler bemerkt wurde. Schließlich wurde am 11.04.1944 ein „Zentralgericht des Heeres“ in Berlin gebildet, welches u.a. für die Aburteilung politischer Straftaten zuständig war und somit diesen Bereich in der Hand der Wehrmachtsjustiz beließ. Nach dem Attentat auf Hitler vom 20.07.1944 durch Wehrmachtsangehörige wurde schließlich der Wehrmachtsgerichtsbarkeit die Zuständigkeit für politische Straftaten von Soldaten durch Führererlaß vom 20.09.1944 weitgehend entzogen und dem Volksgerichtshof zugeführt.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> RGBI. I. S. 1269.

<sup>156</sup> Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtsstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 223.

<sup>157</sup> Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtsstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 227. Siehe zum Ganzen auch: Lattmann, Dr. Erich, Generalrichter a.D., Das Sonderstandgericht für die Wehrmacht,

## 6. Abgrenzung zwischen ordentlichen Feldkriegsgerichten, den Standgerichten nach der KStVO und den Sonderstandgerichten

Die Darstellung der Kriegsstrafverfahrensvorschriften zeigt, daß es für einen Angeklagten, der sich z.B. wegen Fahnenflucht zu verantworten hatte, einen erheblichen Unterschied ausmachte, ob er vor ein ordentliches Feldkriegsgericht, ein Standgericht nach der KStVO oder aber ein ab dem 15.02.1945 gebildetes Sonderstandgericht bzw. „Fliegendes Standgericht“ gestellt wurde. Die ordentlichen Militärgerichte hatten Verfahrensgrundsätze wie die Unabhängigkeit des Richters, den Anspruch auf rechtliches Gehör, das Recht auf Verteidigung, schriftliche Urteilsniederlegung, etc. zu beachten. Das Gericht mußte ordnungsgemäß mit einem dazu befähigten Richter besetzt sein. An die Stelle eines Rechtsmittels trat zumindest das gesetzlich geregelte Nachprüfungsverfahren.

Bei den Notgerichten bzw. Standgerichten nach §§ 13, 13a KStVO war es bereits nicht ausgeschlossen, daß ein Nichtjurist als Richter eingesetzt wurde. Das Recht auf Verteidigung war (außer bei drohender Todesstrafe) beschränkt. Die Einberufung eines Standgerichts war jedoch auf bestimmte Fälle begrenzt und stellte daher die Ausnahme dar. Daß der Hinweis des OKH vom 13.06.1940 auf den Ausnahmecharakter dieser Gerichte überhaupt notwendig war, belegt allerdings, daß die Möglichkeiten des §§ 13, 13a KStVO mißbraucht wurden und es somit auf Grund dieser Vorschriften zu Urteilen kam, welche die Wehrmachtsjustiz selbst mißbilligte.<sup>158</sup>

Die Sonderstandgerichte und das „Fliegende Standgericht“ der Zeit ab Februar/März 1945 können mit den ordentlichen Militärgerichten nicht auf eine Ebene gestellt werden. Sie waren zum Teil nicht mit Wehrmachtsrichtern besetzt. Strafzumessungserwägungen konnten nicht angestellt werden, da nur noch auf Todesurteil oder Freispruch entschieden werden konnte.

---

abgedruckt im Anhang von Schweling, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 382.

<sup>158</sup> So auch der bei Schweling, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, auf S. 315 und oben unter 4.1.2. geschilderte und als tragischer Sonderfall bezeichnete Fall der Verurteilung zum Tode wegen Kameradendiebstahls von 30 RM, der der Auslöser für den Erlaß vom 13.06.1940 gewesen sein soll.

Die bis dahin geltenden Kriegsstrafverfahrensvorschriften waren für die Sonderstandgerichte praktisch außer Kraft gesetzt.

Der Ausnahmecharakter der Standgerichte der KStVO und der kurze Zeitraum der Tätigkeit der Sonderstandgerichte ab dem 15.02.1945 legen jedoch nahe, daß der überwiegende Teil der Angeklagten, d.h. auch der Fahnenflüchtigen, sich vor den ordentlichen Feldkriegsgerichten zu verantworten hatte.

## Dritter Teil

### **Die juristische Bewertung der Verurteilungen wegen Fahnenflucht während des Zweiten Weltkrieges durch die Nachkriegsgesetzgebung der Alliierten**

Die Verurteilungen wegen Fahnenflucht in einem Kriegsstrafverfahren wurden nicht erst im Rahmen der Wehrmachtsdeserteursdebatte und der Verabschiedung des NS-AufhG erstmals untersucht bzw. juristisch bewertet. Vielmehr entstanden bereits kurz nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges gesetzliche Regelungen der Alliierten, welchen zumindest mittelbar zu entnehmen ist, wie die Frage der Rechtmäßigkeit von Fahnenfluchtverurteilungen von diesen gesehen wurde. Diese Nachkriegsgesetzgebung bedarf der Darstellung, um die Schwierigkeiten in der Diskussion und im Streit um das NS-AufhG in den neunziger Jahren verständlich zu machen.

#### **1. Die Nachkriegsgesetzgebung**

Unmittelbar nach Beendigung des Zweiten Weltkriegs entstanden in den verschiedenen Besatzungszonen Deutschlands Gesetze zur Wiedergutmachung des von den Nationalsozialisten begangenen Unrechts. Diese Gesetze verfolgten zwei Ziele. Zum einen sollten zu unrecht Verurteilte juristisch rehabilitiert und der Makel der Verurteilung von ihnen genommen und zum anderen die Opfer nationalsozialistischer Verfolgung entschädigt werden. Deshalb entstanden verschiedene Gesetze zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile auf dem Gebiet des Strafrechts, sog. Aufhebungsgesetze. Desweiteren wurden Gesetze zur Entschädigung oder Versorgung wegen nationalsozialistischer Verfolgung oder Gesundheitsbeschädigung geschaffen, durch welche den Betroffenen für das erlittene psychische oder physische Leid eine materielle Zuwendung gewährt wurde.<sup>159</sup>

---

<sup>159</sup> Siehe dazu: Bericht über Leistungen, die aufgrund der verschiedenen Gesetze und sonstigen Regelungen zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts vom Bund und von den Ländern gewährt worden sind, BT-Drs. 10/6287, S. 8 ff., und Fikentscher, Wolfgang/Koch, Rainer, Strafrechtliche Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts, NJW 1983, S. 12 ff. sowie Beckmann, Rainer, Rechtsgrundlagen zur Aufhebung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege, JZ 1997, S. 922 ff.

## 1.1. Die Aufhebungsgesetze

Am 20.10.1945 wurden durch die Proklamation Nr. 3 des Alliierten Kontrollrats Grundsätze für die Umgestaltung der Rechtspflege in Deutschland beschlossen.<sup>160</sup> Nach Art. II Nr. 5 der Proklamation sollten „Verurteilungen, die unter dem Hitler-Regime ungerechterweise aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen erfolgten“, aufgehoben werden. Die vier Besatzungsmächte USA, Großbritannien, Frankreich und die UdSSR erließen daraufhin für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich eigene Gesetze. Dabei wurden lediglich in der amerikanischen und britischen Besatzungszone Vorschriften zur automatischen Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile, d.h. ohne Einzelfallprüfung, geschaffen.<sup>161</sup>

### 1.1.1. Die Vorschriften zur automatischen Aufhebung von NS-Unrechtsurteilen in der amerikanischen und britischen Besatzungszone

#### 1.1.1.1. Amerikanische Zone

Am 17.04.1946 wurde für die Länder der amerikanischen Besatzungszone (Bayern, Württemberg-Baden, Hessen und 1947 auch Bremen) das *Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege* (UWiedG) beschlossen.<sup>162</sup> Das Gesetz wurde in allen Ländern der amerikanischen Zone mit gleichem Wortlaut erlassen und verkündet.<sup>163</sup> Das UWiedG kennt sowohl eine Antragsaufhebung von Unrechtsurteilen per Gerichtsbeschuß als auch eine automatische Aufhebung per Gesetz.

---

<sup>160</sup> Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 923; Proklamation des Alliierten Kontrollrats ist abgedruckt bei Hemken (Hrsg.), Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven, Band 1.

<sup>161</sup> Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 923.

<sup>162</sup> Siehe dazu: Beckmann, Rainer, JZ 1997, S.922 ff.

<sup>163</sup> Bayern: Gesetz Nr. 21 vom 28.05.1946 - GVBl 1946, S. 180; Württemberg-Baden: Gesetz Nr. 29 vom 31.05.1946 - RegBl 1946, S. 205; Hessen: Gesetz vom 29.05.1946 - GVBl 1946, S. 136; Bremen: Gesetz vom 27.06.1947 - GesBl 1947, S. 84. Alle Gesetze außer dem bayerischen (dort heißt es „Artikel“) sind nach Paragraphen gegliedert, so daß hier ebenfalls nur die Bezeichnung „§“ benutzt wird.

Die einschlägige Vorschrift für die automatische Aufhebung ist § 9 Abs.1 i.V.m. §§ 1, 2 UWiedG.<sup>164</sup> Danach sind die Verurteilungen per Gesetz aufgehoben, die „allein nach nationalsozialistischer Auffassung“ zu bestrafen waren.<sup>165</sup> § 2 i UWiedG verweist zusätzlich auf die durch Kontrollratsgesetze (KRG) Nr.1 und 11<sup>166</sup> aufgehobenen Vorschriften. Verurteilungen, die ausschließlich auf den in diesen Kontrollratsgesetzen aufgeführten Vorschriften der NS-Zeit beruhen, sind ebenfalls automatisch aufgehoben. Da die erwähnten Verurteilungen „durch dieses Gesetz aufgehoben“ sind, kommt der Bescheinigung der Staatsanwaltschaft, die über die Aufhebung auszustellen ist, ein rein deklaratorischer Charakter zu.

---

<sup>164</sup> § 9 UWiedG: „Straferkenntnisse, welche ausschließlich wegen Verstoßes gegen eine der in § 2 bezeichneten Vorschriften ergangen sind, sind durch dieses Gesetz aufgehoben, ohne daß es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf. Hierüber erteilt die Staatsanwaltschaft auf Antrag eine Bescheinigung.“

<sup>165</sup> § 1 UWiedG: „Politische Taten, durch die dem Nationalsozialismus oder Militarismus Widerstand geleistet wurde, sind nicht strafbar. Straffrei sind insbesondere:  
Wer es unternahm, die nationalsozialistische Gewaltherrschaft zu stürzen oder zu schwächen,  
1. wer aus Überzeugung Vorschriften unbeachtet ließ, die überwiegend der Aufrechterhaltung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft oder der totalen Kriegsführung dienten,  
2. wer für sein Verhalten allein nach nationalsozialistischer Auffassung zu bestrafen war,  
3. wer einen anderen der politischen Bestrafung entziehen wollte.

§ 2 UWiedG: Straftaten, die im Sinne des § 1 Ziff. 3 zu bestrafen waren, sind insbesondere Verstöße gegen:

- a) das Gesetz gegen die Neubildung von Parteien vom 14.07.1933 (RGBl. I, S. 439);
- b) den § 1 Abs. 1 und 2 sowie § 2 des Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei vom 20.12.1934 (RGBl. I, S. 1269)
- c) den § 2 des Gesetzes zur Gewährleistung des Rechtsfriedens vom 13.10.1933 (RGBl. I, S. 723);
- d) das Gesetz zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15.09.1935 (RGBl. I, S. 1146);
- e) die 1. Verordnung zur Durchführung des Reichsflaggengesetzes vom 24.10.1935 (RGBl. I, S. 1253);
- f) die Verordnung gegen die Unterstützung der Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe vom 22.04.1938 (RGBl. I, S. 404);
- g) die Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen vom 01.09.1939 (RGBl. I, S. 1683);
- h) den § 4 der Verordnung zur Ergänzung der Strafvorschriften zum Schutze der Wehrkraft des deutschen Volkes vom 25.11.1939 (RGBl. I, 2319);
- i) die anderen auf Grund des Art. 1 des Gesetzes Nr.1 des Kontrollrates (Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen), (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland Nr.1, Seite 6) und der Artikel I und II des Gesetzes Nr.11 des Kontrollrates (Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts) (Amtsblatt des Kontrollrates in Deutschland Nr.3, Seite 55) aufgehobenen gesetzlichen Vorschriften.

### 1.1.1.2. Britische Zone

In der britischen Besatzungszone (Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Hamburg, Schleswig-Holstein) kam man der Aufforderung der Proklamation Nr.3 des Alliierten Kontrollrats zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile durch die *Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit* (StFVO) vom 03.06.1947 nach.<sup>167</sup> Die StFVO kennt ebenfalls sowohl die Einzelaufhebung im Antragsverfahren als auch die automatische Aufhebung durch Gesetz.<sup>168</sup> Die Straffreiheit per Gesetz gilt für Straftaten, „die allein nach nationalsozialistischer Auffassung strafbar waren“.<sup>169</sup> Zusätzlich gewährt § 1 Abs.1 StFVO Straffreiheit für alle Taten, „die überwiegend aus Gegnerschaft zum Nationalsozialismus oder um sich der Verfolgung durch den Nationalsozialismus zu entziehen, begangen worden sind“. Voraussetzung für eine Straffreiheit ist also, daß es sich bei der Tat um eine sogenannte Widerstandshandlung gegen den Nationalsozialismus handelt. Bei diesen sogenannten Widerstandstaten kommt es für die Straffreiheit nicht darauf an, ob die Tat nur nach nationalsozialistischer Auffassung strafbar war. Eine durch Widerstand motivierte Tat kann demnach auch dann straffrei sein, wenn sie nach den allgemeinen Strafgesetzen zu bestrafen gewesen war. Das besondere an dieser automatischen Aufhebung ist, daß die für die Ausstellung der deklaratorischen Bescheinigung zuständige Staatsanwaltschaft zunächst zu prüfen hat, ob bei der Tat ein Widerstandsmotiv vorlag. Die automatische Aufhebung eines Urteils wegen Widerstands gegen den Nationalsozialismus wird also im Rahmen einer quasi vorgeschalteten Einzelfallprüfung festgestellt.

---

<sup>166</sup> KRG Nr.1 und Nr. 11; ebenfalls abgedruckt bei Hemken, Sammlung der Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven, Band 1.

<sup>167</sup> VOBl. für Britische Zone 1947, S. 68.

<sup>168</sup> Die automatische Aufhebung ist in § 7 Abs.1 StFVO geregelt: „Straferkenntnisse, welche ausschließlich wegen Straftaten der in § 1 Abs.1 und Abs.2 bezeichneten Art ergangen sind, sind durch diese Verordnung aufgehoben, ohne daß es einer gerichtlichen Entscheidung bedarf.“

### 1.1.1.3. Die automatische Aufhebung von auf aufgehobenen NS-Vorschriften basierenden Urteilen

Das UWiedG und die StFVO nehmen unter Verweisung auf die Kontrollratsgesetze Nr.1 und 11 Bezug auf einen Vorschriftenkatalog von aufgehobenen Gesetzen, Verordnungen und Erlassen der NS-Zeit.<sup>170</sup> Bei diesen aufgehobenen Vorschriften handelt es sich vorwiegend um solche, die von den Nationalsozialisten geschaffen wurden, um die Diskriminierung, Unterdrückung und Schädigung von Juden, die Machtausübung der NSDAP und die totale Kriegsführung abzusichern. Diese werden als typische NS-Unrechtsvorschriften betrachtet. Beispielhaft seien hierfür die *Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem Wirtschaftsleben* vom 12.11.1938<sup>171</sup>, *Erlaß des Führers über die Rechtsstellung der NSDAP* vom 12.12.1942<sup>172</sup>, *Verordnung zur Sicherung des totalen Kriegseinsatzes* vom 25.08.1944<sup>173</sup> genannt.<sup>174</sup> Verurteilungen, die ausschließlich<sup>175</sup> auf den in dem Katalog genannten Vorschriften beruhen, sind automatisch aufgehoben.<sup>176</sup>

### 1.1.1.4. Auswirkungen auf Fahnenfluchturteile

Eine Verurteilung wegen Fahnenflucht wäre nach diesen Vorschriften grundsätzlich nur dann aufgehoben, wenn die Straftat allein nach nationalsozialistischer Auffassung strafbar gewesen wäre.<sup>177</sup> Bereits über die Feststellung, daß Fahnenflucht und unerlaubte Entfernung bei den alliierten Streitkräften strafbar waren und auch heute noch bei der Bundeswehr gem. §§ 15, 16 WStGB

---

<sup>169</sup> § 1 Abs. 2 S. 1 StFVO.

<sup>170</sup> Der Vorschriftenkatalog ist abgedruckt bei Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 924 f.

<sup>171</sup> RGBl. I, S. 1580, aufgehoben gem. Art. 1 Ziff. 1 t KRG Nr.1.

<sup>172</sup> RGBl. I, S. 733, aufgehoben gem. Art. 1 Ziff. 1 y KRG Nr.11.

<sup>173</sup> RGBl. I, S. 184, aufgehoben gem. Art. 2 Ziff. 1 n KRG Nr. 11.

<sup>174</sup> Die aufgehobenen Vorschriften sind in den KRG Nr. 1 und 11 abgedruckt, siehe die Sammlung von Hemken. Eine chronologische Aufstellung des Vorschriftenkatalogs findet sich auch bei Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 924 f.

<sup>175</sup> Sowohl § 9 Abs. 1 UWiedG als auch § 7 Abs. 1 StFVO verlangen diese Ausschließlichkeit.

<sup>176</sup> Einige der aufgelisteten Vorschriften enthielten allerdings keine Strafvorschriften, so daß auf ihnen auch keine Urteile direkt beruhen konnten. Dies war zumindest dann nicht problematisch, wenn die Anknüpfungsvorschriften Straftatbestände enthielten. Es zeigt aber, daß der Verweisungskatalog der KRG Nr.1 und 11 zunächst nicht als Grundlage für die Aufhebung von Unrechtsurteilen gedacht war. Vgl. dazu Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 925.

<sup>177</sup> Siehe Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 927.

unter Strafe gestellt sind, läßt sich feststellen, daß „nationalsozialistisches Sonderrecht“ nicht vorlag. Eine automatische Aufhebung scheidet deshalb.<sup>178</sup>

Im Geltungsbereich der StFVO gilt ein Urteil nach § 1 Abs. 1 StFVO auch dann als automatisch aufgehoben, wenn die verurteilte Tat, „überwiegend aus Gegnerschaft zum Nationalsozialismus“ begangen worden ist. Nur wenn der Fahnenflüchtige also aus Widerstandsmotiven handelte, was die Staatsanwaltschaft zu überprüfen hat, ist die Verurteilung durch die StFVO automatisch aufgehoben.

### **1.1.2. Die Vorschriften zur Einzelaufhebung von NS-Unrechtsurteilen in den vier Besatzungszonen Deutschlands**

#### **1.1.2.1. Amerikanische Zone**

Neben der oben geschilderten automatischen Aufhebung enthält das Unrechtswiedergutmachungsgesetz (UWiedG) für die ehemalige amerikanische Zone entsprechende Regelungen zur Einzelaufhebung von Urteilen während der NS-Zeit. Die Aufhebung erfolgt nur auf Antrag und bedarf eines Gerichtsbeschlusses (§ 4 UWiedG). Aufzuheben sind nach § 4 UWiedG Urteile, die wegen der in den §§ 1 und 2 UWiedG beschriebenen Handlungen ergangen sind, sofern sie nicht bereits der automatischen Aufhebung des § 9 UWiedG unterliegen. Danach sind durch Gerichtsbeschluß Urteile aufzuheben, in denen bestraft wurde,

- wer es unternahm, die nationalsozialistische Gewaltherrschaft zu stürzen oder zu schwächen (§ 1 S. 2 Nr. 1),
- wer aus Überzeugung Vorschriften unbeachtet ließ, die überwiegend der Aufrechterhaltung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft oder totalen Kriegsführung dienten (§ 1 S. 2 Nr. 2),

---

<sup>178</sup> Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 927. Für die Strafbarkeit im Bereich der amerikanischen Streitkräfte verweist Beckmann auf Art.58 ff. des Kriegsstrafgesetzbuches, Manual for Courts-Martial 1946, S. 218.

- wer für sein Verhalten allein nach nationalsozialistischer Auffassung zu bestrafen war (§ 1 S. 2 Nr. 3),
- wer einen anderen der politischen Bestrafung entziehen wollte (§ 1 S. 2 Nr. 4).

Für eine Einzelaufhebung von Urteilen wegen Handlungen nach § 1 S. 2 Nr. 3 UWiedG kommen nur diejenigen in Betracht, die nicht wegen Verstoßes gegen eine in § 2 UWiedG ausdrücklich aufgeführte Vorschrift ergangen und daher bereits automatisch aufgehoben sind.

#### **1.1.2.1.1. Die Einzelaufhebung von Fahnenfluchtverurteilungen**

§ 1 UWiedG setzt für die Aufhebung eines Urteils einen politisch motivierten Widerstand gegen den Nationalsozialismus oder Militarismus voraus, sofern dem Urteil nicht ohnehin allein nationalsozialistische Strafbestimmungen zu Grunde lagen.<sup>179</sup> Beim Tatbestand der Fahnenflucht handelte es sich weder um einen allein nationalsozialistischen Straftatbestand (§ 1 S. 2 Nr. 3), noch um eine Vorschrift, die überwiegend der Aufrechterhaltung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft oder der totalen Kriegsführung diene (§ 1 S. 2 Nr. 2), da Fahnenflucht bereits vor 1933 strafbar war und es auch nach 1945 noch ist.<sup>180</sup> Fahnenfluchturteile können daher nur unter das UWiedG fallen, wenn die Fahnenflucht aus einem politischen Motiv erfolgte. In Betracht käme eine Aufhebung nach UWiedG dann, wenn die Fahnenflucht erfolgte, um die Gewaltherrschaft zu schwächen (§ 1 S. 2 Nr. 1). Dafür müßte der Fahnenflüchtige seine politischen Widerstandsmotive, die der Handlung des Desertierens von der Truppe nicht ohne weiteres anhaften<sup>181</sup>, nachweisen.

---

<sup>179</sup> § 1 S. 1 UWiedG lautet: „Politische Taten, durch die dem Nationalsozialismus oder Militarismus Widerstand geleistet wurde, sind nicht strafbar.“

<sup>180</sup> Die Fahnenfluchtbestimmungen dienten auch nicht zur Aufrechterhaltung der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft oder der totalen Kriegsführung. Sie dienten der Aufrechterhaltung der Disziplin in der Truppe und waren, wie bereits mehrfach ausgeführt, keine erst durch die Nationalsozialisten geschaffenen Straftaten. Auf die mittelbaren, möglicherweise kriegsverlängernden Auswirkungen der Bestrafung von Fahnenflucht kommt es im UWiedG nicht an.

<sup>181</sup> Es steht außer Frage, daß die Motivation für Fahnenflucht bei jedem Soldaten eine andere sein kann. Denkbar sind beispielsweise Angst vor dem Einsatz, Angst vor Bestrafung wegen anderer Delikte, Liebeskummer, Sorge um die in der Heimat befindlichen Angehörigen, Gegnerschaft zum kriegführenden Staat, etc.. Auf die Bedeutung der Fahnenfluchtmotive in der heutigen Betrachtung der Fahnenfluchtverurteilungen wird an späterer Stelle

Sofern der Nachweis einer politisch motivierten, aus der Gegnerschaft zum Nationalsozialismus erfolgten Fahnenflucht gelingt, ist diese nach § 4 i.V.m. § 1 S. 2 Nr. 1 UWiedG aufzuheben.

#### **1.1.2.2. Britische Zone**

Sofern Urteile nicht der automatischen Aufhebung nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 unterliegen, eröffnet § 4 Abs.1 der *Verordnung über die Gewährung von Straffreiheit* die Möglichkeit, „auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Verurteilten oder seiner Hinterbliebenen (§ 361 StPO) alle in der Zeit vom 30. Januar 1933 bis zum 8. Mai 1945 ergangenen Urteile auf ein gerechtes Strafmaß zurückzuführen, wenn grausame oder übermäßig hohe Strafen verhängt worden sind“. Nach § 4 Abs. 1 StFVO kann also nachträglich das Strafmaß abgeändert werden. Als Anwendungsbereich kommen insbesondere Urteile in Betracht, bei denen der gesetzlich vorgesehene Strafraum unter Berufung auf § 5a KSSVO überschritten und somit beispielsweise statt auf Gefängnis, auf Zuchthaus oder gar Todesstrafe erkannt wurde. Eine vollständige Aufhebung der Urteile ist aber nicht vorgesehen. Ferner bestimmt § 4 Abs. 2 StFVO, daß, wenn wegen eines Verbrechens auf Todesstrafe erkannt wurde, für das sie vor dem 30. Januar 1933 gesetzlich nicht vorgesehen war, eine angemessene Strafe im Rahmen der vor dem 30. Januar 1933 geltenden Bestimmungen festzusetzen ist. Darüber hinaus wird gem. § 1 Abs. 4 StFVO „für militärische Verbrechen oder Vergehen, welche nicht zugleich auch einen Straftatbestand nach den allgemeinen Strafgesetzen erfüllen“, Straffreiheit gewährt.

##### **1.1.2.2.1. Die Einzelaufhebung von Fahnenfluchtverurteilungen**

Für den Bereich der britischen Zone gilt, daß über § 1 Abs. 1 StFVO Verurteilungen wegen Taten, die „überwiegend aus Gegnerschaft zum Nationalsozialismus (...) begangen worden sind“, bereits der automatischen Aufhebung unterfallen.

---

eingegangen. § 1 UWiedG verlangt in Satz 1 jedenfalls erkennbar ein politisches Widerstandsmotiv.

Das Vorliegen einer politisch motivierten Fahnenflucht wird zunächst durch den Staatsanwalt geprüft und daraufhin die automatische Aufhebung festgestellt (s.o.; sog. deklaratorische Feststellung mit vorgeschalteter Einzelfallprüfung).

#### 1.1.2.2.2. Amnestie für Fahnenflüchtige

Neben der Aufhebung von Verurteilungen wegen Fahnenflucht, die aus Widerstandsmotiven erfolgte, bietet die StFVO über § 4 Abs. 1 und 2 die Möglichkeit, das Strafmaß einer Fahnenfluchtverurteilung auf Antrag abzuändern. Zunächst ist hervorzuheben, daß vor dem 30.01.1933 auf Fahnenflucht im Felde (im Krieg) nicht die Todesstrafe stand. Noch in der Fassung des MStGB vom 16.07.1935 hieß es in § 71 Abs. 1: „Die Fahnenflucht im Felde wird mit Gefängnis von fünf bis zu zehn Jahren bestraft; in minder schweren Fällen kann die Gefängnisstrafe bis auf ein Jahr ermäßigt werden.“<sup>182</sup> Erst mit Inkrafttreten der KSSVO am 26.08.1939<sup>183</sup> und der darin enthaltenen Anwendungsvorschrift (§ 6 KSSVO) für § 70 MStGB (Strafe für Fahnenflucht) wurde die Todesstrafe für Desertion im Felde eingeführt. Demnach kann ein auf Todesstrafe lautendes Urteil wegen Fahnenflucht über § 4 Abs. 2 StFVO im Strafmaß abgeändert werden.

Sofern eine Verurteilung wegen Fahnenflucht nicht zusätzlich auch auf der Verletzung allgemeiner Strafgesetze (z.B. Diebstahl, Körperverletzung während der Fahnenflucht) beruhte, sieht § 1 Abs. 4 StFVO eine völlige Straffreiheit wegen der Verurteilung „für ein militärisches Verbrechen oder Vergehen“ vor. Ein Täter, der ausschließlich wegen eines Verstoßes gegen § 69 MStGB (Fahnenflucht) verurteilt wurde, ist also straffrei. Der Vermerk über die Straftat ist gemäß § 5 Abs. 1 StFVO aus dem Strafregister zu tilgen.<sup>184</sup>

---

<sup>182</sup> § 71 MStGB in der Fassung vom 16.07.1935 abgedruckt bei Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im Zweiten Weltkrieg, S. 20.

<sup>183</sup> RGBl. I, S. 1482.

<sup>184</sup> § 5 Abs.1 StFVO: „Alle Vermerke über Straftaten, für die nach § 1 Straffreiheit gewährt wird, sind im Strafregister von Amts wegen zu tilgen.“; Verordnungsblatt für die britische Zone, S. 69.

Damit gewährt die StFVO vollständige Straffreiheit für eine Fahnenfluchtverurteilung bei gleichzeitiger Tilgung der Verurteilung aus dem Strafregister, ohne diese aber ausdrücklich aufzuheben. Lediglich unter § 1 Abs. 1 und 2 StFVO fallende Urteile (Widerstand gegen Nationalsozialismus oder Straftaten, die allein nach nationalsozialistischer Auffassung strafbar waren) sind gemäß § 7 Abs. 1 StFVO „durch diese Verordnung aufgehoben“.

Dies verdeutlicht den Zweck der StFVO, nämlich speziell die NS-Unrechtsurteile als solche zu brandmarken und aufzuheben. Die Straffreierklärung und Tilgung aus dem Strafregister für ausschließlich militärische Verbrechen oder Vergehen bringt zum Ausdruck, daß man diese Verurteilungen zwar nicht für spezielles NS-Unrecht hält, diese aber dennoch als eine gewisse Form von eventuell unbewußtem, aber zumindest nicht politisch motiviertem Widerstand ansieht. Die Gewährung von Straffreiheit für militärische Verbrechen oder Vergehen, ohne die Urteile ausdrücklich aufzuheben, bedeutet letztlich Amnestie.<sup>185</sup> Die Rechtmäßigkeit der Verurteilungen wird dadurch, im Gegensatz zu den als Unrechtsurteile qualifizierten, aufgehobenen Urteilen, nicht in Frage gestellt. Auch die StFVO geht folglich von der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit der Verurteilungen wegen Fahnenflucht aus.<sup>186</sup> Durch Streichung aus dem Strafregister wird den Amnestierten aber der Makel der Verurteilung genommen.

---

<sup>185</sup> Zu diesem Ergebnis kommen auch BGHZ 10, 75; BVerwGE 11, 89; BVerwG, NJW 1962, S. 2367.

Eine Straffreierklärung ist nichts anderes als Amnestie. Das Deutsche Rechts-Lexikon, hrsg. von Tilch, Horst, definiert „Amnestie“ wie folgt: „Amnestie ist der für eine bestimmte Vielzahl von Fällen gewährte völlige oder teilweise Erlass rechtskräftig erkannter, noch nicht vollstreckter Strafen. (...) Sie kann nur durch Gesetz vorgenommen werden (BVerfGE 2, 213 = NJW 1953, 777). Demgemäß wird Amnestie durch besondere Straffreiheitsgesetze gewährt, die meist zugleich die Niederschlagung anhängiger Verfahren anordnen und festlegen, für welche Taten und in welchem Umfang die Straffreiheit gewährt wird. (...)“

<sup>186</sup> Dies bedeutet nicht, daß nicht im Wege einer Einzelüberprüfung an Hand anderer Kriterien die Unrechtmäßigkeit eines Urteils festgestellt werden könnte.

### 1.1.2.2.3. Das Unrechtsbeseitigungsgesetz vom 25.05.1990 für das Gebiet der ehemaligen britischen Zone

Ende der achtziger Jahre kam es über die weitere Anwendbarkeit der StFVO im Rahmen eines Gesetzentwurfs des Bundesrates vom 19.05.1988<sup>187</sup> zu unterschiedlichen Auffassungen zwischen Bundesrat und Bundesregierung. Der Bundesrat vertrat die Meinung, daß die StFVO bei der Bereinigung des Bundesrechts spätestens durch das *Gesetz über den Abschluß der Sammlung des Bundesrechts* vom 23.12.1968<sup>188</sup> aufgehoben worden war. Die Bundesregierung hielt die StFVO zumindest für den Bereich der automatischen Aufhebung noch für anwendbar.<sup>189</sup> Diese Unsicherheit über die Fortgeltung der StFVO führte letztlich zur Verabschiedung des *Gesetzes zur Beseitigung nationalsozialistischer Unrechtsurteile* vom 25.05.1990<sup>190</sup> (UBesG), ohne daß abschließend geklärt war, ob es eines solchen Gesetzes überhaupt bedurfte.<sup>191</sup>

Das UBesG<sup>192</sup> sieht eine Einzelaufhebung auf Antrag für genau die Fälle vor, die nach § 7 Abs. 1 i.V.m. § 1 Abs. 1 und 2 StFVO (Widerstandstaten oder spezifisches NS-Strafrecht) bereits der automatischen Aufhebung unterliegen.<sup>193</sup> Es stellt sich daher die Frage nach dem verbleibenden Regelungsgehalt des UBesG. Einmal per Gesetz aufgehobene Urteile bedürfen eigentlich keiner erneuten Aufhebung, da die materielle Aufhebungswirkung auch unabhängig von einer weiteren Anwendbarkeit der StFVO fortgilt.<sup>194</sup>

---

<sup>187</sup> BT-Drs. 11/2344.

<sup>188</sup> BGBL. I, S. 1451.

<sup>189</sup> BT-Drs. 11/2344, S. 4; siehe dazu auch: Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 923 f.

<sup>190</sup> BGBL. I, S. 966.

<sup>191</sup> Beckmann nennt es zutreffend „nicht gerade ein Musterbeispiel angewandter Gesetzgebungskunst“ offen zu lassen, „ob ein geplantes neues Gesetz fast überflüssig ist“. Vgl. Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 929, dort FN 94.

<sup>192</sup> Das Gesetz findet nur in den Ländern Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein (ehemalige britische Zone) Anwendung (§ 2 Abs.1 UBesG).

<sup>193</sup> § 1 Abs. 1 UBesG lautet: „(1) Zwischen dem 30. Januar 1933 und dem 8. Mai 1945 ergangene Urteile in Strafsachen sind auf Antrag insoweit aufzuheben, als ihnen Taten zugrunde liegen, die überwiegend aus Gegnerschaft zum Nationalsozialismus oder um sich oder andere der Verfolgung durch den Nationalsozialismus zu entziehen begangen worden sind oder die allein nach nationalsozialistischer Auffassung strafbar waren.“

<sup>194</sup> So auch das LG Berlin, Beschluß vom 01.08.1996 – 517 AR 4/96 (2 P Aufh. 1/96), NJW 96, S. 2742 ff. In dem Beschluß des LG Berlin ging es um die Aufhebung der Todesurteile gegen Pastor *Dietrich Bonnhoeffer* und andere. In der Öffentlichkeit herrschte die unzutreffende Ansicht, daß diese Urteile noch nicht aufgehoben seien. Nachdem die zuständige Staatsanwaltschaft I beim Landgericht Berlin einen entsprechenden Aufhebungsantrag gestellt hatte (ein Antrag von Mitarbeitern der Evangelischen Hochschule Hannover unter

Der einzige Unterschied zwischen den Regelungen der StFVO und dem UBesG ist, daß § 1 Abs. 1 StFVO nur für Straftaten gilt, die zwischen dem 30.01.1933 und dem 08.05.1945 begangen wurden, wohingegen § 1 Abs. 1 UBesG Urteile erfaßt, die in diesem Zeitraum ergangen sind.

Nach dem UBesG können nun auch die Verurteilungen wegen Straftaten aufgehoben werden, die zwar vor dem 30.01.1933 begangen, aber erst danach abgeurteilt wurden.<sup>195</sup> Dies war nach dem eindeutigen Wortlaut der StFVO bis dahin nicht möglich. Auf Fahnenfluchtverurteilungen hat das Unrechtsbeseitigungsgesetz aber keine Auswirkungen.

### 1.1.2.3. Französische Zone

In der französischen Zone (Baden, Württemberg-Hohenzollern, Saarland, Rheinland-Pfalz) ergingen jeweils Landesverordnungen, Rechtsanordnungen oder Landesgesetze zur „Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege“.<sup>196</sup> Alle Vorschriften in der französischen Zone kennen nur die Antragsaufhebung.

---

dem Vorsitz des Prodekans des Fachbereichs Sozialwesen, Professor *Karl-Heinz Lehmann*, ausschließlich das Todesurteil gegen *Bonhoeffer* betreffend war mangels Antragsberechtigung unzulässig), kam das Gericht zu dem Ergebnis, daß die Urteile bereits durch Art. 9 des Bayerischen Gesetzes Nr. 21 zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts auf dem Gebiet des Strafrechts vom 28.05.1946 (BayGVBl. 1946, S. 21) aufgehoben sind. Für eine gerichtliche Entscheidung sah das Landgericht Berlin daher keinen Raum, auch wenn über die Aufhebung der Urteile bisher keine staatsanwaltschaftliche Bescheinigung ausgestellt worden war (vgl. NJW 1996, a.a.O).

<sup>195</sup> Die Stadt Hamburg hatte festgestellt, daß es die Urteile des Sondergerichts Altona zum „Altonaer Blutsonntag“ vom 17.07.1932 nicht aufheben konnte. Vgl. BT-Drs. 11/2344 und 11/6722.

<sup>196</sup> Baden: „Landesverordnung über die Aufhebung von Urteilen der Strafgerichte und die Beseitigung nationalsozialistischer Eingriffe in die Strafrechtspflege“ vom 23.12.1946, ABl. 1946, Nr. 28, S. 151; Württemberg-Hohenzollern: „Rechtsanordnung zur Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege“ vom 16.05.1947, Reg.Bl. 1947, S. 67; Saarland: „Rechtsanordnung zur Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege“ vom 04.07.1947, ABl. 1947, S. 271; Rheinland-Pfalz: „Landesgesetz zur Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege“ vom 23.03.1948, GVBl. 1948, S. 244.

Nach § 1 Abs. 1 der jeweiligen Bestimmungen sind alle Urteile aufzuheben, die wegen Taten, die aus Gegnerschaft zum Nationalsozialismus begangen worden waren, die allein nach nationalsozialistischer Auffassung strafbar waren oder jemanden aus den angeführten Gründen benachteiligten.<sup>197</sup>

Entsprechend dem bereits zu den Bestimmungen der amerikanischen Zone Ausgeführten bedürfte es auch in der französischen Zone für eine Aufhebung einer Verurteilung wegen Fahnenflucht des Nachweises, daß die Fahnenflucht aus Gegnerschaft zum Nationalsozialismus erfolgte.

#### **1.1.2.4. Sowjetische Zone**

In der sowjetischen Zone (umfassend die heutigen Bundesländer Mecklenburg-Vorpommern, Brandenburg, Sachsen-Anhalt, Thüringen und Sachsen) erfolgte eine „Rehabilitation von Antifaschisten“ und weiterer Verurteilter durch den Befehl Nr. 228/46 der Sowjetischen Militäradministration (SMA) über „die Nichtigkeit von Urteilen in politischen Sachen und die Einstellung von Strafverfahren in Fällen bestimmter strafbarer Handlungen, die vor dem 08.05.1945 begangen wurden“.<sup>198</sup> Auf Antrag eines Betroffenen konnte ein Urteil durch ein Gericht für nichtig erklärt werden, wenn die verurteilte Tat „aus politischen Beweggründen“ begangen worden war und sich gegen das NS-Regime richtete, „die Handlung in irgendeiner anderen antifaschistischen Kampfhandlung bestand“ oder das Urteil „auf Verstößen gegen die nationalsozialistische, in rassistischer, religiöser und politischer Hinsicht diskriminierender Gesetzgebung beruhte“.<sup>199</sup>

Eine Aufhebung eines Urteils wegen Fahnenflucht war ebenfalls nur über den Nachweis eines (möglichst antifaschistischen) Widerstands gegen den Nationalsozialismus möglich. Der SMA-Befehl trat allerdings spätestens mit dem Einigungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR außer Kraft, da in dem Vertrag eine Fortgeltung eventuell bestehender Bestimmungen in der DDR zur Aufhebung von NS-Unrecht für das Gebiet der fünf

---

<sup>197</sup> Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 929.

<sup>198</sup> Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 929, dort FN 98.

oben genannten Bundesländer nicht angeordnet wurde.<sup>200</sup> Bis zum Inkrafttreten des NS-AufhG bestanden für diese Bundesländer demnach keine besonderen Rechtsvorschriften zur Aufhebung von NS-Unrechtsurteilen.

### 1.1.2.5. Groß Berlin/Berlin

In Groß-Berlin bestand zunächst die Möglichkeit einer Einzelaufhebung von NS-Urteilen in einem gerichtlichen Antragsverfahren gemäß der Anordnung der Alliierten Kommandantur Berlin vom 18.12.1947.<sup>201</sup> Dann folgte das *Berliner Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts auf dem Gebiet der Strafrechtspflege* vom 05.01.1951<sup>202</sup>. Dieses Wiedergutmachungsgesetz ermöglicht in einem Antragsverfahren die Totalaufhebung von Strafurteilen, „wenn die Entscheidung in dem Erkenntnis oder in den Gründen nachweislich auf Vorschriften beruht, die die Festigung des Nationalsozialismus oder die Durchsetzung nationalsozialistischen Gedankenguts bezweckt haben, oder wenn die Entscheidung aus politischen, rassistischen oder religiösen Gründen ergangen ist“ (§ 1 Abs. 1 S. 1).

Für den Bereich der Fahnenflucht kommt nach diesem Gesetz eine Aufhebung einer Verurteilung nur im Wege einer Einzelfallprüfung in Bezug auf mögliche politische, rassistische oder religiöse Motive in Betracht. Verurteilungen wegen rein militärstrafrechtlicher Verstöße rechtfertigen eine Aufhebung nicht. Ferner ist die Rückführung von Strafen auf ein gerechtes Maß möglich, „wenn grausame oder übermäßig hohe Strafen verhängt worden sind“ (§ 1 Abs. 2), oder aber auch eine andere rechtliche Würdigung der Tat (§ 1 Abs. 3). Unter Anwendung dieser Vorschriften kann eine entsprechende Abänderung von Fahnenfluchturteilen erfolgen. Durch § 1 des *Gesetzes über die Vereinheitlichung des Bundesrechts* vom 28.09.1990<sup>203</sup> wurde der Anwendungsbereich des Berliner Wiedergutmachungsgesetzes auf ganz Berlin erstreckt.

---

<sup>199</sup> SMA-Befehl Nr. 228/46; vgl. Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 929.

<sup>200</sup> Vgl. Art. 9 i. V.m. Anlage II, Sachgeb. C EinigV (BGBl. II, S. 1239); Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 929.

<sup>201</sup> VOBl. Groß-Berlin Nr. 2 1948, S. 10.

<sup>202</sup> VOBl. für Berlin I Nr. 2, S. 31.

<sup>203</sup> GVBl. S. 2119.

### 1.1.2.6. Das Zuständigkeitsergänzungsgesetz

Das Zuständigkeitsergänzungsgesetz (ZustErgG) vom 07.08.1952<sup>204</sup> eröffnet in § 18 die Möglichkeit zur Wiederaufnahme von Verfahren der Wehrmachtgerichte, Gerichten wehrmachtähnlicher Formationen sowie der Sondergerichte nach den Vorschriften der StPO. Ein Wiederaufnahmegrund liegt vor, „wenn auf eine Strafe oder eine Maßregel der Sicherung und Besserung erkannt worden ist, auf die nach den angewendeten Vorschriften überhaupt nicht erkannt werden durfte, oder wenn ein Urteil bestätigt worden ist, das nach § 86 der Kriegsstrafverfahrensordnung (...) nicht bestätigt werden durfte“ (§ 18 Abs. 1 S. 2 ZustErgG).<sup>205</sup> Urteile von Sondergerichten können auch dann wieder aufgenommen werden, „wenn Umstände vorliegen, die es erforderlich erscheinen lassen, die Sache im ordentlichen Verfahren nachzuprüfen“ (§ 18 Abs. 2 ZustErgG).

Eine Aufhebung von Fahnenfluchturteilen ist direkt auf der Grundlage des ZustErgG nicht möglich. Es kommt nur die Wiederaufnahme eines Verfahrens wegen Fahnenflucht in Betracht, an dessen Ende nach der Überprüfung eines Urteils allerdings auch ein Freispruch (und damit schließlich die Aufhebung der ursprünglichen Verurteilung) stehen kann. Ein Wiederaufnahmeverfahren ist auch dann noch zulässig, wenn ein Verfahren nach den Aufhebungsvorschriften bereits durchgeführt, eine vollständig Aufhebung aber nicht erzielt wurde.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> BGBl. I, S. 407.

<sup>205</sup> § 86 KStVO (Verbot der Bestätigung bei Verletzung verfahrensrechtlicher Vorschriften: „Ist eine der Vorschriften des § 1 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 nicht beachtet, so darf das Urteil nicht bestätigt werden.“ Diese zwingenden Vorschriften waren: Hauptverhandlung vor drei bzw. fünf militärischen Richtern (§§ 9, 10 KStVO), Anhörung des Angeklagten und letztes Wort (§§ 59 Abs. 1, 61 KStVO), Entscheidung durch Stimmenmehrheit, schriftliche Abfassung und Begründung des Urteils (§§ 62, 65, 66 KStVO). Die Vorschriften sind abgedruckt bei Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im Zweiten Weltkrieg, S. 136 ff.

<sup>206</sup> Vgl. KG NStZ 1981, 273; BGH NStZ 1982, 214; LG Lübeck, Beschluß vom 25.05.1998 – 3 AR 1/98, NJW 1998, S. 2685 ff.

## 2. Fortgeltung der Aufhebungsvorschriften

Die dargestellten Aufhebungsvorschriften gelten, soweit sie Landesrecht sind, gem. Art. 125 Nr. 2 GG als partielles (auf das Territorium seiner Geltung beschränktes) Bundesrecht weiter. Soweit es sich um besatzungsrechtliche Vorschriften handelt, sind sie auf Grund Art. 1 S. 2 des Überleitungsvertrages vom 26.05.1952<sup>207</sup> Recht der Bundesrepublik Deutschland.<sup>208</sup>

Zur Zeit der Verabschiedung des NS-AufhG am 28.05.1998 stellte sich die Rechtslage bezüglich der Aufhebung von NS-Unrecht somit sehr uneinheitlich dar. Automatische Aufhebungen gab es nur in der amerikanischen und britischen Besatzungszone, in den neuen Bundesländern fehlten entsprechende gesetzliche Regelungen völlig. Die existierenden besatzungsrechtlichen Vorschriften waren darüber hinaus weitestgehend unbekannt, was dazu führte, daß Unrechtsurteile gegen anerkannte Widerstandskämpfer für noch gültig gehalten wurden, die durch obige Vorschriften längst aufgehoben waren.<sup>209</sup>

Die Aufhebungsvorschriften sind, soweit sie bis zur Verabschiedung des NS-AufhG gültig waren, nicht außer Kraft getreten. Im Rahmen des Verfahrens nach dem NS-AufhG, das unten näher erläutert wird, ist gem. § 5 zu prüfen, ob ein NS-Unrechtsurteil bereits nach den obigen Bestimmungen aufgehoben war, oder, sofern es nicht durch das NS-AufhG aufgehoben ist, nach weitergehenden Vorschriften aufgehoben oder abgeändert werden kann.<sup>210</sup>

---

<sup>207</sup> BGBl. 1955 II, S. 405.

<sup>208</sup> Vgl. Fikentscher/Koch, NJW 1983, S. 15.

<sup>209</sup> So wurde z.B. die Aufhebung des Todesurteils vom 08.04.1945 gegen die Widerstandskämpfer Dietrich Bonhoeffer, Wilhelm Canaris, Ludwig Gehre, Hans Oster und Dr. Karl Sack gefordert, bis schließlich das LG Berlin zu dem Ergebnis kam, daß das Urteil bereits durch das 1946 in Bayern erlassene Aufhebungsgesetz aufgehoben war. Siehe dazu Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 922 f.

<sup>210</sup> Siehe dazu unten die Kommentierung zu § 5 NS-AufhG sowie BT-Drs. 13/10013, S. 11.

### **3. Ergebnis bezüglich der Aufhebung von Fahnenfluchturteilen**

Keine der oben erläuterten Regelungen sieht eine automatische oder auf Antrag erfolgende Aufhebung eines Urteils bereits deswegen vor, weil es wegen Fahnenflucht ergangen ist. Diese Urteile werden nicht als typisches NS-Unrecht eingestuft und demnach auch Verurteilungen durch Wehrmachtgerichte grundsätzlich nicht als Unrecht angesehen. Allerdings gewährt die StFVO immerhin Amnestie für (ausschließlich) auf militärischen Verbrechen oder Vergehen beruhende Verurteilungen, so daß Fahnenflüchtige im Geltungsbereich der StFVO, die sich nichts anderes haben zuschulden kommen lassen, amnestiert sind.



## Vierter Teil

### **Das Entschädigungs- und Versorgungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland im Hinblick auf Deserteure / Von der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit militärgerichtlicher Verurteilungen zur Unrechtsvermutung**

Neben den Vorschriften zur Aufhebung von NS-Unrechtsurteilen entstanden nach dem Zweiten Weltkrieg Entschädigungsregelungen für erlittenes NS-Unrecht sowie zur Versorgung der Opfer des Krieges. Diese Vorschriften haben zwar nicht die Aufhebung von Urteilen zum Inhalt. Die Gewährung von Entschädigungsleistungen oder Anerkennung als Kriegsoffer trifft jedoch zumindest mittelbar eine Aussage darüber, ob ein Urteil als NS-Unrecht angesehen wird oder nicht. Der Umfang der materiellen Zuwendungen sowie formelle Voraussetzungen und Antragsfristen für die zu Entschädigenden bleiben dabei weitestgehend außer Betracht, da ausschließlich die Frage der Qualifizierung als NS-Unrecht im Vordergrund steht und es somit auf Art und Umfang der Wiedergutmachungsleistungen hier nicht ankommt.

#### **1. Das Bundesentschädigungsgesetz (BEG)**

Die Entschädigungsgesetze zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts, welche nach dem Zweiten Weltkrieg in den Besatzungszonen der Alliierten entstanden, sahen vorläufige Zahlungen und Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit, beruflichen Ausbildung, zur Begründung einer wirtschaftlichen Existenz oder zur Abwehr einer Notlage sowie Renten an Hinterbliebene von verstorbenen Angehörigen zum Zweck der Wiedergutmachung vor. Ziel war dabei die Verfolgten des Nationalsozialismus zu entschädigen. Die Bundesrepublik Deutschland übernahm nach ihrer Gründung die Wiedergutmachungsgesetze der Alliierten Mächte und der Länder und erweiterte sie.<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> Siehe dazu den Bericht über alle Leistungen, die aufgrund der verschiedenen Gesetze und sonstigen Regelungen zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts vom Bund und den Ländern gewährt worden sind. BT-Drs. 10/6287, S. 8 ff. Eine Darstellung der in den Besatzungszonen geschaffenen Regelungen erübrigt sich, da im Gegensatz zu den Auf-

Am 01.10.1953 trat das erste bundeseinheitliche Entschädigungsgesetz, das *Bundesergänzungsgesetz* (BErgG) vom 18.09.1953<sup>212</sup>, in Kraft. Das BErgG wurde durch das *Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung - Bundesentschädigungsgesetz* (BEG) vom 24.06.1956<sup>213</sup> ersetzt, welches rückwirkend zum 01.10.1953 in Kraft trat.<sup>214</sup> Nach einer vierjährigen Beratung erging am 14.09.1965 das Zweite Gesetz zur Änderung des Bundesentschädigungsgesetzes<sup>215</sup>. Dieses wurde ausdrücklich als Schlußgesetz bezeichnet (BEG-Schlußgesetz). Der abschließende Charakter des Gesetzes wird auch dadurch manifestiert, daß nach dem 31.12.1969 keine Ansprüche mehr angemeldet werden konnten. Gegenstand der Darstellung ist somit das BEG in der Fassung von 14.09.1965 als BEG-Schlußgesetz.

### 1.1. Verfolgter im Sinne des Bundesentschädigungsgesetzes

Nach § 3 BEG hat nur der „Verfolgte“ Anspruch auf Entschädigung nach dem BEG.<sup>216</sup> Tatbestandsvoraussetzung für die Gewährung einer Entschädigung ist demnach ein Verfolgtenstatus. Wer Verfolgter im Sinne des Gesetzes ist, wird in § 1 BEG (Begriff des Verfolgten) definiert. Für einen Anspruch nach dem BEG ist es Voraussetzung, daß der Betreffende wegen politischer Gegnerschaft, aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung verfolgt wurde.<sup>217</sup>

---

hebungsvorschriften für NS-Urteile wenige Jahre nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland entsprechende bundeseinheitliche Entschädigungsgesetze ergangen sind. Siehe zur Entstehung des Entschädigungsgesetzes in der amerikanischen Besatzungszone: Kreikamp, Hans-Dieter in: Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, Herbst, Ludolf/Goschler, Konstantin (Hrsg.), S. 61 ff, und zur Entstehung des Wiedergutmachungsgedankens bereits vor dem Ende des Zweiten Weltkriegs: Eck, Christina, Die Wiedergutmachung zwischen 1945 und 1989 und die Regelung der Ansprüche von Verfolgten des Nationalsozialismus in § 1 Abs. 6 VermG, S. 5 ff. Umfassend auch zu den Wiedergutmachungs- und Entschädigungsgesetzen: Brodesser/Fehn/Franosch/Wirth, Wiedergutmachung und Kriegsfolgenliquidation, München 2000, S. 31 ff.

<sup>212</sup> BGBl. I, S. 1387. Es hieß deshalb Bundesergänzungsgesetz, da es die bestehenden Entschädigungsregelungen der amerikanischen Zone ergänzen und insbesondere Rechtsungleichheit und –unsicherheit beenden sollte.

<sup>213</sup> BGBl. I, S. 559.

<sup>214</sup> Das BErgG war zunächst als eine Art Provisorium verabschiedet worden, um in der laufenden Legislaturperiode überhaupt zu einem bundeseinheitlichen Entschädigungsgesetz zu gelangen. Eine Novellierung war von vorneherein vorgesehen. Vgl. dazu Goschler, Konstantin, Wiedergutmachung, S. 295 ff.

<sup>215</sup> BGBl. I, S. 1315.

<sup>216</sup> § 3 BEG: „Der Verfolgte hat Anspruch auf Entschädigung nach diesem Gesetz“.

<sup>217</sup> § 1 Abs.1 BEG:

Hinzukommen muß eine mit der Verfolgung in kausalem Zusammenhang stehende Gewaltmaßnahme, durch welche eine Schädigung eingetreten ist.<sup>218</sup>

### 1.1.1. Die Verfolgungstatbestände und Fahnenflucht

„Politische Gegnerschaft“ i.S.v. § 1 BEG ist die Ablehnung des Nationalsozialismus aus politischen (nicht aus persönlichen oder wirtschaftlichen) Gründen.<sup>219</sup> Dabei braucht eine gegen den Nationalsozialismus gerichtete Einstellung nicht notwendig tatsächlich vorgelegen zu haben. Es reicht aus, wenn die Schädigung ihren Grund darin hat, daß der Betroffene auf politischem Gebiet als Gegner der Nationalsozialisten angesehen wurde. Entscheidend ist, wie die Verfolger den Betroffenen beurteilt haben und aus welchen Gründen sie gegen ihn eingeschritten sind. Dabei können sich die Verfolger mit der Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit einer gegnerischen Einstellung begnügt haben.<sup>220</sup> Verfolgung aus Gründen politischer Gegnerschaft kann daher bereits bei der Ablehnung des Hissens der Hakenkreuzfahne, des Anbringens eines jüdenfeindlichen Schildes, des Beitritts in die NSDAP vorliegen.<sup>221</sup>

Bei Militärdelikten und Verstößen gegen die Kriegsvorschriften ist nach den Kommentierungen zum BEG zu berücksichtigen, daß in Deutschland ebenso wie in anderen kriegführenden Ländern allgemein schärfste Maßnahmen gegen eine Beeinträchtigung der Wehrkraft ergriffen wurden, so daß in diesen Fällen auch die Art der Bestrafung nicht ohne weiteres den Schluß zuläßt, daß das Verhalten von den Machthabern als Gegnerschaft zum Nationalsozialismus angesehen wurde.<sup>222</sup>

---

„(1) Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung ist, wer aus Gründen politischer Gegnerschaft gegen den Nationalsozialismus oder aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung durch nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen verfolgt worden ist und hierdurch Schaden an Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Vermögen, in seinem beruflichen oder in seinem wirtschaftlichen Fortkommen erlitten hat (Verfolgter).“

<sup>218</sup> Nach § 2 BEG handelt es sich bei „nationalsozialistischen Gewaltmaßnahmen“ um solche Maßnahmen, die aus den Verfolgungsgründen des § 1 auf Veranlassung oder mit Billigung der Nationalsozialisten gegen den Verfolgten ergangen sind.

<sup>219</sup> Blessin, Georg / Giessler, Hans, Kommentar zum Bundesentschädigungsgesetz, § 1 BEG, S. 220 ff; Brunn, Walter / Hebenstreit, Richard, Kommentar zum Bundesentschädigungsgesetz, § 1 BEG RN 4.

<sup>220</sup> Blessin / Giessler, a.a.O.

<sup>221</sup> Blessin / Giessler, a.a.O.

<sup>222</sup> van Dam, H.G. / Loos, Heinz, Kommentar zum Bundesentschädigungsgesetz, 1957, § 1 BEG, S. 61.

Bei militärgerichtlichen Verurteilungen wird das Hinzutreten weiterer Umstände gefordert, aus welchen eine politische Gegnerschaft hervorgeht. Kriegsmüdigkeit, Furcht oder Feigheit als Gründe für eine Fahnenflucht reichen deshalb nicht aus, um den Verurteilten als Verfolgten i.S.d. BEG anzusehen.<sup>223</sup> Wer also „bloß“ Fahnenflüchtiger war, ohne eine politische Gegnerschaft zum Ausdruck gebracht zu haben, ist demnach nicht Verfolgter i.S.d. BEG.

Wenn schon Fahnenflucht grundsätzlich nicht als ein auf politischer Gegnerschaft beruhendes Verhalten betrachtet wird, so gilt dies erst recht für die weiteren Verfolgungsgründe „Rasse“, „Glaube“ oder „Weltanschauung“. Eine Fahnenfluchtverurteilung müßte also gerade wegen dieser Gründe erfolgt sein, um als Verfolgung anerkannt zu werden.<sup>224</sup>

Verurteilungen wegen Fahnenflucht stellen demnach grundsätzlich keine Verfolgung i.S.d. BEG dar. Die zum Wiedergutmachungsrecht ergangene Rechtsprechung verneint ebenfalls eindeutig das Vorliegen einer Verfolgung i.S.d. BEG durch militärstrafrechtliche Verurteilungen, insbesondere wegen Fahnenflucht.<sup>225</sup>

---

<sup>223</sup> Van Dam / Loos, a.a.O.

<sup>224</sup> Eine Fahnenfluchtverurteilung, die aus Gründen der Rasse erfolgte, dürfte praktisch kaum vorgekommen sein. Die 1. VO zum Reichsbürgergesetz vom 14.11.1935 (RGBl. I, S. 133) definierte Juden und jüdische Mischlinge. Diese waren von der Wehrpflicht ausgeschlossen. Eine Einberufung zur Wehrmacht und die spätere Desertion waren daher nur möglich, wenn die Abstammung verborgen gehalten werden konnte. Eine derartige Konstellation dürfte relativ selten gewesen sein. Daß es sie aber dennoch gab, belegt LG Köln, Beschluß vom 19.12.1997 – 113 – 33/97, NJW 1998, S. 2688 f sowie dazu die Anmerkungen von Gritschneider, Otto, Im Ergebnis richtig – in der Begründung falsch / Die Aufhebung des Kriegsgerichtsurteils gegen Rainer Beck, NJW 1998, S. 2652 f. Durch Beschluß des LG Köln war ein Todesurteil wegen Fahnenflucht aufgehoben worden, weil der Verurteilte Halbjude und deshalb nach Auffassung des LG Köln seine Tat durch Notstand gerechtfertigt war. Bei Entdeckung seiner Abstammung hätte er mit der Einweisung in ein Konzentrationslager rechnen müssen. Allerdings war zum Zeitpunkt des kriegsgerichtlichen Verfahrens nicht bekannt, daß der Angeklagte Halbjude war, so daß dies bei der damaligen Urteilsfindung keine Rolle spielte und deshalb nicht Grund der Verurteilung war.

<sup>225</sup> Fahnenfluchtverurteilung ist keine Verfolgungsmaßnahme, falls die Fahnenflucht nicht aus antinationalsozialistischer Gesinnung begangen, dies von der verfolgenden Stelle erkannt und deshalb eine härtere Strafe verhängt worden ist (KG vom 18.01.1960 – 17 U Entsch. 1765/59). Die Bestrafung eines Kriegsdienstverweigerers wird nicht als nationalsozialistische Gewaltmaßnahme angesehen; nur wenn der Bestrafte auch wegen seiner politischen, religiösen oder weltanschaulichen Gegnerschaft zum nationalsozialistischen Regime getroffen werden sollte, d.h. wenn er deshalb besonders hart bestraft worden ist, liegt eine nationalsozialistische Gewaltmaßnahme vor (BGH RzW 56, 360; 57, 52). Auch in der Anwendung der Kriegssonderstrafrechtsverordnung allein liegt noch kein rechtsstaatswidriges

Diese Auffassung teilte auch die Bundesregierung noch in ihrem Bericht vom 31.10.1986 über Wiedergutmachung und Entschädigung für nationalsozialistisches Unrecht:

*„Verurteilungen wegen Kriegsdienstverweigerung, Fahnenflucht oder Zersetzung der Wehrkraft haben im allgemeinen nicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen, da solche Handlungen auch in Ländern mit rechtsstaatlicher Verfassung, z.B. in den westeuropäischen Staaten, während des Krieges mit Strafe bedroht waren. Gleichwohl können im Einzelfall Verurteilungen solcher Art auf in § 1 BEG genannten Gründen oder auf einer sonstigen Verletzung rechtsstaatlicher Grundsätze beruht haben.“<sup>226</sup>*

Auch in den nach Ablauf der Antragsfrist des BEG geltenden sog. Härterichtlinien wird an die Verfolgungstatbestände des BEG angeknüpft (BEG-Härterichtlinie<sup>227</sup>). Sofern ein Betroffener nicht Verfolgter i.S.d. BEG ist, er aber dennoch eine „rechtswidrige Schädigung“ erlitten hat, kommen auch Ansprüche nach den Härterichtlinien zum Allgemeinen Kriegsfolgengesetz (AKG-Härterichtlinie<sup>228</sup>) in Betracht.

Zur Frage der Entschädigung stellte der Deutsche Bundestag mit der Mehrheit der damaligen CDU/CSU und F.D.P.-Koalition in seiner Beschlußempfehlung vom 30.10.1990 fest, „daß die unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft verfolgten Kriegsdienstverweigerer, Deserteure und „Wehrkraftzersetzer“ im Rahmen der geltenden entschädigungsrechtlichen Regelungen, insbesondere nach den Härteregeleungen entsprechend dem Allgemeinen Kriegsfolgengesetz Wiedergutmachungsleistungen erhalten“.<sup>229</sup>

---

Vorgehen (vgl. BGHSt 3, 110 f und 4, 66 f sowie BGH RzW 57, 52 und OLG Koblenz RzW 55, 215). Zur Frage der Gewaltmaßnahme bei einer kriegsgerichtlichen Verurteilung eines Zeugen Jehovas s. BGH RzW 64, 501/504.

<sup>226</sup> BT-Drs. 10/6287, S. 39.

<sup>227</sup> „Richtlinien der Bundesregierung für die Vergabe von Mitteln an Verfolgte nichtjüdischer Abstammung zur Abgeltung von Härten in Einzelfällen im Rahmen der Wiedergutmachung“ vom 26.08.1981 (BAnz. Nr. 160 vom 29.08.1981) und „Richtlinien für eine ergänzende Regelung über Entschädigung für Opfer des Nationalsozialismus im Beitrittsgebiet“ vom 13.05.1992 (BAnz. Nr. 95 vom 21.05.1992).

<sup>228</sup> „Richtlinien der Bundesregierung über Härteleistungen an Opfer von nationalsozialistischen Unrechtsmaßnahmen im Rahmen des Allgemeinen Kriegsfolgengesetzes (AKG)“ vom 07.03.1988, zuletzt geändert am 13.12.1990 (BAnz. Nr.195 vom 21.05.1992).

<sup>229</sup> BT-Drs. 11/8389.

Desweiteren hielt er „über die bestehenden Vorschriften hinausgehende Wiedergutmachungsregelungen für diesen Personenkreis für nicht erforderlich“.<sup>230</sup> Damit bestätigte der Deutsche Bundestag Anfang der neunziger Jahre etwas verklausuliert die bisher übliche Entschädigungspraxis. Denn „verfolgte“ Deserteure i.S.d. BEG erhielten schon immer nach den gesetzlichen Regelungen Entschädigung. Etwas anderes hätte sich nur ergeben, wenn Deserteure (sowie Kriegsdienstverweigerer und Wehrkraftzersetzer) grundsätzlich als Verfolgte im Sinne der gesetzlichen Regelungen eingestuft worden wären. Gerade dies wurde jedoch abgelehnt.

## 2. Das Bundesversorgungsgesetz (BVG)

Neben den Aufhebungsgesetzen und dem Bundesentschädigungsgesetz trat am 20.10.1950 das *Bundesversorgungsgesetz* (BVG) vom 20.12.1950<sup>231</sup> in Kraft.<sup>232</sup> Der vollständige Titel lautet *Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges*. Ebenso wie das BErgG und das spätere BEG trat es als bundeseinheitliches Gesetz an die Stelle der in der Zeit zwischen 1945 und 1949 in den Besatzungszonen entstandenen landesrechtlichen Regelungen. Das BVG fällt nicht unter die „echten“ Wiedergutmachungsgesetze wie die Vorschriften zur Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege und das Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer nationalsozialistischer Verfolgung (BEG). Im Gegensatz zu den genannten Regelungen ist Sinn und Zweck des BVG nicht die Wiedergutmachung speziell nationalsozialistischen Unrechts, sondern eine soziale Entschädigung für durch den Krieg erlittene gesundheitliche Schädigungen. Opfer des Krieges waren zwangsläufig nicht nur Verfolgte des Nationalsozialismus. Das BVG gewährt den Berechtigten im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs einen sogenannten Versorgungsanspruch.<sup>233</sup>

---

<sup>230</sup> BT-Drs. 11/8389.

<sup>231</sup> BGBl. S. 791.

<sup>232</sup> Es stellt eines der ersten großen Sozialgesetze in der Bundesrepublik Deutschland dar; siehe: Fehl, Hans-Martin in: Wilke, Gerhard, Soziales Entschädigungsrecht, Kommentar, Einleitung RN 1.

<sup>233</sup> Zur Rechtsnatur des Versorgungsanspruch vgl. Fehl, a.a.O., § 1 BVG RN 1 ff.

In § 1 Abs. 2 d, der nachfolgend erörtert wird, regelt das BVG die Frage, inwiefern Schädigungen durch militärgerichtliche Verurteilungen einen Versorgungsanspruch begründen.

### **2.1. Voraussetzung des „offensichtlichen Unrechts“ für Versorgungsansprüche wegen militärstrafrechtlicher Verurteilungen**

Gem. § 1 Abs. 1 BVG erhält wegen der gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen einer Schädigung auf Antrag Versorgung, *„wer durch eine militärische oder militärähnliche Dienstverrichtung (...) eine gesundheitliche Schädigung erlitten hat“*. Bezüglich der Frage, ob darunter auch Schädigungen durch militärstrafrechtliche Verurteilungen fallen, stellt § 1 Abs. 2 d BVG die einschlägige Vorschrift dar:

*„(2) Einer Schädigung im Sinne des Absatzes 1 stehen Schädigungen gleich die herbeigeführt worden sind durch (...)*  
*d) eine mit militärischem oder mit militärähnlichem Dienst oder mit den allgemeinen Auflösungserscheinungen zusammenhängende Straf- oder Zwangsmaßnahme, wenn sie den Umständen nach als offensichtliches Unrecht anzusehen ist, (...)*<sup>234</sup>

Nach § 1 Abs. 2 d BVG ist somit Voraussetzung für die Gewährung einer Versorgung, daß die Strafmaßnahme mit dem militärischen Dienst oder mit den allgemeinen Auflösungserscheinungen zusammenhängt, d.h. wegen Verstoßes gegen die militärischen Pflichten verhängt worden ist, und darüber hinaus nach den Umständen ein „offensichtliches Unrecht“ darstellt.<sup>235</sup> Die Formulierung, daß die Strafmaßnahme „nach den Umständen als offensichtliches Unrecht“ anzusehen sein muß, impliziert schon, daß nicht alle militärischen Strafmaßnahmen als Unrecht betrachtet werden. Ansonsten wäre dieser Zusatz überflüssig.

---

<sup>234</sup> BVG in der Fassung vom 22.01.1982 (BGBl. I S. 21).

<sup>235</sup> Fehl, Hans-Martin, a.a.O., § 1 BVG RN 48.

Es läßt sich vielmehr der Schluß daraus ableiten, daß der Gesetzgeber davon ausging, daß Bestrafungen wegen Verstößen gegen die Militärstrafgesetze grundsätzlich zu Recht ergangen sind und dadurch eingetretenen Schädigungen keinen Versorgungsanspruch rechtfertigen, ebenso wie Verurteilungen nach dem allgemeinen Strafrecht während der Zeit des Nationalsozialismus keine Entschädigungs- oder Versorgungsansprüche auslösen, sofern es sich nicht um spezifisch „nationalsozialistisches Unrecht“ in der Strafrechtspflege gehandelt hat. § 1 Abs. 2 d BVG fordert demnach eine Einzelfallprüfung bei der Frage nach einem Versorgungsanspruch wegen einer durch eine Strafmaßnahme erlittenen Schädigung. Denn ob eine Strafmaßnahme „offensichtliches Unrecht“ darstellt, hängt laut Gesetz entscheidend von „den Umständen“ der jeweiligen Strafmaßnahme und damit der ihr zugrundeliegenden Verurteilung ab. Diese können nur an Hand des Einzelfalls überprüft werden.

In Bezug auf eine Verurteilung wegen Fahnenflucht bedeutet dies, daß nach dem Wortlaut des Gesetzes eine Schädigung i.S.d. BVG nur dann vorliegt, wenn im zu überprüfenden Einzelfall festgestellt wird, daß gerade diese Verurteilung wegen Fahnenflucht ein „offensichtliches Unrecht“ darstellt.

Dieser Ansicht folgte nach Inkrafttreten des BVG auch die Rechtsprechung der Sozialgerichte vierzig Jahre lang. Erst mit Urteil vom 11.09.1991<sup>236</sup> gab das Bundessozialgericht (BSG) die über Jahrzehnte vertretene Auffassung von der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit der Fahnenfluchtverurteilungen auf.<sup>237</sup> Um den Wandel der Rechtsprechung deutlich zu machen, wird zunächst die Rechtsprechung bis 1991 dargestellt und anschließend das richtungsändernde Urteil des BSG vom 11.09.1991 erörtert.

---

<sup>236</sup> BSG, Urteil vom 11.09.1991 – 9a RV 11/90 - ZfS 1991, S. 373 = Breith. 1992, S. 241; SozR 3-3100 § 1 BVG Nr. 3, S. 3 ff; NJW 1992, S. 934 ff.

<sup>237</sup> Zu dem Urteil des BSG vom 11.09.1991 ausführlich nachfolgend unten.

### 3. Die Rechtsprechung zum „offensichtlichen Unrecht“ i.S.v.

#### § 1 Abs. 2 d BVG bis 1991

#### 3.1 Grundsätzliche Rechtmäßigkeit militärgerichtlicher

##### Verurteilungen

In einer bis 1991 richtungsweisenden Entscheidung vom 19.12.1957 geht das Bundessozialgericht (BSG) davon aus, daß ein „offensichtliches Unrecht“ i.S.v. § 1 Abs. 2 d BVG nur dann vorliegt, „wenn die Strafmaßnahme, auf Grund welcher die Schädigung eingetreten ist, den Umständen nach unzweifelhaft eine mit rechtsstaatlichen Anschauungen in krassem Widerspruch stehende Überschreitung des rechten Strafmaßes gewesen ist“.<sup>238</sup> Nicht jede mit dem Kriegsgeschehen zusammenhängende Straf- und Zwangsmaßnahme, bei der Kriegsrecht angewendet worden ist, begründet einen Versorgungsanspruch. Wenn dies beabsichtigt gewesen wäre, hätte der Gesetzgeber die Vorschrift anders gefaßt. Daher sei in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob eine Strafmaßnahme im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Anschauungen steht. Das BSG be-ruht sich in der Entscheidung auf die Begründung zum Entwurf des BVG.<sup>239</sup> Danach werden nach dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2 d BVG nur die Fälle von der Vorschrift erfaßt, die „in der letzten Phase des Krieges durch Vorgehen deutscher Wehrmacht-, Partei- und Zivildienststellen oder von Einzelpersonen entstanden sind, um die Erfüllung eines Einsatzes zu erzwingen, obwohl der verlangte Dienst den Umständen nach nicht mehr erwartet werden konnte“.<sup>240</sup> Das BSG bestätigte mit seiner Entscheidung das Landessozialgericht (LSG) Schleswig, welches geurteilt hatte, daß bei einem kriegsgerichtlichen Todesurteil ein „offensichtliches Unrecht“ dann nicht vorliegt, wenn feststeht, daß die militärrechtlichen Verfahrensvorschriften beachtet worden sind.<sup>241</sup> Ähnlich lautet eine Entscheidung des LSG Rheinland-Pfalz vom 22.06.1955, nach welcher ein offensichtliches Unrecht bei einer Hinrichtung wegen Fahnenflucht nur gegeben ist, wenn „besondere Umstände“ vorliegen.<sup>242</sup>

---

<sup>238</sup> BSGE 6, S. 195.

<sup>239</sup> BT-Drs. 1/1333, S. 46.

<sup>240</sup> BT-Drs. 1/1333, S. 46.

<sup>241</sup> LSG Schleswig, Urteil vom 01.07.1954 – Breith. 1955, S. 88.

<sup>242</sup> LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 22.06.1955 – Breith. 1955, S. 1107.

Das BSG führt in dem oben erwähnten Urteil vom 19.12.1957 aus, daß Fahnenflucht insbesondere in Kriegszeiten nicht nur nach deutschen Gesetzen mit Todesstrafe bedroht war und deshalb ein Todesurteil wegen Fahnenflucht im Felde und dessen Vollstreckung nicht als „offensichtliches Unrecht“ angesehen werden könnten. Es geht davon aus, daß auch ein Todesurteil im kriegsgerichtlichen Verfahren grundsätzlich rechtsstaatlichen Anschauungen genügt bzw. zu diesen nicht in einem krassen Widerspruch steht.

### **3.1.1. Einzelfälle von „offensichtlichem Unrecht“ nach der Rechtsprechung**

In der Rechtsprechung entwickelten sich auch Grundsätze, an welchen festgemacht werden konnte, unter welchen Voraussetzungen ein „offensichtliches Unrecht“, vorbehaltlich der Einzelfallprüfung, anzunehmen war. So entschied das Sozialgericht Düsseldorf, daß bei einer Verurteilung zum Tode durch ein Standgericht in der letzten Phase des Krieges ein offensichtliches Unrecht vorliegt, weil es an den rechtsstaatlichen Garantien eines ordentlichen Kriegsverfahrens gefehlt hat.<sup>243</sup> In der Entscheidung ging es um ein Ende Februar gefälltes und vollstrecktes Todesurteil durch ein Standgericht.

Einzelheiten über die zugrundeliegende Straftat oder das Urteil waren nicht mehr zu ermitteln gewesen. Dies war aber laut Sozialgericht Düsseldorf nicht von Bedeutung, da „allein schon aus der Tatsache, daß es sich um ein standgerichtliches Urteil in den letzten Monaten des Krieges auf deutschem Raum gehandelt hat, bei dessen Fällung die üblichen militärstrafrechtlichen und prozesualen Garantien nicht mehr gegeben waren, (...) auch auf das Vorhandensein eines offensichtlichen Unrechts geschlossen werden (muß)“.<sup>244</sup> Ähnlich urteilte auch das LSG Essen, welches entschied, daß die sofortige Erschießung eines Soldaten im Februar 1945 nach Verurteilung durch ein Feldjäger-Standgericht „sowohl nach NS-Grundsätzen als auch nach demokratischem Recht“ offensichtliches Unrecht darstellt.<sup>245</sup>

---

<sup>243</sup> Sozialgericht Düsseldorf, Entscheidung vom 17.04.1956 – Breith. 1956, S. 1147.

<sup>244</sup> Breith. 1956, S. 1148.

Desweiteren liegt nach einem Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 23.02.1955 ein „offensichtliches Unrecht“ auch dann vor, wenn bei einem im übrigen nicht zu beanstandenden Gerichtsverfahren die Schwere des Urteils zu dem Unwertgehalt der Tat in einem krassen Mißverhältnis steht. Dies ist dann der Fall, wenn zwischen der durch die Straftat verursachten Rechtsgutverletzung und der Strafe ein nach rechtsstaatlichem Denken angemessenes Verhältnis nicht besteht.<sup>246</sup> In dem zu beurteilenden Fall ging es um ein kriegsgerichtliches Todesurteil gegen einen deutschen Kriegsgefangenen in den USA, der wegen Mordes an einem mitgefangenen Kameraden hingerichtet worden war.<sup>247</sup> Die Witwe hatte den geltend gemachten Versorgungsanspruch u.a. damit begründet, daß ihr Ehemann im Falle einer späteren Auslieferung nach Deutschland wegen der Abschaffung der Todesstrafe in der Bundesrepublik nur mit einer Freiheitsstrafe zu rechnen gehabt hätte. Das Landessozialgericht führt in seiner Entscheidung aus, daß die Abschaffung der Todesstrafe (Art. 102 GG) nicht automatisch beinhaltet, daß jedes vor Inkrafttreten des Grundgesetzes gefällte Todesurteil als Unrecht anzusehen ist. Vielmehr kann nach Auffassung des Landessozialgerichts die Verhängung der Todesstrafe je nach Lage des Einzelfalls mit rechtsstaatlichem Denken vereinbar sein. Nur wenn zwischen der Tat und der Verurteilung ein ganz erhebliches Mißverhältnis besteht und etwa für ein relativ geringfügiges Delikt die Todesstrafe ausgesprochen worden ist, ist die Strafe als offensichtliches Unrecht anzusehen.<sup>248</sup> Die Entscheidung stellt damit klar, daß die Verhängung der Todesstrafe allein noch kein Grund ist, die (offensichtliche) Unrechtmäßigkeit eines Urteils anzunehmen.

---

<sup>245</sup> Breith. 1970, S. 510.

<sup>246</sup> LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.02.1955 – Breith. 1955, S. 987.

<sup>247</sup> Das BVG ist auf die Schädigung durch die ausländische Strafmaßnahme anwendbar, weil Schädigungen durch die Kriegsgefangenschaft nach § 1 Abs. 2 b BVG denjenigen gleichstehen, die auf militärischen oder militärähnlichen Dienst zurückzuführen sind.

<sup>248</sup> Breith. 1955, S. 987 (991).

Mit Urteil vom 14.02.1968 entschied das BSG, daß es mit den Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens nicht vereinbar und daher „offensichtliches Unrecht“ ist, wenn im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens ein rechtskräftiges Urteil eines Kriegsgerichts zu einer Freiheitsstrafe zum Zwecke der Strafverschärfung aufgehoben und durch ein Todesurteil ersetzt wurde.<sup>249</sup>

Eine den rechtsstaatlichen Anschauungen widersprechende Strafe und damit ein „offensichtliches Unrecht“ liegt nach einer Entscheidung des BSG<sup>250</sup> auch dann vor, wenn eine Strafe in einem Urteil ausgesprochen worden ist, welchem keine Bestandskraft zukommt. Damit sind Urteile gemeint, welche nach den oben erläuterten Vorschriften zur Aufhebung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege aufgehoben sind. Bereits durch die Aufhebung ist festgestellt, daß diese Urteile gegen elementare rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen. Daher bedarf es keiner weiteren Prüfung mehr, ob sie „offensichtliches Unrecht“ darstellen.<sup>251</sup> Die Einzelfallprüfung entfällt bei solchen Urteilen nicht, sondern sie ist durch die Aufhebung des Urteils bereits vorweggenommen worden.

Am 13.12.1984 entschied das BSG, daß es sich bei einem Todesurteil durch ein Standgericht im Jahre 1945 grundsätzlich dann um offensichtliches Unrecht handelt, wenn festgestellt wird, daß dem Standgericht jegliche Erwägungen zu Schuld- und Strafzumessung aus Gründen der Abschreckung verwehrt worden sind, die Todesstrafe also zwangsläufig verhängt wurde.<sup>252</sup>

Gleichzeitig stellt das BSG in diesem Urteil nochmals fest, daß das Tatbestandsmerkmal „offensichtliches Unrecht“ nicht schon deswegen zu bejahen ist, weil etwa die Todesstrafe mit der öffentlichen Meinung in der gesamten heutigen Kulturwelt schlechthin unverträglich wäre. Das BSG weist darauf hin, daß auch bewährte Demokratien der westlichen Welt die Todesstrafe beibehalten haben.<sup>253</sup>

---

<sup>249</sup> BSG Urteil vom 14.02.1968 – VersBl. 1968, S. 61 Nr. 33.

<sup>250</sup> BSGE 12, S. 175.

<sup>251</sup> BSGE 12, S. 175.

<sup>252</sup> BSG Urteil vom 13.12.1984 – 9a RV 14/83 – Breith. 1985, S. 1854; NJW 1985, S. 1109 ff.

<sup>253</sup> BSG NJW 1985, S. 1109.

Sofern bei im Zweiten Weltkrieg begangenen Militärstraftaten die in Betracht kommenden Bestimmungen der Kriegssonderstrafrechtsverordnung (KSSVO) vom 17.08.1938<sup>254</sup> und des Militärstrafgesetzbuches (MStGB) in der Fassung vom 10.10.1940<sup>255</sup> zur Anwendung gelangten, ist „damit die Rechtsstaatlichkeit nach übereinstimmender Rechtsprechung nicht in Frage gestellt“.<sup>256</sup>

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, daß das Bundessozialgericht noch Ende 1984 die grundsätzliche Rechtmäßigkeit von militärgerichtlichen Verurteilungen während des Zweiten Weltkriegs erneut bestätigt hat.

#### **4. Der Wandel der Rechtsprechung durch das Urteil des Bundessozialgerichts vom 11.09.1991**

Nur knapp sieben Jahre nach der Entscheidung des BSG aus dem Jahr 1984 erging das Bundessozialgerichtsurteil, durch welches die vorherige Rechtsprechung nicht nur in Frage gestellt, sondern sogar ausdrücklich aufgegeben wurde. Der Leitsatz der Entscheidung vom 11.09.1991 lautet:

*„Die Todesurteile der Militärstrafjustiz während des 2. Weltkrieges schließen die Hinterbliebenen der von ihnen betroffenen Soldaten in der Regel nicht von allen Leistungen des BVG aus, weil angesichts der Gesamtumstände die Rechtswidrigkeit der Urteile zu vermuten ist.“<sup>257</sup>*

Aus dem Leitsatz ist bereits der grundlegende Wandel der Rechtsprechung zu erkennen. War vor der Entscheidung noch von der grundsätzlichen Rechtmäßigkeit militärgerichtlicher Verurteilungen auszugehen, so lassen nunmehr „die Gesamtumstände die Rechtswidrigkeit (...) vermuten“. Das BSG beschränkt sich bei der Unrechtsvermutung auch nicht auf die letzte Phase des Zweiten Weltkriegs, sondern bezieht diese auf die gesamte Kriegsdauer. Andererseits gilt nach dem Leitsatz die Vermutung nur für Todesurteile.

---

<sup>254</sup> RGBL., 1939 I, S. 1455.

<sup>255</sup> RGBL. I, S. 1347 f.

<sup>256</sup> BSG NJW 1985, S. 1109.

<sup>257</sup> BSG NJW 1992, S. 934 ff.

#### 4.1. Der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt

Das BSG hatte über einen geltend gemachten Witwenversorgungsanspruch zu entscheiden. Der Ehemann der Klägerin war am 10.03.1945 in Breslau hingerichtet worden. Als Todesursache war lediglich „Vollstreckung des Urteils durch Erschießen“ vermerkt. Das Urteil selbst ist nicht bekannt. Bekannt ist nur, daß der Betroffene seit 25.02.1945 bei seiner in Dänemark stationierten Einheit wegen unerlaubter Entfernung in die Strafsachenliste eingetragen war, nachdem er von einem Heimaturlaub nicht mehr zurückkehrte. Zusätzlich war noch der Vermerk „flüchtig“ angefügt worden. Wie der schließlich Hingerichtete überhaupt in die seit 15.02.1945 von den sowjetischen Truppen eingeschlossene Festung Breslau gelangte, war ebensowenig feststellbar, wie die ihm dort zur Last gelegte Tat.<sup>258</sup>

Das erstinstanzliche Sozialgericht hatte den Versorgungsanspruch der Witwe bejaht, weil es davon ausging, daß der Ehemann wegen unerlaubter Entfernung verurteilt worden sei. Innerhalb der Festung Breslau sei davon auszugehen, daß die Verurteilung und deren Vollstreckung im März 1945 unter Mißachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zustande gekommen seien. In der zweiten Instanz war das Urteil wieder aufgehoben worden, da wegen gänzlich fehlender Akten der Nachweis für das Vorliegen eines „offensichtlichen Unrechts“ nicht zu führen war.<sup>259</sup>

---

<sup>258</sup> BSG NJW 1992, S. 934.

<sup>259</sup> SozR 3-3100 § 1 BVG Nr. 3, S. 4.

## 4.2. Die Urteilsbegründung

Das BSG hat der Witwe den geltend gemachten Versorgungsanspruch zugesprochen, da ihr Ehemann durch eine mit dem militärischen Dienst zusammenhängende Strafmaßnahme geschädigt wurde, die „den Umständen nach als offensichtlichen Unrecht anzusehen ist“ (vgl. § 1 Abs. 2 d BVG). Nach dem Urteil des BSG gilt dies „kraft einer durch die Erfahrung gestützten Vermutung grundsätzlich für die Hinrichtung im Zweiten Weltkrieg auf Grund militärgerichtlicher Verurteilung, soweit nicht – nach rechtsstaatlichen Maßstäben – ausnahmsweise erkennbar die Höchststrafe gerechtfertigt erscheint“. Die (offensichtliche) Unrechtmäßigkeit ist demnach die Regel, die Rechtmäßigkeit die Ausnahme. Das BSG stellt ausdrücklich klar, daß es an der vorher durch das BSG vertretenen Rechtsprechung vom Unrecht als Ausnahmefall nicht weiter festhält.<sup>260</sup>

Das BSG argumentiert zunächst mit der Entstehungsgeschichte und dem Gesetzeszweck des § 1 Abs. 2 d BVG. Entgegen der Ansicht der vorherigen Rechtsprechung sei der Gesetzgeber bereits bei der Verabschiedung des BVG von der offensichtlichen Unrechtmäßigkeit der Todesurteile ausgegangen. Im Anschluß an diese Feststellung geht das BSG auf die Urteilspraxis der Militärjustiz im allgemeinen ein. Es habe sich dabei um eine „Terrorjustiz“ gehandelt, in der es kein rechtsstaatliches Verfahren gegeben habe. Todesurteile seien „zwangsläufig“ und „ohne Rücksicht auf das Maß des persönlichen Verschuldens“ verhängt worden. Das Gericht beruft sich dabei auf „neuere Erkenntnisse über die Militärjustiz“ und „die Ergebnisse der militärhistorischen Forschung“.<sup>261</sup> Schließlich kommt das BSG zu dem Ergebnis, daß eine Bewertung der Militärurteile als „offensichtliches Unrecht“ auch in Hinsicht auf das übrige Entschädigungsrecht geboten sei, da man Fahnenflucht als Widerstandshandlung anerkennen müsse. Die ansonsten geltende Unrechtsvermutung für militärstrafrechtliche Todesurteile im Zweiten Weltkrieg kommt nach dem BSG nur dann nicht zum Tragen, wenn der Verurteilung nachweislich ein „zivils“ Verbrechen wie z.B. Mord zugrunde lag und die Verhängung der

---

<sup>260</sup> „An dieser Rechtsprechung, (...) hält der Senat nicht fest.“ (BSG NJW 1992, S. 934)

<sup>261</sup> Das BSG verweist dabei mehrfach auf Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmichtsjustiz im

Höchststrafe auch außerhalb des Wehrdienstes in Betracht gekommen wäre.<sup>262</sup> Vor der BSG-Entscheidung hatte der Anspruchsteller die offensichtliche Unrechtmäßigkeit der militärischen Strafmaßnahme zu beweisen. Nunmehr spricht laut BSG bereits eine Vermutung für die (offensichtliche) Unrechtmäßigkeit. Der Versorgungsanspruch kann daher nur versagt werden, wenn nachzuweisen ist, daß das Urteil ausnahmsweise kein „offensichtliches Unrecht“ darstellt. Die Entscheidung des BSG führt somit zu einer vollständigen Beweislastumkehr.

Das Urteil des BSG ist auf vielfältige Zustimmung, aber auch z.T. heftige Kritik<sup>263</sup> gestoßen und hatte, wie unten noch aufgezeigt werden wird, einen erheblichen Einfluß auf die Debatte um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure. Daher ist es erforderlich, die einzelnen Argumente der Urteilsbegründung einer Untersuchung zu unterziehen.

#### 4.2.1. Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2 d BVG

Im ersten Teil der Urteilsbegründung verweist das BSG darauf, daß man der Begründung des Gesetzesentwurfs zum BVG nicht eindeutig entnehmen könne, unter welchen Umständen eine mit militärischem Dienst zusammenhängende Strafmaßnahme und deren Folge als „offensichtliches Unrecht“ anzusehen sei.<sup>264</sup> Zwar habe die Bundesregierung in ihrer Äußerung zum Gesetzesentwurf des BVG darauf hingewiesen, daß von § 1 Abs. 2 d BVG insbesondere die Schädigungen erfaßt sein sollen, „die in der letzten Phase des Krieges entstanden sind durch das Vorgehen Deutscher Wehrmacht-, Partei- und ziviler Dienststellen oder von Einzelpersonen, um die Erfüllung eines Einsatzes zu erzwingen, obwohl der verlangte Dienst den Umständen nach nicht mehr er-

---

Dienste des Nationalsozialismus, 1987.

<sup>262</sup> BSG NJW 1992, S. 936.

<sup>263</sup> Siehe dazu beispielhaft die Anmerkungen zum BSG-Urteil von Schwinge, NJW 1993, S. 368 f. (ablehnend) und Gritschneder, NJW 1993, S. 369 ff. (zustimmend). Der Disput zwischen Stoecker, SGB 1993, S. 352 ff. (ablehnend) und Gritschneder, SGB 1993, S. 603 ff., führte dazu, daß mit dem Abdruck der Erwiderung von Stoecker, SGB 1993, S. 605 ff., die Diskussion über das BSG-Urteil in der SGB für beendet erklärte wurde (siehe Anmerkung der Schriftleitung in SGB 1993, S. 605). Siehe zum BSG-Urteil auch Schwinge, Erich, Wehrmachtsgerichtsbarkeit eine Terrorjustiz? Gedanken zu einem Urteil des Bundessozialgerichts, Schriftenreihe des Ringes Deutscher Soldatenverbände, Band 3; Schreiber, NZWehrr 1993, S. 236 ff.; Jaeger, ZRP 1996, S. 49 ff.; Beckmann, NZWehrr 1998, S. 45 ff.

wartet werden konnte“.<sup>265</sup> Darüber hinaus sei aber anderen Teilen der Entstehungsgeschichte, insbesondere den Beratungen des 26. Bundestagsausschusses für Kriegsopfer- und Kriegsgefangenenfragen zu entnehmen, daß eine weite, relativ unbestimmte Gesetzesfassung ohne Bindung an formalisierte Wiederaufnahmeverfahren gewünscht war. Die Frage des „offensichtlichen Unrechts“ sollte im Gesetz offengelassen werden, damit man jeweils von Fall zu Fall großzügig entscheiden könne.<sup>266</sup> Damit habe „sich der Gesetzgeber zwar nicht insgesamt von den Strafurteilen der Militärjustiz distanziert, jedoch deutlich gemacht, daß in ihnen allgemein – nicht nur in Einzelfällen – das Unrecht aus dem Geist der Zeit im Gewande des Rechts Gestalt angenommen hat“.<sup>267</sup>

Die Auffassung des BSG, daß sich daraus herauslesen lasse, daß der Gesetzgeber von einer grundsätzlichen offensichtlichen Unrechtmäßigkeit ausgegangen wäre, erscheint fraglich. Dem steht zunächst die vom BSG selbst angeführte Äußerung der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des BVG entgegen, daß insbesondere die Schädigungen erfaßt sein sollen, „die in der letzten Phase des Krieges entstanden sind (...), um die Erfüllung eines Dienstes zu erzwingen, obwohl der verlangte Dienst den Umständen nach nicht mehr erwartet werden konnte“.<sup>268</sup> Schädigungen in der Anfangsphase des Krieges bzw. in den ersten Kriegsjahren sollten demnach grundsätzlich nicht unter das Gesetz fallen. Ob eine Schädigung im oben beschriebenen Sinne vorliegt, läßt sich nur an Hand des Einzelfalls nachprüfen. Dementsprechend entschied das BSG bereits am 19.12.1957, daß in jedem Einzelfall zu entscheiden sei, ob eine Maßnahme im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Anschauungen steht.<sup>269</sup> Letztlich bedeutet eine „großzügige Entscheidung von Fall zu Fall“ auch nichts anderes, als daß jeder Fall einzeln zu betrachten ist. Der Ausdruck „großzügige Entscheidung“ läßt sich dahingehend verstehen, daß im Zweifel, z.B. bei Beweisschwierigkeiten des Betroffenen, zu seinen Gunsten zu entscheiden ist.

---

<sup>264</sup> S. BSG NJW 1992, S. 934.

<sup>265</sup> BT-Drs. 1/1333, S. 46 f.

<sup>266</sup> vgl. BSG NJW 1992, S. 934 mit Hinweisen auf Deutscher BT, 1. Wahlperiode, Sitzungsprotokoll vom 12.10.1959 S. 122 (D) und 123 (A) bis 124 (A) und (B).

<sup>267</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>268</sup> BT-Drs. 1/1333, S. 46 f.

<sup>269</sup> BSGE 6, S. 195 (197).

Diese Auslegung stimmt auch mit dem Wortlaut des Gesetzes überein. Ein Anspruch auf Versorgung wegen einer Straf- oder Zwangsmaßnahme i.S.v. § 1 Abs. 2 d BVG ist dann zu gewähren, „wenn sie den Umständen nach als offensichtliches Unrecht anzusehen ist“. Dies deutet in mehrfacher Weise auf eine Einzelfallprüfung und die grundsätzliche Annahme der Rechtmäßigkeit der militärgerichtlichen Maßnahmen hin. Durch die Formulierung eines Konditionalsatzes stellt der Gesetzgeber den Versorgungsanspruch ausdrücklich unter die Bedingung der Unrechtmäßigkeit der Straf- oder Zwangsmaßnahme. Diese muß sich nach dem Gesetzeswortlaut aus „den Umständen“ ergeben und darüber hinaus auch noch „offensichtlich“ sein. Die Umstände einer Verurteilung können zwangsläufig nur im Einzelfall überprüft werden. Das Erfordernis der Offensichtlichkeit des Unrechts bedeutet sogar, daß nicht bereits jede mögliche Unrechtmäßigkeit beim Erlass einer militärgerichtlichen Straf- oder Zwangsmaßnahme einen Anspruch nach § 1 Abs. 2 d BVG begründet. Sie muß vielmehr fundamentalen Erfordernissen der Gerechtigkeit, die sich an rechtsstaatlichen Anschauungen orientiert, widersprechen<sup>270</sup>, eben „offensichtlich“ sein.

Nach der Formulierung des § 1 Abs. 2 d BVG wird folglich sogar die Existenz unrechtmäßiger Entscheidungen akzeptiert, ohne daß diese (mangels Offensichtlichkeit des Unrechts) einen Versorgungsanspruch begründen. Der Auslegung des BSG in seinem Urteil vom 11.09.1991, daß bereits der Gesetzgeber die (offensichtliche) Unrechtmäßigkeit für die Regel, die Rechtmäßigkeit für die Ausnahme gehalten und somit bei militärgerichtlichen Verurteilungen grundsätzlich ein Versorgungsanspruch bejaht habe, steht der eindeutige Wortlaut des Gesetzes sowie die Äußerung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf entgegen. Der Wille, von Fall zu Fall großzügig entscheiden zu können, bildet dazu keinen Widerspruch. Der Auffassung des BSG aus dem Jahr 1957<sup>271</sup>, daß der Gesetzgeber die Vorschrift anders gefaßt hätte, wenn er von einer grundsätzlichen Unrechtmäßigkeit militärgerichtlicher Entscheidungen ausgegangen wäre, ist daher weiterhin zuzustimmen.

---

<sup>270</sup> Vgl. BSGE 6, S. 195 (196), Urteil des BSG vom 13.12.1984, NJW 1985, S. 1109.  
<sup>271</sup> BSGE 6, S. 195 (197).

#### 4.2.2. Der „Opfergedanke“ des BVG

Das BSG geht in seiner Entscheidung auf den sogenannten „Opfergedanken“ des BVG ein. Grundlage der Ansprüche nach dem BVG ist danach die Entschädigung von Opfern, die durch bestimmte Wehrdienst- und Kriegsumstände geschädigt worden sind.<sup>272</sup> Das BSG führt aus, daß vor der Entscheidung vom 11.09.1991 die Opfer von militärgerichtlichen Todesurteilen grundsätzlich nicht als Kriegsoffer betrachtet wurden, da sich der Opferbereich des BVG auf die „ehrenhaft“ geschädigten Soldaten beschränkt und deshalb in der Regel nicht für Hingerichtete gegolten habe.<sup>273</sup> Diese frühere Bewertungsgrundlage hält das BSG mit dem Gesetzeszweck des BVG für unvereinbar.<sup>274</sup> Hinrichtungen seien dienstlichen Schädigungen gleichzustellen. Unerheblich sei nach dem nunmehr vertretenen Opfergedanken, ob das Verhalten des Betroffenen, das zur Schädigung führte, bestimmten Zwecken diene, ob das Verhalten heute Anerkennung verdient oder gar die von militärischen Stellen getroffenen Maßnahmen aus damaliger Sicht unrechtmäßig waren. Zu entschädigen seien daher gleichermaßen Widerstandskämpfer, unpolitische Menschen, auch „Feiglinge“ und getreue Gefolgsleute in einem völkerrechtswidrigen Krieg.<sup>275</sup>

Dem BSG ist zuzustimmen, daß der Tatbestand des § 1 BVG nicht nach den Motiven für das Verhalten fragt, welches zur Schädigung geführt hat.<sup>276</sup> Daher sind auch „Feiglinge“, womit das BSG die Fahnenflüchtigen meint, zu entschädigen. Notwendig bleibt allerdings für einen Anspruch nach dem BVG die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzungen des § 1 Abs. 2 d BVG. Dieser setzt, wie bereits ausgeführt, voraus, daß die Straf- oder Zwangsmaßnahme offensichtliches Unrecht war, wobei die Motivation für die der Verurteilung zugrunde liegende Tat unerheblich ist.

---

<sup>272</sup> Vgl. § 5 Abs.1 SGB I, Überschrift und § 1 des BVG.

<sup>273</sup> Siehe zum Opfergedanken auch Wulfhorst, Traugott, Soziale Entschädigung – Politik und Gesellschaft, S. 68 ff.

<sup>274</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>275</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>276</sup> Vgl. Wortlaut des § 1 BVG.

Z.B. verstößt ein standgerichtliches Todesurteil wegen Fahnenflucht in den letzten Kriegsmonaten gegen jegliche rechtsstaatliche Anschauung und stellt ein „offensichtliches Unrecht“ i.S.v. § 1 Abs. 2 d BVG dar. Auf das Motiv für die Fahnenflucht, Feigheit oder andere Gründe, kommt es dabei auch nach der Rechtsprechung des BSG bis 1991 überhaupt nicht an.<sup>277</sup>

Vielmehr hielt der Gesetzgeber militärgerichtliche Verurteilungen grundsätzlich für ebenso rechtmäßig wie Verurteilungen der „zivilen“ Strafjustiz wegen allgemeiner Straftaten. Die Argumentation, es sei mit dem Gesetzeszweck des BVG nicht vereinbar, daß grundsätzlich nur nicht verurteilte, geschädigte Soldaten einen Versorgungsanspruch hätten, nicht aber auch die verurteilten, setzt sich somit über den eindeutigen Wortlaut des BVG hinweg. Im Falle eines verurteilten Soldaten verlangt das Gesetz für das Bestehen eines Versorgungsanspruches die Unrechtmäßigkeit dieser Verurteilung. Dabei besteht ein Versorgungsanspruch sogar noch nicht einmal für alle unrechtmäßigen Verurteilungen, sondern eben nur für diejenigen, welche auch ein „offensichtliches“ Unrecht darstellen.

Der vom BSG in der Entscheidung vom 11.09.1991 vertretene Opfergedanke, daß auch militärstrafrechtlich Verurteilte als Kriegsoffer anzuerkennen seien, läßt sich durchaus mit der besonderen Situation des Krieges begründen. Schließlich haben die Soldaten nicht freiwillig an dem Krieg teilgenommen, sondern folgten nur der quasi „aufgezwungenen“ Verpflichtung gegenüber dem Staat. Daher ist die Überlegung nachvollziehbar, daß grundsätzlich auch den Soldaten ein Versorgungsanspruch zu gewähren ist, die sich dieser staatlich auferlegten Zwangsverpflichtung entziehen wollten und deshalb durch eine Strafmaßnahme geschädigt wurden. Bei einem solchen Anspruch käme es auf die Rechtmäßig- oder Unrechtmäßigkeit der Strafmaßnahme nicht an. Dafür bedürfte es aber einer Änderung des § 1 Abs. 2 d BVG, der nach seinem Wortlaut einer solchen Auslegung entgegensteht.

---

<sup>277</sup> Vgl. BSG NJW 1985, S. 1109. Siehe auch die oben unter 2.1.1. genannten Rechtsprechungsbeispiele für „offensichtliches Unrecht“.

### 4.2.3. Wehrmachtsjustiz als „Terrorjustiz“

Die obigen Ausführungen zeigen, daß die Argumentation des BSG bezüglich der Gesetzesauslegung und des Gesetzeszwecks nicht nur dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu entnehmen ist, sondern der Formulierung des Tatbestandes des § 1 Abs.2 d BVG widerspricht. Das BSG zieht diese Argumentation allerdings auch nur unterstützend zur Hauptbegründung heran, das Tatbestandsmerkmal „offensichtliches Unrecht“ sei grundsätzlich bei militärgerichtlichen Todesurteilen deshalb erfüllt, weil „angesichts der Gesamtumstände die Rechtswidrigkeit der Urteile zu vermuten“ sei.<sup>278</sup>

Das Gericht ist der Auffassung, daß die Todesurteile der Militärjustiz im allgemeinen rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügten. Deshalb handele es sich grundsätzlich um „offensichtliches Unrecht“. Es macht deutlich, daß es an der vorherigen Rechtsprechung<sup>279</sup>, welcher die Vorstellung vom Unrecht als Ausnahmefall zugrunde lag, nicht länger festhält.<sup>280</sup> Die Annahme, daß militärgerichtliche Verurteilungen grundsätzlich rechtmäßig gewesen seien, widerspreche der damaligen allgemeinen Praxis der Verurteilungen zur Todesstrafe „in der nationalsozialistischen Wehrmacht“. Dies gelte insbesondere für die Endphase des Krieges 1944/1945. Die Todesstrafe sei um der Kriegsführung willen so zwangsläufig verhängt worden wie in den Urteilen des Volksgerichtshofs. Nur ein beschränkter Teil der damaligen Strafpraxis sei rechtsstaatlich vertretbar gewesen. Die Annahme, es habe in Militärstrafsachen ein rechtsstaatliches Verfahren gegeben, begegne schon für die Zeit ab Kriegsbeginn erheblichen Bedenken und könne jedenfalls für Verurteilungen seit Januar 1942 nicht mehr vertreten werden. Das Bestätigungsverfahren der Kriegsstrafverfahrensordnung vom 17.08.1938, wonach das militärgerichtliche Urteil der Bestätigung durch den militärischen Befehlshaber bedurfte, zeige, daß die Urteile im Ergebnis nicht von der Erkenntnis eines unabhängigen Richters getragen wurden.

---

<sup>278</sup> So der Leitsatz der Entscheidung, BSG NJW 1991, S. 934.

<sup>279</sup> S. BSG NJW 1985, S. 1109 mit weiteren Nachweisen.

<sup>280</sup> BSG NJW 1992, S. 934.

Seit 1942 hätten auf Anordnung des Führers auch Oberbefehlshaber der Wehrmachtsteile und der Chef des Oberkommandos der Wehrmacht sogar rechtskräftige Urteile von Wehrmachtgerichten zum Zwecke der Strafverschärfung aufheben dürfen. Schließlich seien nach dem Befehl Hitlers über die Bildung des Truppensonderdienstes in der Wehrmacht, welcher auch für die Laufbahn der Wehrmachtsrichter galt, die Richter noch den jeweiligen Truppen- und Fachvorgesetzten unterstellt gewesen. Im Bereich der Wehrmacht habe es daher keine unabhängige Justiz gegeben.<sup>281</sup>

Dieses System habe zu einer Zahl von etwa 30.000 Todesurteilen, von denen ca. 20.000 vollstreckt worden seien, geführt. Dabei beruft sich das BSG auf Zahlen, die vorwiegend von den Autoren *Messerschmidt* und *Wüllner* genannt werden.<sup>282</sup> Auch im Vergleich zu den anderen kriegführenden Nationen sei die „rechtsstaatswidrige Entartung der Todesurteilspraxis“ erkennbar. Amerikaner, Engländer und Franzosen hätten zusammen etwa 300 Todesurteile vollstreckt. Diese Gesamtbilanz erkläre sich „nur vor dem Hintergrund einer zur Normalität gewordenen Perversion des Rechtsdenkens“.<sup>283</sup> Diese „Terrorjustiz“ habe in aussichtsloser Lage die Kampfkraft aufrechterhalten wollen. Die Todesstrafe sei allgemein ohne Rücksicht auf das Maß des persönlichen Verschuldens verhängt worden, so daß ein Nachweis im Einzelfall für das offensichtliche Unrecht nicht zu verlangen sei. Dies betreffe zwar wegen der Eskalation der Todesstrafenpraxis vor allem das letzte Kriegsjahr. Das BSG betont aber, daß diese Bewertung grundsätzlich für den gesamten Krieg gelte.<sup>284</sup>

---

<sup>281</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>282</sup> BSG NJW 1992, S. 935 mit Hinweisen auf Messerschmidt, Manfred/Wüllner, Fritz, Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus – Zerstörung einer Legende, 1987; Wüllner, Fritz, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, 1991.

<sup>283</sup> Das BSG zitiert hier Messerschmidt, in : Die Freiheit des Anderen, Festschrift für M. Hirsch, S. 117.

<sup>284</sup> NJW BSG 1992, S. 936.

### 4.2.3.1. Unabhängige Justiz innerhalb der Wehrmacht

Die nachfolgenden Ausführungen beschäftigen sich mit der Frage, ob das Kriegsstrafverfahren bereits in seiner Ausgestaltung, d.h. nach den gesetzlichen Vorschriften, eine rechtsstaatswidrige Militärjustiz, wie vom BSG vertreten, erkennen läßt.

#### 4.2.3.1.1. Unabhängigkeit des Richters und Bestätigungsrecht des militärischen Befehlshabers

Das BSG vertritt die Auffassung, daß Bedenken gegen die Rechtsstaatlichkeit der Militärgerichtsverfahren spätestens ab Kriegsbeginn beständen, weil die Urteile der Wehrmachtgerichte wegen des Bestätigungserfordernisses durch den militärischen Befehlshaber nicht allein von der Erkenntnis eines unabhängigen Richters getragen waren. Es ist unstrittig, daß eine unabhängige Justiz Grundvoraussetzung für ein rechtsstaatliches Verfahren ist. Nur wenn der Richter nach seiner freien Überzeugung urteilen kann, ist sichergestellt, daß das Urteil frei von verfahrensfremden Einflüssen ist. In Bezug auf das Bestätigungsverfahren in der Wehrmichtsgerichtsbarkeit ist zunächst festzuhalten, daß der militärische Befehlshaber selbst an der Abfassung eines Urteils nicht mitwirkte. Dieses wurde vom erkennenden Gericht gesprochen, welches nach Durchführung der Hauptverhandlung „nach Recht und Gesetz ohne Ansehen der Person“ zu entscheiden hatte<sup>285</sup>. Ein Weisungsrecht, mit welchem die militärischen Richter in ihrer Entscheidung direkt beeinflußt werden konnten, existierte nicht.<sup>286</sup> Somit basierte das Urteil grundsätzlich auf der Erkenntnis eines unabhängigen Richters. In dem nachfolgenden Bestätigungsverfahren<sup>287</sup> konnte der militärische Befehlshaber sein eigenes Rechtsempfinden auch nicht ohne weiteres an die Stelle des richterlichen Urteils setzen.

---

<sup>285</sup> Vgl. § 52 II KStVO.

<sup>286</sup> § 7 II KStVO lautete: „Die richterlichen Militärjustizbeamten haben die Weisungen ihrer Gerichtsherren zu befolgen, soweit sie nicht als Richter im erkennenden Gericht mitwirken...“

<sup>287</sup> § 80 ff KStVO.

Denn zumindest für die Bestätigung von Urteilen, die auf Todesstrafe oder Freiheitsstrafe von über einem Jahr lauteten, war die Einholung eines schriftlichen Rechtsgutachtens durch einen weiteren Militärjustizbeamten erforderlich.<sup>288</sup> Sofern dieses Rechtsgutachten wesentliche Bedenken gegen die Gesetzlichkeit des Urteils oder gegen die tatsächlichen Feststellungen oder die Strafzumessung erhob, war das Urteil entweder aufzuheben, oder die Entscheidung des übergeordneten Befehlshabers herbeizuführen.<sup>289</sup> Dieser hatte wiederum ein Rechtsgutachten durch seinen richterlichen Militärjustizbeamten anfertigen zu lassen und dann nach seinem Ermessen über die Aufhebung zu entscheiden. Ein erneutes Rechtsgutachten war ebenfalls einzuholen, wenn der Befehlshaber die beantragte Bestätigung entgegen dem Erstgutachten nicht erteilte.<sup>290</sup>

Sofern das Urteil durch den militärischen Befehlshaber bestätigt wurde, erfuhr es keinerlei Änderungen und erwuchs folglich in unveränderter Form, d.h. wie vom Richter gesprochen, in Rechtskraft. Wurde das Urteil nicht bestätigt, sondern aufgehoben, sah die KStVO die Einberufung eines neuen erkennenden Gerichts vor. Verfahrensbeteiligte der früheren Hauptverhandlung durften im neuen Verfahren nicht als Richter herangezogen werden.<sup>291</sup> Auch das einer Aufhebung folgende Urteil beruhte dementsprechend auf der Erkenntnis unabhängiger, vormals mit der Angelegenheit noch nicht befaßter Richter.<sup>292</sup>

#### **4.2.3.1.2. Das Bestätigungsverfahren und fehlender Instanzenzug**

Durch die Formulierung des BSG, daß Urteile schon „seit Kriegsbeginn (...) einer Bestätigung durch einen militärischen Befehlshaber“ bedurften, entsteht der Eindruck, als ob mit Kriegsbeginn erstmals die Funktion des militärischen Gerichtsherrn eingeführt worden sei. Dies trifft jedoch nicht zu. Der Terminus „Gerichtsherr“ bildete sich bereits im Militärrecht des 18. Jahrhunderts heraus und existierte sowohl in der Preußischen Militärstrafgerichtsordnung (MStGO)

---

<sup>288</sup> § 83 KStVO.

<sup>289</sup> § 89 KStVO:

<sup>290</sup> § 89 KStVO.

<sup>291</sup> Vgl. § 90 I KStVO.

<sup>292</sup> So auch Stoecker, Die Entscheidung des BSG über Versorgungsansprüche in Fällen von Todesurteilen der Wehrmichtsgerichte, SGB 1993, S. 352 ff.

vom 03.04.1845, als auch in der für das Deutsche Reich gültigen MStGO vom 01.12.1898.<sup>293</sup> In dieser waren zwar für Friedenszeiten Rechtsmittelinstanzen<sup>294</sup> vorgesehen, „im Felde“, d.h. im Kriegseinsatz, trat aber an die Stelle des Instanzenzuges die Bestätigungsverfügung des Gerichtsherrn, also des mit dieser Kompetenz betrauten militärischen Befehlshabers.<sup>295</sup> Das Bestätigungsverfahren der Kriegsstrafverfahrensordnung vom 17.08.1938, welche ab Kriegsbeginn für das Militärstrafverfahren galt<sup>296</sup>, stellt daher keine Wehrmachtsbesonderheit oder gar speziell nationalsozialistisches Militärrecht dar. Das oben geschilderte Bestätigungsverfahren der KStVO ersetzte das Rechtsmittelverfahren, so daß trotz fehlenden Instanzenzuges noch eine Überprüfung der Urteile stattfinden konnte. In den Erläuterungen zur KStVO wird unter der Überschrift „Nachprüfung der Feldurteile“ die Funktion des Bestätigungsverfahrens ausdrücklich angesprochen. Dort heißt es:

*„Die Entscheidungen des Kriegsverfahrens können (...) mit Rechtsmitteln nicht angefochten werden. Die Urteile unterliegen aber einer Nachprüfung, die zur Bestätigung oder Aufhebung durch den Befehlshaber führt. (...) Die Feldurteile, (...), müssen mit besonderer Sorgfalt abgesetzt werden. Das gilt aus außenpolitischen Gründen auch für das Verfahren gegen Angehörige des Feindes. Nur gut begründete Urteile ermöglichen eine schnelle und sachgemäße Nachprüfung.“<sup>297</sup>*

Die Intention des Bestätigungsverfahrens lag daher nicht in der Beschneidung der Kompetenz von Militärrichtern, sondern in der Schaffung eines aus Gründen der Beschleunigung und Praktikabilität an die Stelle der Rechtsmittelinstanzen tretenden Nachprüfungsverfahrens. Das Vorhandensein von ordentlichen Rechtsmittelinstanzen gehört nach herrschender Meinung auch nicht zu den notwendigen Voraussetzungen eines rechtsstaatlichen Verfahrens,

---

<sup>293</sup> Siehe dazu Walmrath, Lothar, „Iustitia et disciplina“, Strafgerichtsbarkeit in der deutschen Kriegsmarine 1939-1945, Frankfurt am Main 1998, S. 110 ff. Siehe auch oben Zweiter Teil, 1.

<sup>294</sup> Der Instanzenzug war folgendermaßen: Kriegsgerichte – Oberkriegsgerichte – Reichsmilitärgericht; siehe: Walmrath, Lothar, „Iustitia et disciplina“, S. 113.

<sup>295</sup> Walmrath, Lothar, „Iustitia et disciplina“, S. 113.

<sup>296</sup> Verordnung über das Inkrafttreten der KSSVO und KStVO vom 26.08.1939, RGBl. I, S. 1445.

da selbst das Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland einem Verfahrensbeteiligten nicht den Zugang zu einer zweiten oder weiteren gerichtlichen Instanz gewährleistet und das Bundesverfassungsgericht einen dahingehenden Anspruch auch stets verneint hat.<sup>298</sup> Aus der bloßen Existenz des Bestätigungsverfahrens lassen sich daher entgegen dem BSG „erhebliche Bedenken“ gegen die Rechtsstaatlichkeit des Militärstrafverfahrens nicht ableiten. Wurde ein Urteil bestätigt, beruhte es auf der Erkenntnis eines unabhängigen Richters, wurde es aufgehoben, mußte ein neues gerichtliches Verfahren durchgeführt werden (s.o.).

#### 4.2.3.1.3. Die Möglichkeit der Aufhebung rechtskräftiger Urteile

Desweiteren führt das BSG zur Begründung der fehlenden Unabhängig- und Rechtsstaatlichkeit der Wehrmachtsjustiz an, daß ab 1942 „sogar rechtskräftige Urteile (...) zum Zwecke der Strafverschärfung“ hätten aufgehoben werden dürfen.<sup>299</sup> Es bezieht sich dabei auf eine sog. Führeranordnung vom 06.01.1942, welche lautet:

*„(...) Die Oberbefehlshaber der Wehrmachtteile und der Chef des Oberkommandos der Wehrmacht können ein in ihrem Befehlsbereich ergangenes rechtskräftiges Urteil aufheben und anordnen, daß eine neue Hauptverhandlung stattzufinden habe, wenn sie eine neue Entscheidung wegen schwerwiegender Bedenken gegen die Richtigkeit des Urteils für notwendig erachten...“<sup>300</sup>*

---

<sup>297</sup> Erläuterungen zur KStVO vom 17.08.1938, abgedruckt bei Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 179 ff (185).

<sup>298</sup> Handbuch des Staatsrechts, hrsg. von Isensee/Kirchhof, Heidelberg 1988, Band III, § 75 RN 13.

<sup>299</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>300</sup> Die Anordnung ist abgedruckt bei Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, S. 43; siehe auch: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 231.

Die Auffassung, daß diese Anordnung zur Aufhebung von Urteilen „zum Zwecke der Strafverschärfung“ gedient habe, stellt eine eigene Interpretation des BSG dar.<sup>301</sup> Nach dem eindeutigen Wortlaut kann bei „schwerwiegenden Bedenken gegen die Richtigkeit“ eines rechtskräftigen Urteils eine „neue Hauptverhandlung“ stattfinden, womit weder ein härteres noch eine milderes Urteil vorbestimmt wird. Das bedeutet, daß ein rechtskräftiges Urteil auch zum Zwecke der Strafmilderung aufgehoben werden konnte. Die der Anordnung vorangestellte, im Urteil des BSG aber nicht erwähnte Begründung läßt ebenfalls nicht den Schluß zu, daß diese nur zum Zwecke der Strafverschärfung eingeführt wurde. Zur Begründung der Notwendigkeit der Anordnung heißt es nämlich:

*„Der Verzicht auf Rechtsmittel für das militärische Strafverfahren ist eine durch die außergewöhnlichen Verhältnisse des Krieges gebotene Notmaßnahme. Um Gefahren, die daraus der Rechtsanwendung erwachsen, zu begegnen, bestimme ich folgendes:...“* (s.o.)<sup>302</sup>

Auf Grund des Wortlauts der Anordnung und ihrer Begründung stellen *Messerschmidt/Wüllner* sogar die Frage in den Raum, ob Hitler damit ein Mittel gegen zu scharfe Urteile schaffen wollte. Wegen des Zeitpunkts der Weisung (06.01.1942) halten sie aber eine solche Interpretation für ausgeschlossen.<sup>303</sup> Nach der oben zitierten Begründung steht die Möglichkeit der Aufhebung rechtskräftiger Entscheidungen im direkten Zusammenhang mit fehlenden Rechtsmittelinstanzen. Hitler wollte offenbar für bestimmte Ausnahmefälle ein spezielles Aufhebungsrecht neben den bestehenden gesetzlichen Vorschriften zur Wiederaufnahme eines Verfahrens schaffen.<sup>304</sup>

---

<sup>301</sup> *Gritschneider* bezeichnet sie als erkennbare „kommentierende Einschaltung“ des BSG. Siehe: *Gritschneider, Otto, Das Grundsatzurteil des Bundessozialgerichts über Todesurteile der NS-Kriegsgerichte, SGb 1993, S. 603 ff.*

<sup>302</sup> Abgedruckt bei: *Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, S. 43.*

<sup>303</sup> *Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, S. 42.*

<sup>304</sup> §§ 91 ff KStVO regelten die Möglichkeit der Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahrens. Wiederaufnahmegründe waren die Verletzung der Amtspflicht eines am Urteil beteiligten Richters (§ 93), die Verletzung zwingender Rechtsvorschriften durch Erkennung auf eine für die Straftat gesetzlich nicht vorgesehene Strafe bzw. Bestätigung eines nach § 86 nicht bestätigungsfähigen Urteils (§ 92) oder neue, die frühere Entscheidung wesentlich beeinflussende Tatsachen oder Beweismittel (§ 91).

Die Formulierung, daß Urteile aufgehoben werden konnten, gegen deren „Richtigkeit“ (nicht Rechtmäßigkeit) schwerwiegende Bedenken bestanden, sowie die Begründung der Anordnung lassen daher den Schluß zu, daß im Bereich der Militärrechtsprechung trotz des fehlenden Instanzenzuges die Möglichkeit gegeben sein sollte, Grundsatzurteile zu fällen. Darauf deutet auch die Tatsache hin, daß für die Durchführung der erneuten Hauptverhandlung nach Absatz 3 der Anordnung grundsätzlich das Reichskriegsgericht, quasi als höhere Instanz, zuständig war.<sup>305</sup>

Unabhängig von der letztlich hinter der Anordnung steckenden Absicht steht allerdings fest, daß rechtskräftige Urteile aufgehoben werden und nach erneuter Verhandlung auch zu einer Verschlechterung für den Angeklagten führen konnten. Eine Aufhebung rechtskräftiger Urteile verstößt grundsätzlich gegen den Vertrauensschutz, der von rechtskräftigen Urteilen ausgehen soll. Rechtskraft bedeutet, daß die gerichtliche Entscheidung nicht oder nicht mehr direkt angefochten werden (formelle Rechtskraft) und daß sie auch nicht inzidenter in einem anderen Verfahren in Frage gestellt werden kann (materielle Rechtskraft).<sup>306</sup> Das rechtskräftige Urteil beendet einen Prozeß definitiv, wodurch Rechtsfrieden und Rechtssicherheit gewährleistet werden. Im Grundgesetz wird der von rechtskräftigen Urteilen ausgehende Vertrauensschutz über Art. 103 III GG<sup>307</sup> gewährleistet und ist Ausdruck einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege.<sup>308</sup> Der Bürger soll nicht dauernd unter dem Damoklesschwert einer neuen Strafverhandlung und eventueller Bestrafung stehen.<sup>309</sup> Allerdings kann auch im heutigen Strafrecht ein rechtskräftiges Urteil unter den strengen Voraussetzungen der Wiederaufnahme des Verfahrens nochmals überprüft und gegebenenfalls revidiert werden.<sup>310</sup>

---

<sup>305</sup> Abgedruckt bei: Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmichtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, S.43.

<sup>306</sup> Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 60 RN 100.

<sup>307</sup> Art. 103 Abs. 3 GG: „Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.“

<sup>308</sup> Schmidt-Aßmann in Maunz-Düring, Komm. z. GG, Art. 103 Abs. 3 RN 258 ff.

<sup>309</sup> Schmidt-Aßmann in Maunz-Düring, Komm. z. GG, Art. 103 Abs. 3 RN 260.

<sup>310</sup> Handbuch des Staatsrechts, Band III, § 60 RN 100.

So gewährt die Strafprozeßordnung die Möglichkeit der Wiederaufnahme sowohl zugunsten (§ 359 StPO), als auch zuungunsten (§ 362 StPO)<sup>311</sup> des Angeklagten. Nur die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten stellt einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 103 III GG dar, der nur dann für zulässig erachtet wird, sofern das Festhalten an der Rechtskraft des Urteils zu schlechthin unerträglichen Ergebnissen führen würde und die Gründe für eine Wiederaufnahme, wie in § 362 StPO, exakt umrissen sind.<sup>312</sup> Eine Norm, die eine Urteilsaufhebung allein wegen „schwerwiegender Bedenken gegen die Richtigkeit“ ermöglicht, würde daher wegen ihrer Unbestimmtheit gegen Art. 103 III GG verstoßen.

Fraglich ist, ob sich mit dem BSG aus dieser Aufhebungsmöglichkeit eine generelle Unrechtsvermutung für die Urteile der Wehrmachtgerichte herleiten läßt. Die Anordnung vom 06.01.1942 an den Grundsätzen des Art.103 III GG zu messen, heißt, zu überprüfen, ob das Wehrmachtstrafverfahren in diesem speziellen Punkt den Rechtsstaatsprinzipien des GG entspricht und ob daraus eine Schlußfolgerung für alle Verfahren gezogen werden kann. Es wurde soeben festgestellt, daß die Aufhebungsmöglichkeit wegen der Unbestimmtheit der Anordnung der durch Art. 103 III GG geschützten Garantie auf weitestgehende Rechtssicherheit widerspricht. Daraus ergibt sich aber noch nicht zwangsläufig die Unrechtmäßigkeit aller Wehrmachturteile. Würde z.B. eine der Anordnung vergleichbare Vorschrift durch den heutigen Gesetzgeber verabschiedet und daraufhin durch das Bundesverfassungsgericht überprüft, würde wegen des Verstoßes gegen Art. 103 III GG die Nichtigkeit der Norm festgestellt werden.<sup>313</sup>

---

<sup>311</sup> Gründe für die Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten sind nach § 362 StPO die Vorlage einer als echt vorgebrachten Urkunde durch den Angeklagten, die unecht oder verfälscht war; die vorsätzliche oder fahrlässige eidliche oder uneidliche Falschaussage bzw. -abgabe von Gutachten von Zeugen/Sachverständigen zugunsten des Angeklagten; die Mitwirkung von Richtern oder Schöffen, die sich in Beziehung auf die Sache einer strafbaren Amtspflichtverletzung strafbar gemacht haben; ein von dem Freigesprochenen abgelegtes gerichtliches oder außergerichtliches Geständnis.

<sup>312</sup> Schmidt-Aßmann in Maunz-Düring, Komm. z. GG, Art. 103 Abs. 3 RN 270.

<sup>313</sup> Vgl. § 78 BVerfGG: „Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Überzeugung, daß Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so stellt es in seiner Entscheidung die Nichtigkeit fest. (...)“

Die Wirkung dieser Feststellung wiederum wäre, daß unter Anwendung der Norm zustande gekommene Urteile ex tunc nichtig wären.<sup>314</sup> Die von der Norm unberührten Urteile würden aber nicht ebenfalls automatisch nichtig werden. Übertragen auf die Wehrmachtsjustiz bedeutet dies, daß die Einführung der Aufhebungsmöglichkeit für rechtskräftige Urteile durch die Anordnung Hitlers sich nur auf die Rechtmäßigkeit der Urteile auswirken kann, welche auch tatsächlich unter Anwendung der Anordnung zum Nachteil des Betroffenen aufgehoben wurden. Daß aber solche Urteile ein „offensichtliches Unrecht“ i.S.v. § 1 Abs. 2 d BVG darstellen, hatte das BSG bereits im Urteil vom 14.02.1968 entschieden.<sup>315</sup>

Auch der Ausnahmecharakter der Anordnung darf nicht außer acht gelassen werden. Es ist davon auszugehen, daß der Großteil der rechtskräftigen Urteile auch rechtskräftig blieb und nur ein ganz geringer Teil der Aufhebung zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten unterfiel.<sup>316</sup> Als Ergebnis läßt sich festhalten, daß die bloße Möglichkeit der Urteilsaufhebung und Durchführung einer erneuten Hauptverhandlung, also eine Art vereinfachtes Wiederaufnahmeverfahren, die Rechtmäßigkeit von Urteilen, die davon nicht betroffen werden, grundsätzlich nicht beseitigt. Es ist daher weiterhin von der formalen Unabhängigkeit der Richter auch nach dem 06.01.1942 auszugehen. Der Schluß des BSG von der Unrechtmäßigkeit der zum Nachteil des Betroffenen aufgehobenen Entscheidungen auf die grundsätzliche Unrechtmäßigkeit der gesamten Wehrmachtsjustiz ist daher nicht zulässig.

---

<sup>314</sup> Zur Wirkung der Nichtigerklärung siehe Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, Köln 1968, § 78 RN 5 und § 79 RN 3.

<sup>315</sup> BSG Urteil vom 14.02.1968 – VersBl. 1968, S. 61 Nr. 33. Siehe oben die Rechtsprechungsbeispiele unter 2.1.1.

<sup>316</sup> Block, Just, Die Ausschaltung und Beschränkung der deutschen ordentlichen Militärgerichtsbarkeit während des Zweiten Weltkrieges, S. 31. Im Bereich der Kriegsmarine konnte kein einziger Fall der Aufhebung gemäß der Führeranordnung vom 06.01.1942 nachgewiesen werden (Vgl. Walmrath, Lothar, „Iustitia et disciplina“, S. 588).

#### 4.2.3.1.4. Die Bildung des Truppensonderdienstes in der Wehrmacht

Das BSG führt in seiner Entscheidung als weiteren Beleg für die fehlende Unabhängigkeit der Wehrmichtsrichter an, daß nach dem Befehl Hitlers über die Bildung des Truppensonderdienstes in der Wehrmacht<sup>317</sup>, der auch für die Laufbahn der Wehrmichtsrichter galt, die Richter schließlich den jeweiligen Truppen- und Fachvorgesetzten unterstellt waren. Die Formulierung des BSG erweckt den Eindruck, als ob die Entscheidungen der Militär Richter ab diesem Zeitpunkt von den jeweiligen Vorgesetzten hätten bestimmt werden können. Dieser Eindruck wird noch durch die Feststellung des BSG verstärkt, daß wegen der Unterstellung der Richter unter die Truppen- bzw. Fachvorgesetzten „im vorliegenden Fall die Nachricht über die Vollstreckung auch nicht durch einen Kriegsgerichtsrat, sondern durch einen Oberstabsrichter unterzeichnet worden ist“.<sup>318</sup> Das BSG übersieht hier, daß es sich bei einem Oberstabsrichter nicht um den Vorgesetzten eines Kriegsgerichtsrats handelte, was man nach der Formulierung des BSG annehmen müßte. „Oberstabsrichter“ war nach den Ausführungsbestimmungen zum Befehl über die Bildung der Laufbahn der Wehrmichtsrichter lediglich die neue Bezeichnung für „Kriegsgerichtsrat“ (im Range eines Majors).<sup>319</sup> Das Urteil, über welches das BSG zu entscheiden hatte, war also doch von einem Kriegsgerichtsrat unterzeichnet worden, der nun Oberstabsrichter genannt wurde.

Durch den Befehl Hitlers wurden die Wehrmachtbeamten des richterlichen Dienstes zu „Offizieren des Truppensonderdienstes“<sup>320</sup> und damit zu Soldaten im Sinne des Wehrgesetzes, wobei „Truppensonderdienst“ nichts anderes bedeutete als „Laufbahn der Heeresrichter“<sup>321</sup>. Entscheidend ist, ob dadurch die Unabhängigkeit der Richter abgeschafft und sie möglicherweise zu bloßen Befehlsempfängern abqualifiziert wurden, wovon das BSG ausgeht.

---

<sup>317</sup> Der Befehl Hitlers vom 24.01.1944 ist abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 245 ff.

<sup>318</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>319</sup> Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 249.

<sup>320</sup> Befehl für die Bildung der Laufbahn der Wehrmichtsrichter im Truppensonderdienst, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 246.

<sup>321</sup> Siehe Ausführungsbestimmungen zum Führerbefehl vom 24.01.1944 über die Bildung der Laufbahn der Wehrmichtsrichter im Truppensonderdienst: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 247.

Diese Frage wird durch § 4 Abs. 1 der Verordnung über die Wehrmichtsrichter im Truppensonderdienst vom 17.06.1944<sup>322</sup> beantwortet, der bezüglich der Unabhängigkeit der Richter folgendes bestimmt:

*„(1) Die Wehrmichtsrichter sind bei der Sachentscheidung und der Mitzeichnung gerichtsherrlicher Verfügungen keinen Weisungen unterworfen. Sie haben nach ihrer freien, aus dem gesamten Sachverhalt geschöpften Überzeugung zu stimmen und dabei soldatische Grundsätze und eine von nationalsozialistischer Weltanschauung getragene Rechtsauslegung zugrunde zu legen.“<sup>323</sup>*

Die richterliche Unabhängigkeit wurde also auch in dieser Verordnung durch die Normierung, daß die Richter keinen Weisungen unterworfen sind, erneut ausdrücklich betont. Wenn es auch die Absicht Hitlers gewesen war, durch die Überführung der Militär Richter in das Soldatenverhältnis mit dem Prinzip von Befehl und Gehorsam Einfluß auf die Rechtsprechung zu nehmen, so war die Wehrmachtrechtsabteilung, die bei der Abfassung der Verordnung beteiligt war, diesem mit der Einfügung des § 4 begegnet.<sup>324</sup> Die Aufnahme der Zugrundelegung einer „nationalsozialistischen Weltanschauung“ in den § 4 der Verordnung kann gegenüber der deutlichen Betonung der richterlichen Unabhängigkeit als hinzunehmender, weil kaum überprüfbarer, Kompromiß gesehen werden, welchen die Wehrmachtrechtsabteilung mit Hitler eingehen mußte. Das BSG erwähnt § 4 der Verordnung und die darin abermals festgeschriebene Unabhängigkeit der Richter jedoch nicht.

---

<sup>322</sup> RGBI. S. 135.

<sup>323</sup> Abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 252.

<sup>324</sup> Block, Just, Die Ausschaltung und Beschränkung der deutschen ordentlichen Militärgerichtsbarkeit während des Zweiten Weltkrieges, S. 26 f.

#### 4.2.3.1.5. Ergebnis bezüglich der Unabhängigkeit der Richter

Das BSG stellt in seiner Urteilsbegründung auf die formalen Verfahrensvorschriften innerhalb der Wehrmichtsgerichtsbarkeit ab, aus welchen sich nach seiner Auffassung bereits die fehlende Unabhängigkeit ergeben soll. Außerdem betrachtet es die Wehrmichtsrichter ab dem Zeitpunkt der Eingliederung in die Wehrmacht im Jahr 1944 als Befehlsempfänger, die aus diesem Grund keine unabhängigen Entscheidungen treffen konnten. Tatsache ist aber, daß weder durch das Bestätigungsverfahren der Kriegsstrafverfahrensordnung, noch durch die Möglichkeit der Aufhebung rechtskräftiger Urteile mit anschließender Neuverhandlung, noch durch die Bildung des Truppensonderdienstes in der Wehrmacht die Unabhängigkeit der Wehrmichtsrichter bei ihrer Spruchstätigkeit beseitigt wurde. Im Gegenteil wurde selbst in der Verordnung über die Wehrmichtsrichter im Truppensonderdienst vom 17.06.1944 die Unabhängigkeit der erkennenden Richter nochmals festgeschrieben.

Die Schlußfolgerung des BSG, schon aufgrund der Kriegsstrafverfahrensvorschriften habe es im Bereich der Wehrmacht „somit keine unabhängige Justiz“<sup>325</sup> gegeben, wird folglich durch die von ihm angeführte Begründung nicht getragen.

#### 4.2.3.2. Die „Todesstrafenpraxis“ der Wehrmachtgerichte

##### 4.2.3.2.1. Der Verweis auf Einzelbeispiele

Als weiteren Beleg für die offensichtliche Unrechtmäßigkeit führt das BSG neben einer fehlenden unabhängigen Justiz auch „die allgemeine Praxis der Verurteilung zur Todesstrafe in der nationalsozialistischen Wehrmacht“ an.<sup>326</sup> Dabei beruft es sich zunächst auf eine Veröffentlichung von *Kammler*<sup>327</sup>, welche Einzelbeispiele zu Todesurteilen enthält.

---

<sup>325</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>326</sup> BSG NJW 1992, S. 934.

<sup>327</sup> Kammler, Jörg, Ich habe die Metzerei satt und laufe über..., Kasseler Soldaten zwischen Verweigerung und Widerstand (1939 – 1945).

In dieser Veröffentlichung wird von insgesamt 114 Fällen berichtet, in welchen Soldaten aus der Region Kassel wegen verschiedener Delikte (Fahnenflucht, unerlaubte Entfernung, Zersetzung der Wehrkraft, Bibelforscher<sup>328</sup>, Kriegsverrat u.a. Militärdelikte, Strafeinheiten, Beteiligung am Attentat vom 20. Juli 1944) strafrechtlich verfolgt wurden.

25 dieser 114 Soldaten wurden wegen Fahnenflucht angeklagt und verurteilt, 10 davon zum Tode. An sieben wurde die Strafe vollstreckt.<sup>329</sup> Das BSG erwähnt in der Entscheidung selbst, daß bei *Kammler* nur Einzelbeispiele genannt werden, stützt sich aber dennoch auf die Veröffentlichung als Beleg für die „allgemeine Praxis der Verurteilung zur Todesstrafe“.

#### **4.2.3.2.2. Das Urteil des BSG vom 25.05.1960 als Beleg für die Strafenpraxis der Wehrmachtsjustiz**

Sodann zitiert das BSG eine frühere Entscheidung des BSG vom 25.05.1960<sup>330</sup>, welche die Strafenpraxis der Kriegszeit im Gegensatz zur sonstigen Rechtsprechung bis 1991 zutreffend würdige. Das BSG verkennt hier jedoch die unterschiedlichen Sachverhalte, die der früheren und der Entscheidung vom 11.09.1991 zugrunde liegen. Bei der Entscheidung vom 25.05.1960 ging es darum, daß ein Offizier wegen der Teilnahme am Widerstand des 20.07.1944 vom Volksgerichtshof zum Tode verurteilt und hingerichtet worden war. Die Verurteilung galt bereits auf Grund der nach dem Krieg erlassenen Aufhebungsvorschriften als aufgehoben.<sup>331</sup> Das BSG stellte damals lediglich fest, daß dem Sinngehalt des BVG zu entnehmen wäre, daß Strafen, die auf aufgehobenen Urteilen beruhen, als „offensichtliches Unrecht“ zu werten

---

<sup>328</sup> Bei den sogenannten Ernsten Bibelforschern handelt es sich um die Zeugen Jehovas, eine Gruppierung, welche im NS-Staat verfolgt wurde. Siehe dazu auch Kammler, *Ich habe die Metzerei satt und laufe über...*, S. 136.

<sup>329</sup> Vgl. die bei Kammler, *Ich habe die Metzerei satt und laufe über...*, S. 228, abgedruckte Übersicht. Nach dieser Übersicht wurden von den 114 Soldaten 106 verurteilt, 26 davon zum Tode. 17 der zum Tode Verurteilten wurden hingerichtet, 8 auf der Flucht erschossen und weitere 8 starben in Haft bzw. in der Strafeinheit. Die Verurteilungen erfolgten durch Kriegsgerichte sowie Volksgerichtshof, SS- und Polizeigerichte, SS-Feldgerichte, Sondergerichte und politische Strafsenate der Oberlandesgerichte. Von den 26 Todesurteilen wurden 20 durch Wehrmachtkriegsgerichte verhängt, von denen 12 vollstreckt wurden.

<sup>330</sup> BSGE 12, S. 175 ff.

<sup>331</sup> S. BSGE 12, S. 176 mit Hinweis auf das Bayerische Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege, Bay. GVOBl., S. 180.

seien. Einer erneuten Überprüfung der bereits aufgehobenen Entscheidung bedürfe es nicht mehr.<sup>332</sup> In Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „offensichtliches Unrecht“ verwies das BSG auch in dieser Entscheidung auf das Urteil vom 19.12.1957<sup>333</sup> und betonte, daß ein solches nur vorläge, wenn eine Strafe rechtsstaatlichen Anschauungen klar widerspreche. Dies sei eben insbesondere bei Urteilen der Fall, denen keine Bestandskraft zukomme.<sup>334</sup>

Das Urteil vom 25.05.1960 enthält folglich keine Würdigung der Strafenpraxis der Kriegszeit, wie es das BSG im Urteil vom 11.09.1991 annimmt, sondern äußert sich lediglich zu der Frage, ob Strafmaßnahmen auf Grund von Urteilen, welche bereits aufgehoben sind, ohne erneute Prüfung als offensichtliches Unrecht i.S.v. § 1 Abs. 2 d BVG betrachtet werden können und bejaht diese Frage. Die vom BSG in der Entscheidung vom 11.09.1991 angeführte Entscheidung vom 25.05.1960 dient also nicht dazu, die nunmehr vertretene Rechtsauffassung, bei Todesurteilen der Militärjustiz sei die offensichtliche Unrechtmäßigkeit grundsätzlich zu vermuten, zu unterstützen. Der Auffassung, daß die Entscheidung vom 25.05.1960 die Strafenpraxis der Wehrmachtsjustiz im gleichen Sinne wie die Entscheidung vom 11.09.1991 würdige, kann nicht zugestimmt werden.

#### **4.2.3.2.3. Der Vergleich mit dem Volksgerichtshof**

Desweiteren wurde nach Auffassung des BSG durch die Wehrmachtgerichte die Todesstrafe „um der Kriegführung willen so zwangsläufig verhängt wie in den Urteilen des Volksgerichtshofs“.<sup>335</sup> Die Todesstrafe sei allgemein „ohne Rücksicht auf das Maß persönlichen Verschuldens“ verhängt worden.<sup>336</sup> Die Anwendung der Todesstrafe sei nicht mehr individuell durch Gerichte, sondern durch Führererlaß generell als angemessen festgelegt worden.<sup>337</sup>

---

<sup>332</sup> BSGE 12, S. 175 (177).

<sup>333</sup> BSGE 6, S. 195 ff.

<sup>334</sup> BSGE 12, S. 175 (176).

<sup>335</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>336</sup> BSG NJW 1992, S. 936.

<sup>337</sup> Entscheidung des BSG vom 11.09.1991, abgedruckt bei Schwinge, Erich, Wehrmachtsgerichtsbarkeit eine Terrorjustiz?, Bonn 1993, S. 55.

Das BSG bezieht sich dabei auf einen Erlaß des Oberkommandos der Kriegsmarine vom 29.12.1939.<sup>338</sup> In diesem Erlaß wird die Auffassung Hitlers anlässlich einer Besprechung über den neugeschaffenen § 5a KSSVO wiedergegeben. Darin heißt es u.a., daß Hitler „grundsätzlich für bestimmte schwere Verfehlungen die ausschließliche Androhung der Todesstrafe im Gesetz für angemessen“ halte. Die Deutung des BSG, Hitler habe damit generell die Anwendung der Todesstrafe für die Gerichte festgelegt (oder gar befohlen), läßt sich aus diesem Wortlaut nicht entnehmen.

Desweiteren wird in dem Erlaß die Ansicht Hitlers wiedergegeben, die abschreckende Wirkung, die von der „rücksichtslosen Anwendung der Todesstrafe“ ausstrahle, werde viele Hunderte und Tausende von Soldaten von der Fahnenflucht abhalten. Hitler plädierte eindeutig für eine harte Gesetzesanwendung in der Kriegszeit, die als Strafe für Fahnenflucht ohnehin nur zeitiges oder lebenslängliches Zuchthaus oder Todesstrafe kannte. Wann Hitler die Anwendung der Todesstrafe bei Fahnenflucht für angemessen hielt, legte er in den Richtlinien für die Strafzumessung bei Fahnenflucht vom 14.04.1940, also vier Monate nach dem vom BSG zitierten Erlaß fest.<sup>339</sup> In diesen Richtlinien führte er besonders schwere Fälle an, bei denen er die Todesstrafe für „geboten“ hielt, in allen übrigen Fällen müsse „unter Berücksichtigung der gesamten Umstände geprüft werden, ob Todesstrafe oder Zuchthaus angemessen ist“.<sup>340</sup> Diese Richtlinien zitiert das BSG nicht, obwohl sie im Gegensatz zu dem Erlaß des Oberkommandos der Kriegsmarine dem § 70 MStGB (Strafe für Fahnenflucht) als amtliche Fußnote beigefügt waren.<sup>341</sup> Aus ihnen läßt sich jedoch entnehmen, daß die Richter weiterhin individuell, d.h. in jedem Einzelfall über das von ihnen festzulegende Strafmaß zu entscheiden hatten. Für die Behauptung des BSG, Todesurteile seien in der Wehrmachtsjustiz „so zwangsläufig verhängt worden wie in den Urteilen des Volksgerichtshofs“<sup>342</sup>, fehlt in der Urteilsbegründung jeder Nachweis. Das BSG erläutert auch nicht,

---

<sup>338</sup> Abgedruckt bei: Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, S. 287/288.

<sup>339</sup> Richtlinien des Führers und Obersten Befehlshabers der Wehrmacht für die Strafzumessung bei Fahnenflucht vom 14.04.1940, abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 77 f.

<sup>340</sup> Vgl. oben Erster Teil, 7.2.1.

<sup>341</sup> RGBI. 1940, S. 1353.

inwiefern Volksgerichtshof<sup>343</sup> und Wehrmichtsjustiz vergleichbar gewesen seien, und zieht dann ohne weitere Begründung aus dem Beschluß des Deutschen Bundestages vom 25.01.1985<sup>344</sup>, welcher die Urteile des Volksgerichtshofs als Unrecht brandmarkt, die Schlußfolgerung, daß selbiges für die Militärgerichtsurteile zu gelten habe.

#### 4.2.3.2.4. Verurteilung ohne Rücksicht auf persönliches Verschulden

Die Behauptung des BSG, die Todesstrafe sei allgemein ohne Rücksicht auf das Maß des persönlichen Verschuldens verhängt worden, wird ebenfalls nicht nachgewiesen. Die in der vom BSG zitierten Veröffentlichung von *Kammler*<sup>345</sup> genannten 114 Einzelbeispiele betreffen zum einen nicht ausschließlich die Wehrmichtsjustiz, sondern auch Volksgerichtshof, SS- und Polizeigerichte, SS-Feldgerichte und Sondergerichte. Zum anderen wurden nach der Übersicht bei *Kammler* von den 114 Soldaten lediglich 25 wegen Fahnenflucht angeklagt, von denen 20 verurteilt wurden, davon 10 zum Tode, von denen wiederum 7 hingerichtet wurden<sup>346</sup>, so daß die Statistik dieser angeführten Einzelbeispiele, abgesehen von der fehlenden Repräsentativität<sup>347</sup>, eher für als gegen eine Abwägung der individuellen Schuld und des sich danach richtenden Strafmaßes spricht.<sup>348</sup>

---

<sup>342</sup> BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>343</sup> Siehe zur Entstehung und Tätigkeit des Volksgerichtshofs: Marxen, Klaus, Das Volk und sein Gerichtshof, Frankfurt a.M. 1994, S. 79 ff. Laut Statistik betrug der Anteil der Todesurteile an der Gesamtzahl der Verurteilungen am Volksgerichtshof 31% (Marxen, Klaus, a.a.O., S. 87). Für die Wehrmichtsjustiz errechnet Schweling, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 267, eine Zahl von 1,16%. Legt man die von Wüllner, Fritz, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, Baden-Baden 1997, S. 23, angenommene Zahl von insgesamt ca. 1,5 Millionen Aburteilungen und 50.000 Todesurteilen zu Grunde, ergibt sich eine Zahl von ca. 3,3% Todesurteilen.

<sup>344</sup> *Kammler*, Jörg, Ich habe die Metzelei satt und laufe über..., 1985.

<sup>345</sup> Siehe die Übersicht bei: *Kammler*, Jörg, Ich habe die Metzelei satt und laufe über..., S. 228.

<sup>346</sup> Die Schätzungen über die Gesamtzahl der Verurteilungen durch die Wehrmichtsjustiz schwanken zwischen 700.000 (Schweling, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 140) und ca. 1,5 Millionen (Wüllner, Fritz, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, S. 23).

<sup>347</sup> Die sich bei *Kammler* ergebende Zahl von 50% Todesurteilen bei Verurteilungen wegen Fahnenflucht entspricht im übrigen den Angaben aus der Wehrmichtskriminalstatistik bei Schweling, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 270 f. Demnach soll sich die Zahl der Todesurteile bei Fahnenflucht bis Ende 1942 bei unter 50%, danach knapp oberhalb von 50% bewegt haben.

#### 4.2.3.2.5. Vergleich mit den anderen Nationen

Schließlich soll nach dem BSG ein Vergleich mit den anderen kriegführenden Nationen die „rechtsstaatswidrige Entartung der Todesurteilspraxis“ deutlich machen.<sup>349</sup> Amerikaner, Engländer und Franzosen haben im gesamten Zweiten Weltkrieg zusammen nur 300 Todesurteile vollstreckt. Die Amerikaner haben insgesamt 763 Todesurteile gefällt, wovon 146 vollstreckt wurden, jedoch nur eines wegen Fahnenflucht, die anderen wegen Vergewaltigung und Mordes. Die Engländer richteten während des Zweiten Weltkrieges 40 Soldaten hin, davon 36 wegen Mordes, drei wegen Meuterei und einen wegen Kriegsverrat.<sup>350</sup>

Daß kein britischer Soldat wegen Fahnenflucht hingerichtet wurde, lag daran, daß die Todesstrafe für die Tatbestände Feigheit und Desertion bereits 1930 abgeschafft und trotz heftiger Kritik und zahlreicher, dahingehender Forderungen während des Krieges nicht wieder eingeführt worden war.<sup>351</sup> Dennoch wurde Fahnenflucht hart bestraft. Britische Soldaten hatten mit einer Strafe von drei Jahren Arbeitslager zu rechnen, die in sogenannten Zeltstrafslagern unmittelbar hinter der Front zu verbüßen waren.<sup>352</sup> Die Franzosen vollstreckten mindestens 102 Todesurteile. Genauere Zahlen und Angaben über die zugrunde liegenden Straftaten liegen wegen des Verlustes von Archiven nicht vor.<sup>353</sup> Demgegenüber stehen 519 vollstreckte Todesurteile der deutschen Militärgerichtsbarkeit allein bis September 1940. Am Ende des Krieges seien es laut BSG „vermutlich mehr als 20.000“ gewesen. Seine Vermutungen stützt das BSG ausschließlich auf die Veröffentlichungen von *Messerschmidt/Wüllner*.<sup>354</sup>

---

<sup>349</sup> BSG NJW 1992, S. 935 f.

<sup>350</sup> Vgl. auch Jahr, Christoph, *Gewöhnliche Soldaten*, Göttingen 1998, S. 332.

<sup>351</sup> Jahr, Christoph, *Gewöhnliche Soldaten*, S. 329.

<sup>352</sup> Seidler, Franz W., *Fahnenflucht*, S. 51.

<sup>353</sup> Vgl. dazu die Hinweise bei Messerschmidt, Manfred, *Deutsche Militärgerichtsbarkeit im Zweiten Weltkrieg*, in: *Die Freiheit des Anderen*, Festschrift für Martin Hirsch, Baden-Baden, 1981, S. 111-142 (112).

<sup>354</sup> Messerschmidt/Wüllner, *Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus*, S. 70; Wüllner, Fritz, *Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung*, S. 192 ff., 200 f., 231 ff.

Die von *Messerschmidt/Wüllner* angegebenen Zahlen basieren auf von ihnen selbst angestellten Hochrechnungen.<sup>355</sup> Dagegen geht *Schweling* von insgesamt 10.000 bis 12.000 Todesurteilen der deutschen Wehrmachtsjustiz aus, von denen ca. 6.000 bis 7.000 vollstreckt worden seien.<sup>356</sup> *Schreiber* schätzt die Zahl der Verurteilungen auf 12.000 bis 14.000 bei einer Vollstreckungsquote von 50 bis 60%.<sup>357</sup> Ohne Begründung folgt das BSG jedoch den Hochrechnungen von *Messerschmidt/Wüllner*. Die anderen im Umlauf befindlichen Zahlen bleiben unerwähnt.

Die „vermutlich mehr als 20.000“ vollstreckten Todesurteile erklären sich nach Ansicht des BSG „nur vor dem Hintergrund einer zur Normalität gewordenen Perversion des Rechtsdenkens“. Dabei erscheint der Schluß von der vermuteten Anzahl auf die Recht- oder Unrechtmäßigkeit der Verurteilungen juristisch bedenklich. Die vermutete Zahl hat keine eigenständige Aussagekraft über die Rechtmäßigkeit der dahinter stehenden Gerichtsverfahren. Die Zahl muß im Verhältnis zur Größe der Armee, der Anzahl der Verfahren und nicht zuletzt zur Dauer der Kriegsbeteiligung gesehen werden. Jegliche Angaben hierzu in Bezug auf die deutsche Wehrmacht im Vergleich zu den Streitkräften der Westalliierten fehlen im Urteil.<sup>358</sup>

---

<sup>355</sup> Als Grundlage für ihre Berechnungen nehmen *Messerschmidt/Wüllner* die von *Hennicke* genannte Zahl von knapp unter 10.000 Hinrichtungen bis 31.12.1944, die sie als erwiesen, aber zu niedrig ansehen (Vgl. *Hennicke*, Otto, Auszüge aus der Wehrmachtstrafstatistik, *ZfMg* 1966, S. 444). Mittels der von ihnen angestellten Hochrechnungen errechnen *Messerschmidt/Wüllner* dann eine Gesamtzahl von über 20.000 Hinrichtungen bis Kriegsende.

<sup>356</sup> *Schweling*, Otto Peter, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, S. 266ff., 271 ff. (273), 280 f. *Schweling* beruft sich auf Angaben des ehemaligen Heeresrichters *Neudeck*, der im Februar 1945 Einblick in die Statistiken des Heeres gehabt haben will. Die Zahl von 10.000 bis 12.000 Todesurteilen wird auch von *Schwinge*, dem Herausgeber des Buches von *Schweling* über die deutsche Militärjustiz, übernommen, vgl. dazu *Schwinge*, Erich, Verfälschung und Wahrheit, Das Bild der Wehrmachtsgerichtsbarkeit, Tübingen 1992, S. 82 ff.

<sup>357</sup> *Schreiber*, Jürgen, Militärgerichte als Unrechtsjustiz, *NZWehrr* 1993, S. 236 ff.(239).

<sup>358</sup> Laut *Schreiber* befanden sich über den Gesamtzeitraum von fast sechs Kriegsjahren insgesamt etwa 17 Millionen Soldaten bei der Wehrmacht, die vom Nordkap bis Nordafrika und von Moskau bis zur spanischen Grenze im Einsatz waren. Vergleichszahlen mit anderen Streitkräften sind daher seiner Meinung nach nur bedingt von Wert. Vgl. *Schreiber*, Jürgen, *NZWehrr* 1993, S. 239.

Im übrigen empfanden die Westalliierten die deutsche Wehrmachtsjustiz ihrerseits nicht als „Terrorjustiz“<sup>359</sup> und die von ihr verhängten Strafen nicht als unrechtmäßig. Unter ausdrücklicher Billigung der Westalliierten durfte sie noch nach der Kapitulation vom 08.05.1945 weiterarbeiten und selbst Todesurteile vollstrecken, um die Disziplin innerhalb der Truppe nach deutschem Recht aufrechtzuerhalten.<sup>360</sup> Die Todesstrafe war als Strafart auch bei den westlichen Alliierten anerkannt und wurde nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges von diesen noch verhängt und vollstreckt.<sup>361</sup>

Aus der unbestreitbar hohen Zahl von 6.000 bis eventuell sogar 20.000 vollstreckten Todesurteilen der Militärgerichte wird daher nicht zwangsläufig eine „zur Normalität gewordenen Perversion des Rechtsdenkens“ während der Zeit des Zweiten Weltkrieges, sondern vielmehr die „Perversion“ des Krieges und der Todesstrafe an sich deutlich. Die Bundesrepublik Deutschland hat darauf mit der Abschaffung der Todesstrafe reagiert, ohne ihre Verhängung grundsätzlich als rechtsstaatswidrig zu qualifizieren.<sup>362</sup>

#### **4.2.4. Fahnenflucht als Widerstandshandlung im völkerrechtswidrigen Angriffskrieg**

Als weiteres Argument für die grundsätzliche „offensichtliche Unrechtmäßigkeit“ von Todesurteilen der Wehrmachtgerichte führt das BSG an, daß Fahnenflucht oder auch einfacher Ungehorsam als Widerstand gegen das nationalsozialistische Unrechtsregime zu werten seien.<sup>363</sup> Diese „Widerstandshandlungen“ dürften nicht von der Entschädigung nach dem Bundesversorgungsgesetz ausgeschlossen werden. Das BSG beruft sich zur Begründung dieser Ansicht abermals auf das Urteil des BSG vom 25.05.1960<sup>364</sup>.

---

<sup>359</sup> So das BSG NJW 1992, S. 936.

<sup>360</sup> Siehe zur Tätigkeit der Wehrmachtgerichte nach der Kapitulation Seidler, Franz W., Fahnenflucht, S. 331 ff.

<sup>361</sup> Siehe zur Einstellung der Westalliierten gegenüber der Todesstrafe: Schwinge, Erich, Verfälschung und Wahrheit, S. 96 ff.

<sup>362</sup> Vgl. BSG NJW 1985, S. 1109.

<sup>363</sup> BSG NJW 1992, S. 936.

<sup>364</sup> BSGE 12, 175 = NJW 1960, S. 2071 L. Ein wegen Beteiligung am Widerstand des 20.07.1944 hingerichteter Offizier war als Verfolgter im Sinne des Entschädigungsrechts anerkannt und seiner Witwe eine entsprechende Entschädigung zuerkannt worden. Darüber hinaus gewährte das BSG Witwenrente nach Bundesversorgungsgesetz, weil das Urteil ge-

Das BSG vertritt die Auffassung, daß für Fahnenflüchtige nichts anderes gelten könne als für Teilnehmer des militärischen Widerstands des 20.07.1944. Diese werden nach § 1 Abs. 2 Nr.1 BEG den Opfern nationalsozialistischer Verfolgung gleichgestellt, weil sie sich auf Grund eigener Gewissensentscheidung unter Gefährdung ihrer Person aktiv gegen die Mißachtung der Menschenwürde oder gegen die sittlich, auch durch den Krieg nicht gerechtfertigte Vernichtung von Menschenleben eingesetzt haben.<sup>365</sup> Die Formulierung des § 1 Abs. 2 Nr. 1 BEG war bewußt im Hinblick auf die Widerstandskämpfer des 20.07.1944 gewählt worden.<sup>366</sup> Das BSG setzt in seiner Entscheidung vom 11.09.1991 die Fahnenflucht mit dem militärischen Widerstand mit der Begründung gleich, daß der einzelne Soldat keine Möglichkeit zu einer mit den Teilnehmern des 20.07.1944 vergleichbaren Handlung gehabt habe, sondern ihm als Form des Widerstands nur der einfache Ungehorsam oder das Verlassen der Truppe geblieben sei.<sup>367</sup> Beides sei mit Todesstrafe geahndet worden. Aus dieser maximalen Strafandrohung ergebe sich der Widerstandscharakter der durchgeführten Handlungen. Einen entsprechenden Widerstandswillen fordert das BSG nicht, obwohl dieser grundsätzlich Voraussetzung für die Anerkennung einer Handlung als Widerstand ist.<sup>368</sup>

Tatsächlich dürften aber die wenigsten Fahnenflüchtigen aus bewußtem Widerstand gegen das NS-Regime oder einen verbrecherischen Krieg desertiert sein. Häufigste Ursache für Desertion war wohl der (verständliche) Wunsch zu Überleben, bzw. andere persönliche Gründe (Kriegsmüdigkeit, Angst vor anderweitiger Bestrafung, Frauen, etc.).<sup>369</sup> Auf einen Widerstandswillen kommt es aber nach dem BSG deshalb nicht an, weil zu berücksichtigen sei, daß der NS-Unrechtsstaat einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg geführt habe.

---

gen den Offizier aufgehoben worden war und damit ohne weitere Prüfung als offensichtliches Unrechtsurteil betrachtet wurde. Die Frage, über die das BSG zu entscheiden hatte und welche sie letztlich bejahte, war, ob Ansprüche nach BEG und nach BVG nebeneinander bestehen können.

<sup>365</sup> Vgl. § 1 Abs. 2 Nr. 1 BEG

<sup>366</sup> Van Dam/Loos, Kommentar zum BEG, § 1 BEG, S. 68.

<sup>367</sup> Zum gleichen Ergebnis kommt Messerschmidt, Manfred, Zur neueren Diskussion um Opposition und Verweigerung von Soldaten – Deserteure, Zersetzer und Verweigerer, in: Der 20. Juli 1944, hrsg. von Ueberschär, Gerd R., 1994, S. 309 ff.; ebenso Jaeger, Renate, Die NS-Militärjustiz und ihre Opfer, ZRP 1996, S. 49 ff.

<sup>368</sup> Herzog, Roman in Maunz-Düring, Komm. z. GG, Art. 20 RN 43.

<sup>369</sup> Schnackenberg, Martin, „Ich wollte keine Heldentaten mehr vollbringen“, Oldenburg 1997, S. 32; Seidler, Franz W., Fahnenflucht, S. 311 ff.

Diese Betrachtungsweise führt zu der Frage, ob das Verhalten eines Soldaten im Krieg nachträglich am rechtmäßigen oder rechtswidrigen Handeln seines Staates gemessen werden kann.

#### 4.2.4.1. Das *ius ad bellum* und das *ius in bello*

##### 4.2.4.1.1. Das *ius ad bellum*

Das Kriegsvölkerrecht unterscheidet grundsätzlich zwischen dem sogenannten „Recht zum Krieg“ (*ius ad bellum*) und dem „Recht im Krieg“ (*ius in bello*).<sup>370</sup> Die Problematik des *ius ad bellum*, also die Frage nach dem „rechtmäßigen“ Kriegsgrund, der völkerrechtlichen Legalität des Krieges, ist so alt wie das Völkerrecht selbst und entstammt der Lehre vom „gerechten Krieg“, dem *bellum iustum*.<sup>371</sup> Ein Krieg mit rechtem Grund, für eine gerechte Sache und mit gerechten Mitteln war rechtmäßig. Hauptschwierigkeit dieser Lehre war aber die Definition eines „gerechten Kriegsgrundes“ für eine „gerechte Sache“. Letztlich hing die Beurteilung dieser Frage vom Kriegsausgang als eine Art Gottesurteil ab. Der Sieger hatte einen gerechten Krieg geführt. Aus dieser, für das aufgeklärte Völkerrecht unakzeptablen Lösung, entwickelte sich die Lehre von der Indifferenz des Völkerrechts bezüglich des Rechts zum Krieg.<sup>372</sup> Erst unter dem Eindruck des Ersten Weltkrieges strebten die europäischen Staaten nach einer Illegalisierung des Krieges. Schließlich wurden durch den Briand-Kellog Pakt, die Stimson-Doktrin und die Satzung der Vereinten Nationen die rechtlichen Möglichkeiten, rechtmäßigerweise Krieg zu führen, immer mehr eingeschränkt.<sup>373</sup>

---

<sup>370</sup> Vgl. zur Geschichte des Völkerrechts Ipsen, Knut, *Völkerrecht*, München 1990, § 2 RN 39 ff.

<sup>371</sup> Ipsen, Knut, *Völkerrecht*, § 2 RN 39; Steinkamm, Armin A., *Die Streitkräfte im Kriegsvölkerrecht*, Würzburg 1967, S. 42.

<sup>372</sup> Bothe, Michael, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), *Völkerrecht*, New York-Berlin 1997, S. 585.

<sup>373</sup> Art. 2 Nr. 4 der UN-Charta lautet: „Alle Mitglieder unterlassen in ihren internationalen Beziehungen jede gegen die territoriale Unversehrtheit oder die politische Unabhängigkeit eines Staates gerichtete oder sonst mit Zielen der Vereinten Nationen unvereinbare Androhung oder Anwendung von Gewalt.“

Der Zweite Weltkrieg wird u.a. wegen der Verletzung des Briand-Kellog Paktes vom 27.08.1928, in welchem sich 15 vertragschließende Parteien zum Verzicht auf den Angriffskrieg als Instrument der nationalen Politik verpflichtet hatten, als ein völkerrechtswidriger Angriffskrieg Deutschlands betrachtet.<sup>374</sup>

#### 4.2.4.1.2. Das *ius in bello*

Als das Recht im Krieg (*ius in bello*) bezeichnet man die Regeln des Kriegsrechts, welche heute aus den Regeln der Haager und der Genfer Konventionen sowie aus gewohnheitsrechtlichen Normen bestehen.<sup>375</sup> Das Recht im Krieg beinhaltet die Lehre von der Gleichheit der Rechte und Pflichten der Konfliktparteien während der kriegerischen Auseinandersetzung, unabhängig davon, welcher der Parteien der Ersteinsatz von Waffengewalt zuzurechnen ist.<sup>376</sup>

Das Kriegsrecht, das *ius in bello*, ist nach im Völkerrecht herrschender Meinung ohne Rücksicht auf die Legalität oder Illegalität eines Krieges anzuwenden.<sup>377</sup> Der Angegriffene ist nicht etwa in der Wahl seiner Verteidigungsmittel privilegiert und der Angreifende – z.B. hinsichtlich des Schutzes seiner Zivilbevölkerung – diskriminiert.<sup>378</sup> Eine derartige Diskriminierung würde zur Nichteinhaltung des Kriegsrechts auf beiden Seiten und damit schließlich das Kriegsrecht selbst ad absurdum führen.<sup>379</sup>

Neben der Beachtung der Kriegsregeln dient das *ius in bello* aber auch noch dem Zweck der Rechtssicherheit für die an den Kampfhandlungen beteiligten Soldaten. Ihr Handeln ist, sofern sie sich an das Kriegsrecht halten, rechtmäßig, unabhängig davon, ob sie sich auf der Seite des Angreifers oder der des Angegriffenen befinden.

---

<sup>374</sup> Bothe, Michael, in: Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.), Völkerrecht, S. 586. Siehe z.B. auch die Begründung des Antrags der SPD, BT-Drs. 12/6220, S. 3 und die sich darauf beziehende Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drs. 12/8139, S. 5.

<sup>375</sup> Steinkamm, Armin A., Die Streitkräfte im Kriegsvölkerrecht, S. 44; Schindler, Dietrich, Abgrenzungsfragen zwischen *ius ad bellum* und *ius in bello*, in: Festschrift für Hans Haug, Völkerrecht im Dienste des Menschen, Bern-Stuttgart 1986, S. 251 ff (251).

<sup>376</sup> Ipsen, Knut, Völkerrecht, § 65 RN 9 f.

<sup>377</sup> Steinkamm, Armin A., Die Streitkräfte im Kriegsvölkerrecht, S. 43.

<sup>378</sup> Ipsen, Knut, Völkerrecht, § 65 RN 10.

<sup>379</sup> Steinkamm, Armin A., Die Streitkräfte im Kriegsvölkerrecht, S. 43.

Dementsprechend waren z.B. die Kampfhandlungen der deutschen Soldaten beim Angriff auf Polen am 01.09.1939 grundsätzlich rechtmäßig (*ius in bello*), während der Angriff selbst völkerrechtswidrig war (*ius ad bellum*). Eine andere Beurteilung, nämlich der Schluß von der Rechtmäßigkeit der Verteidigung bzw. Rechtswidrigkeit der Aggression auf die Privilegierung bzw. Illegalität jeder einzelnen Kampfhandlung wäre auch nicht haltbar. Der einzelne Soldat wäre nach Mittäter- oder Beihilfe-Gesichtspunkten wegen seiner Teilnahme an einem bewaffneten Konflikt strafbar, obwohl ihm von der staatlichen Rechtsordnung, der er untersteht, die Teilnahme gesetzlich abverlangt wird und die Nichtbefolgung dieser Pflicht zumeist unter härtesten Strafen steht.<sup>380</sup> Der Soldat müßte gegebenenfalls eine eigene Analyse bezüglich der völkerrechtlichen Rechtmäßigkeit des Krieges vornehmen und sich dann möglicherweise entscheiden, an eventuell völkerrechtswidrigen Kampfhandlungen teilzunehmen und sich dadurch strafbar zu machen, oder die Teilnahme zu verweigern und sich deshalb staatlichen Strafmaßnahmen auszusetzen. Derartige Überlegungen können von einem einzelnen Soldaten aber nicht verlangt werden, zumal sich selbst in heutigen Konflikten, an denen sich demokratische Staaten beteiligen, die völkerrechtliche Beurteilung der Rechtmäßig- oder Rechtswidrigkeit als diffizil und oft selbst unter Rechtsexperten umstritten erweist.<sup>381</sup>

Nach dem *ius in bello* handelt somit der kämpfende Soldat grundsätzlich rechtmäßig. Die für ihn geltenden staatlichen Gesetze werden durch das Völkerrecht nicht außer Kraft gesetzt. Dementsprechend spielt es für die juristische Beurteilung einer Fahnenflucht keine Rolle, ob er an einem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg oder an einem (rechtmäßigen) Verteidigungskrieg teilgenommen hat. Die nachträgliche Gewährung eines Widerstandsrechts für Fahnenflüchtige, die ein solches Recht gar nicht in Anspruch nehmen wollten, und insbesondere die Gleichsetzung mit Widerstandskämpfern, die eine bewußte Gewissensentscheidung zum Widerstand gegen das Regime getroffen haben, ist daher abzulehnen.

---

<sup>380</sup> Ipsen, Knut, Völkerrecht, § 65 RN 10.

### 4.3. Stellungnahme zum und Kritik am Urteil des BSG

Die Begründung des Urteils trägt die im Leitsatz festgeschriebene Unrechtsvermutung für Todesurteile der Wehrmachtgerichte nicht. Soweit das BSG mit der Entstehungsgeschichte, dem Wortlaut bzw. dem Gesetzeszweck des § 1 Abs. 2 d BVG argumentiert, ist diesem entgegenzuhalten, daß sich die Behauptung, schon bei der Gesetzesverabschiedung sei man von einer grundsätzlichen Unrechtmäßigkeit der Todesurteile ausgegangen, lediglich auf eine dahingehende, neue Interpretation der Beratungen zum Gesetz stützt. Die jahrelang vertretene gegenteilige Auffassung beruft sich ebenfalls auf die gleichen Beratungsprotokolle<sup>382</sup> und die Stellungnahme der damaligen Bundesregierung zum Gesetzentwurf.

Es erscheint daher fraglich, ob das BSG 40 Jahre nach Verabschiedung des Gesetzes für sich beanspruchen kann, nunmehr die zutreffende Auslegung gefunden zu haben. Desweiteren stellt sich dann die Frage, warum der Gesetzgeber über mehrere Jahrzehnte untätig blieb, obwohl die Rechtsprechung das Gesetz nach Auffassung des BSG permanent anders ausgelegt hat, als vom Gesetzgeber beabsichtigt. Gegen diese Auffassung spricht auch der insoweit eindeutige Wortlaut des Gesetzes. § 1 Abs. 2 d BVG verlangt nicht nur die Unrechtmäßigkeit einer Strafmaßnahme, sondern darüber hinaus noch deren Offensichtlichkeit. Dem BSG-Urteil vom 19.12.1957 ist somit weiterhin zuzustimmen, daß der Gesetzgeber die Vorschrift des BVG anders gefaßt hätte, wenn er von der grundsätzlichen Unrechtmäßigkeit der militärgerichtlichen Straf- oder Zwangsmaßnahmen ausgegangen wäre.<sup>383</sup>

---

<sup>381</sup> Siehe dazu die Beispiele bei: Schindler, Dietrich, Abgrenzungsfragen zwischen *ius ad bellum* und *ius in bello*, Festschrift für Hans Haug, Bern und Stuttgart 1986, S. 252 f.

<sup>382</sup> Siehe BSGE 6, S. 195 (197) mit Hinweis auf die Protokolle über die Verhandlungen vom 12.10.1950 des 26. Ausschusses für Kriegsoffer- und Kriegsgefangenenfragen des Deutschen Bundestages, S. 123 A. Auf das gleiche Protokoll verweist das BSG im Urteil vom 11.09.1991, BSG NJW 1992, S. 934.

<sup>383</sup> BSGE 6, S.195 (197).

Die Ausführungen des BSG zum kriegsgerichtlichen Verfahren dienen ebenfalls nicht dazu, die Behauptung zu belegen, es habe im Bereich der Wehrmacht keine unabhängige Justiz gegeben. Das BSG äußert sich in insgesamt nur vier Sätzen zum kriegsgerichtlichen Verfahren.

Dabei zählt es das Bestätigungsverfahren, die Möglichkeit der Aufhebung rechtskräftiger Urteile und die Eingliederung der Wehrmichtsrichter in die Truppe als Beispiele für fehlende Unabhängigkeit lediglich als Schlagwörter auf, ohne sich näher mit der Frage auseinanderzusetzen, ob sich diese tatsächlich auf die richterliche Unabhängigkeit ausgewirkt haben. Eine juristische Untersuchung des Kriegsstrafverfahrens findet also gar nicht statt. Eine entsprechende Prüfung hätte jedoch ergeben, daß die richterliche Unabhängigkeit in der Wehrmichtsjustiz nicht abgeschafft, sondern sogar noch 1944 erneut bestätigt wurde. Da die Vorschriften des kriegsgerichtlichen Verfahrens und die Anordnungen bzw. Befehle Hitlers bekannt<sup>384</sup> waren und nicht auf neuen Erkenntnissen beruhen, hätte das BSG genauer darlegen müssen, wieso es im Gegensatz zur bisherigen Rechtsprechung nunmehr von einer abhängigen Justiz ausgeht.

Im größten Teil der Urteilsbegründung beschäftigt sich das BSG mit der allgemeinen Qualifizierung der Wehrmichtsjustiz als „Terrorjustiz“. Dabei stützt es sich in der Begründung durchweg auf die gemeinsamen „neueren Erkenntnisse“ von *Messerschmidt/Wüllner* über die Wehrmichtsgerichtsbarkeit<sup>385</sup> sowie auf weitere Veröffentlichungen dieser Autoren.<sup>386</sup> Insgesamt zitiert das BSG *Messerschmidt* und *Wüllner*, entweder einzeln oder gemeinsam, 17 mal. Das BSG benutzt die Werke der beiden Autoren nahezu als amtliche Quelle, was auch dadurch deutlich wird, daß es Anordnungen und Befehle Hitlers direkt aus ihren Veröffentlichungen zitiert.<sup>387</sup>

---

<sup>384</sup> Die Vorschriften des materiellen Militärstrafrechts, des Militärstrafverfahrensrechts sowie Verordnungen und Erlasse sind abgedruckt bei: Absolon, Rudolf, *Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg*, Kornelimünster 1958.

<sup>385</sup> BSG NJW 1991, S. 934, mit Hinweis auf *Messerschmidt/Wüllner*, *Die Wehrmichtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus*, 1987.

<sup>386</sup> Neben dem Gemeinschaftswerk von *Messerschmidt/Wüllner* zitiert das BSG *Messerschmidt*, Manfred, in: *Festschrift für M. Hirsch, Die Freiheit des Anderen*, 1981, und *Wüllner*, Fritz, *Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung*, 1991.

<sup>387</sup> Siehe BSG NJW 1992, S. 935.

Dies ermöglichte z.B. den Fehler, daß das Gericht einen Oberstabsrichter für den Vorgesetzten eines Kriegserichtsrats hält, obwohl es sich dabei nur um eine andere Bezeichnung für den gleichen Richter handelt.

Die „neueren Erkenntnisse“ von *Messerschmidt/Wüllner* stehen im Gegensatz zu der bis dahin allgemein vertretenen Auffassung von der Wehrmachtsjustiz als weitestgehend rechtsstaatlichen Justiz. Das darüber existierende Schrifttum findet im Urteil aber so gut wie keine Berücksichtigung. Lediglich zweimal wird der ehemalige Wehrmichtsrichter und Rechtsprofessor *Schwinge* vom BSG erwähnt<sup>388</sup>, der die Meinung vertritt, daß die Wehrmachtsjustiz auf Grund der kriegsgerichtlichen Verfahrensvorschriften und der grundsätzlich eher antinationalsozialistischen Haltung der Wehrmichtsrichter überwiegend rechtsstaatlich gewesen sei.<sup>389</sup> Das von *Messerschmidt/Wüllner* in ihrem Gemeinschaftswerk immer wieder angegriffene<sup>390</sup> Buch des ehemaligen Wehrmichtsrichters *Schweling*<sup>391</sup> über die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus wird im Urteil des BSG gar nicht erwähnt.<sup>392</sup> Auch die Kritik am Werk von *Messerschmidt/Wüllner* hat das BSG nicht davon abgehalten, es als mehr oder weniger einzige Quelle für sein Urteil heranzuziehen. In ihrer Buchbesprechung bezeichnet Rechtsprofessorin *Staff*<sup>393</sup> das Werk als „eine Art Anti- Schweling/Schwinge Arbeit“, es lese sich „passagenweise so, als würde ein persönlicher Krieg insbes. gegen Schwinge ausgetragen“. Das Buch sei leider in weiten Teilen nicht sachlich genug. Ein guter Teil der Archivarbeit der beiden Autoren sei für den Leser sinnlos, „weil Fakten mitgeteilt werden, die sich „nach der Statistik“ ergeben haben sollen, ohne daß immer ersichtlich

---

<sup>388</sup> BSG NJW 1992, S. 934 und 935 mit Hinweis auf: Schwinge, Erich, *Verfälschung und Wahrheit*, 1988.

<sup>389</sup> Siehe dazu Schwinge, Erich, *Verfälschung und Wahrheit*, 1992, und Schwinge, Erich, *Wehrmichtsgerichtsbarkeit eine Terrorjustiz?*, Bonn 1993.

<sup>390</sup> Bereits in der Einführung zu ihrem Gemeinschaftswerk und in der „Vorgeschichte“ machen *Messerschmidt/Wüllner* deutlich, daß sie ihr Buch als Gegenwerk zu *Schwelings* Darstellung über die Wehrmachtsjustiz sehen, vgl. *Messerschmidt/Wüllner*, *Die Wehrmachtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus*, S. 9 ff. und S. 15 ff.

<sup>391</sup> Schweling, Otto Peter, *Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus*, hrsg. von Schwinge, Erich, Marburg 1977.

<sup>392</sup> Auch das im Jahr der BSG-Entscheidung erschienene Werk von Seidler, Franz W., *Die Militärgerichtsbarkeit der Deutschen Wehrmacht 1939-1945*, München 1991, findet keine Berücksichtigung.

<sup>393</sup> Staff, Ilse, *Politische Vierteljahresschrift*, 1989, S. 370 f. *Staff* „bedauert“ in ihrer Buchbesprechung ausdrücklich die Mängel des Gemeinschaftswerkes von *Messerschmidt/Wüllner*.

wird, welche Statistik gemeint ist.“ Nirgends werde eine systematische Darstellung der Kompetenzen der Wehrmichtsjustiz gegeben.<sup>394</sup>

Schließlich rät sie den Autoren, trotz „fraglos sorgfältiger Archivarbeit“ einem „anderen Wissenschaftler eine methodisch korrekte Materialauswertung“ zu ermöglichen.<sup>395</sup> Weitere kritische Stimmen zu den „neueren Erkenntnissen“ der beiden Autoren wie z.B. von *Schreiber*<sup>396</sup> und *de Zayas*<sup>397</sup> finden im Urteil des BSG ebenfalls keine Berücksichtigung. Das BSG muß sich daher den Vorwurf der Einseitigkeit gefallen lassen.

Die vom BSG aufgestellte Unrechtsvermutung für Todesurteile kann somit durch die zur Urteilsbegründung herangezogene Literatur nicht als erwiesen betrachtet werden. Zur Aufgabe seiner vierzigjährigen Rechtsprechung stützt sich das BSG mehr oder weniger auf eine einzige Arbeit, ohne die dazu vorhandene Kritik und die Gegenmeinungen zur Kenntnis zu nehmen. Darüber hinaus bezeichnen sowohl *Staff*<sup>398</sup>, als auch die Autoren selbst ihr Werk als „nicht akademisch“, sondern „als Auseinandersetzung mit einer Darstellung, die von Angehörigen der Wehrmacht verfaßt worden ist“.<sup>399</sup> Dennoch nimmt das BSG auf Grundlage dieser Arbeit eine militärhistorische Wertung für die gesamte Wehrmichtsgerichtsbarkeit vor. Dies erscheint umso bedenklicher, als eine derartige Gesamtbewertung der Wehrmichtsjustiz zur Entscheidung des vorliegenden Sachverhalts nicht notwendig gewesen wäre.<sup>400</sup> Der Hinweis darauf, daß das damalige, im einzelnen nicht bekannte Urteil im März 1945 in der Festung Breslau gefällt und vollstreckt wurde, hätte ausgereicht, um den Versorgungsanspruch im Einklang mit der früheren BSG-Rechtsprechung<sup>401</sup> und unter Hinweis auf eine Beweislastumkehr wegen verlorengegangener Akten zu bejahen.

---

<sup>394</sup> Staff, Ilse, Politische Vierteljahresschrift, 1989, S. 370.

<sup>395</sup> Staff, Ilse, Politische Vierteljahresschrift, 1989, S. 371.

<sup>396</sup> Schreiber, Jürgen, Anmerkungen zu den „Enthüllungen“ von Messerschmidt-Wüllner, NZWehr 1988, S. 100 ff.

<sup>397</sup> de Zayas, Alfred, in: Die Welt, 04.04. 1988.

<sup>398</sup> Staff, Ilse, Politische Vierteljahresschrift, 1989, S. 370.

<sup>399</sup> Damit ist das Werk von Schweling/Schwinge, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, gemeint. Siehe Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmichtsjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, S. 9.

<sup>400</sup> Beckmann, NZWehr 1998, S. 50.

<sup>401</sup> Vgl. insbesondere BSG, Urteil vom 13.12.1984, NJW 1985, S.1109 ff.

Eine entsprechende Beweislastumkehr, nach welcher der Anspruchsteller das offensichtliche Unrecht zumindest dann nicht nachzuweisen hat, wenn gewisse Umstände (hier vermutlich Standgerichtsurteil im März 1945) für eine Unrechtmäßigkeit sprechen und die Akten verloren sind, läßt sich im Hinblick auf die vom Anspruchsteller nicht zu vertretenden Beweisschwierigkeiten rechtfertigen. Es wäre unbillig, dem Betroffenen oder seinen Hinterbliebenen diese Beweislast aufzubürden, obwohl der Verlust von Akten weder in seinem Einfluß- noch in seinem Verantwortungsbereich liegt. Dies muß insbesondere dann gelten, wenn das Todesurteil durch ein Standgericht in den letzten Kriegsmonaten gefällt wurde.<sup>402</sup> Denn gemäß der Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des BVG sollten gerade die Schädigungen der letzten Kriegsphase erfaßt werden.<sup>403</sup> Eine so gestaltete Beweislastumkehr träfe keine Aussage über eine grundsätzliche Rechtmäßig- oder Unrechtmäßigkeit der gesamten Wehrmachtsjustiz. Die Realisierung von Versorgungsansprüchen wäre dadurch aber im Sinne einer „großzügigen Entscheidung von Fall zu Fall“ erleichtert. Das BSG geht in der Entscheidung mit seinen allgemeinen Ausführungen zur Wehrmachtsjustiz daher ohne Notwendigkeit weit über eine bloße Beweiserleichterung bei Aktenverlust hinaus.

Auch nach der beinahe ausschließlich auf *Messerschmidt/Wüllner* gestützten militärhistorischen Wertung der Wehrmachtsjustiz als „Terrorjustiz“, die vor allem entsprechende Reaktionen der ideologischen „Gegenpole“ hervorrief<sup>404</sup>, erschienen weitere wissenschaftliche Untersuchungen zur Wehrmachtsjustiz.

---

<sup>402</sup> Vgl. auch das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 17.04.1956 – Breith. 1956, S. 1147. So auch Beckmann, NZWehr 1998, S. 50.

<sup>403</sup> BT-Drs. 1/1333, S. 46 f.

<sup>404</sup> Siehe den Streit zwischen *Schwinge* und *Gritschneider*, Die Entscheidung des BSG zu den Urteilen der Wehrmachtgerichte, NJW 1993, S. 368 ff (Schwinge, Erich, Die Urteile der Militärstrafjustiz „offensichtlich unrechtmäßig“?, NJW 1993, S. 368 f.; Gritschneider, Otto, Entschädigung für Witwen hingerichteter Wehrpflichtiger, NJW 1994, S. 369 ff.) und den Streit zwischen *Stoecker* und *Gritschneider* in SGB 1993, S. 352 ff (Stoecker), S. 603 ff (Gritschneider), S. 605 ff (Stoecker). Die Schriftleitung der SGB erklärte nach dem Abdruck des Aufsatzes von *Stoecker*, der Stellungnahme dazu von *Gritschneider* und der anschließenden Erwiderung von *Stoecker* die Diskussion über das BSG-Urteil einfach für beendet. Siehe Anmerkung der Schriftleitung, SGB 1993, S. 605.

Diese kommen z.B. zu dem Ergebnis, daß im Bereich der Wehrmächtsjustiz neben juristischer (Über)-Sollerfüllung, uneingeschränkter Anpassungsbereitschaft an die Anforderungen des militärischen Systems und auch starker Ideologiefixiertheit, Handlungsweisen bzw. Urteile standen, die im Rahmen der Gegebenheiten als maßvoll bezeichnet werden können.<sup>405</sup> Die Beurteilung der deutschen Militärjustiz im Zweiten Weltkrieg ist daher auch nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 11.09.1991 noch nicht als abgeschlossen zu betrachten. Insgesamt begegnet eine Pauschalverurteilung der gesamten Wehrmächtsjustiz als „Terrorjustiz“, wie sie das BSG vornimmt, aus den genannten Gründen erheblichen Bedenken.

---

<sup>405</sup> Walmrath, Lothar, „Iustitia et disciplina“ – Strafgerichtsbarkeit in der deutschen Kriegsmarine 1939-1945, Frankfurt a.M. 1998, S. 595 ff. *Hannemann* kommt zu dem Ergebnis, daß sich die Rechtsprechungspraxis der Marine-Justiz relativ gleichförmig in den durch das Wehrstrafrecht vorgegebenen Grenzen vollzogen habe. Die überwiegende Anzahl der von der Marine-Justiz verhängten Strafen hätten durchweg im unteren Bereich des zulässigen Strafrahmens gelegen; *Hannemann*, Ludwig C. R., Die Justiz der Kriegsmarine 1939-1945 im Spiegel ihrer Rechtssprechung, Regensburg 1993, S. 384 ff.

## **Fünfter Teil**

### **Der Weg von der Diskussion um die Wehrmachtsdeserteure über das BSG-Urteil von 1991 zum NS-AufhG**

Das Urteil des BSG vom 11.09.1991 stellte zwar einen grundlegenden Wandel einer vierzigjährigen Rechtsprechung dar. Es bildet aber dennoch nicht den Auslöser der Diskussion um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure, sondern steht zeitlich ungefähr in der Mitte zwischen den Anfängen der gesellschaftspolitischen Diskussion Anfang der achtziger Jahre und der Verabschiedung des NS-AufhG am 28.05.1998. Der eigentliche Beginn der Deserteursdebatte, die parlamentarischen Auseinandersetzungen sowie der Einfluß des BSG-Urteils hierauf, bis hin zum NS-AufhG werden nachfolgend dargestellt bzw. untersucht.

#### **1. Beginn der gesellschaftspolitischen Diskussion**

##### **1.1. Die außerparlamentarischen Aktivitäten von „Deserteursinitiativen“**

Die Diskussion um den Umgang mit Deserteuren der deutschen Wehrmacht begann in der Bundesrepublik Deutschland verstärkt Ende der siebziger, Anfang der achtziger Jahre.<sup>406</sup> Ausgelöst wurde diese von verschiedenen, aus der Friedensbewegung stammenden Gruppen, die sich z.B. für die Aufstellung von Denkmälern "Dem unbekanntem Deserteur" aussprachen.<sup>407</sup> Entsprechende Initiativen entstanden u.a. 1981 in Kassel und 1983 in Bremen. Die Thematisierung der Desertion begann in Kassel bereits 1978 innerhalb eines radikalpazifistischen, linkshumanistischen und grün-alternativen Spektrums.<sup>408</sup>

---

<sup>406</sup> Norbert Haase, Die Zeit der Kirschblüte..., in: Ausländer, Fietje (Hrsg.) Verräter oder Vorbilder ?, S.130.

<sup>407</sup> Siehe hierzu: Das Bremer Denkmal „Dem unbekanntem Deserteur“, Erklärung der Gruppe „Reservisten verweigern sich“ vom April 1987, in: Wette, Wolfram, Deserteure der Wehrmacht, S. 28 ff.

<sup>408</sup> Soergel, Fritz, Deserteure-Initiativen, in: Deserteure. Eine notwendige Debatte, Geschichtswerkstatt Heft 22, Hamburg 1990, S. 32.

1981 gab das Kasseler Stadtparlament auf Antrag der GRÜNEN eine Dokumentation zu dem Thema in Auftrag, die 1984 von dem Politikprofessor *Kammler* vorgelegt wurde.<sup>409</sup>

### 1.1.1. Gegnerschaft zum NATO-Doppelbeschluß als Auslöser der Deserteursdebatte

Anlaß, sich mit dem Thema Desertion in der Zeit des Nationalsozialismus zu beschäftigen, war ursprünglich die Gegnerschaft zum sogenannten NATO-Doppelbeschluß<sup>410</sup>, der die Stationierung atomarer Mittelstreckenraketen auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland vorsah.<sup>411</sup> In Bremen schloß sich eine Gruppe von Reservisten der Bundeswehr unter dem Namen „Reservisten verweigern sich“ zusammen, die den NATO-Doppelbeschluß ablehnten und ihre Mitwirkung demonstrativ verweigern wollten. In Karlsruhe wurde der Aspekt der Desertion als Form der Kriegsdienstverweigerung von der Deutschen Friedensgesellschaft – Vereinigte KriegsdienstgegnerInnen (DFG-VK) und der Gruppe „Reservisten verweigern sich“ gemeinsam aufgegriffen. Im Oktober 1983 enthüllten sie ein Mahnmal „Dem unbekanntem Deserteur“ als Zeichen „gegen die NATO-Strategie des atomaren Erstschlages, gegen die atomare „Nach“rüstung und für eine Kriegsdienstverweigerung in der Tradition der Deserteure in Holland, im Vietnamkrieg, im Golfkrieg, in Afghanistan und in Mittelamerika“.<sup>412</sup> Gleichzeitig suchten sie im Rahmen der Auseinandersetzung mit zeitgenössischen Deserteuren nach historischen Bezügen, wobei sich die Frage über den Umgang mit den Wehrmachtsdeserteuren stellte.<sup>413</sup>

---

<sup>409</sup> Bei der Dokumentation handelt es sich um die vom BSG in der Entscheidung vom 11.09.1991 zitierte Veröffentlichung von Kammler, Jörg, Ich habe die Metzerei satt und laufe über..., 1985.

<sup>410</sup> Beschluß des NATO-Rats vom 12.12.1979 über die Aufstellung neuer bodengestützter nuklearer Mittelstreckenwaffen bei gleichzeitigem Angebot an die UdSSR, bis zum Beginn der Stationierung Ende 1983 über den Abbau entsprechender sowjetischer Waffen in Verhandlung zu treten. Quelle: Brockhaus, Die Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden, Band 15.

<sup>411</sup> Wette, Wolfram, Wehrmachtsdeserteure im Wandel der öffentlichen Meinung (1980–1995) in: Wette, Wolfram, Deserteure der Wehrmacht, S. 14 f.

<sup>412</sup> Soergel, Fritz, Deserteure-Initiativen, in: Deserteure. Eine notwendige Debatte, Geschichtswerkstatt Heft 22, 1990, S. 33.

<sup>413</sup> Wette, Wolfram, in: Wette, Wolfram, Deserteure der Wehrmacht, S. 14 f.

Ein Denkmal „Dem unbekanntem Deserteur“ war zu diesem Zeitpunkt noch sehr provokativ, da sie der damals herrschenden allgemeinen Auffassung von der Rechtmäßigkeit der Verurteilung wegen Fahnenflucht im Zweiten Weltkrieg widersprach.

### **1.1.2. Die Deserteursdebatte als Grundlage für die totale Ablehnung von Wehrdienst und Bundeswehr**

Die verschiedenen lokalen Initiativen führten weitere Aktionen durch, welche die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit auf das Thema „Wehrmachtsdeserteure“ lenken sollten. Am 18.10.1986 wurde z.B. im Gustav-Heinemann-Bürgerhaus in Bremen-Vegesack von der Gruppe „Reservisten verweigern sich“ ein Denkmal „Dem unbekanntem Deserteur“ aufgestellt.<sup>414</sup> Im November 1987 stellte die DFG-VK München vor der Feldherrenhalle ein Denkmal „Den Deserteuren aller Kriege“ auf. Die „Darmstädter Friedenshethzer“ enthüllten ebenfalls im November 1987 eine Stahlplastik „Dem unbekanntem Deserteur“. Weitere symbolische Denkmalaufstellungen und Kranzniederlegungen von Gruppierungen wie der Selbstorganisation der Zivildienstleistenden (SOdZDL), „Kontaktstelle Gewaltfreier Widerstand“, Vereinigung der Verfolgten des Naziregimes (VVN), „Freundeskreis der Wehrdiensttotalverweigerer“ und ähnlicher Gruppierungen folgten in den Jahren 1988-1990.<sup>415</sup> Neben dem Eintreten für die Wehrmachtsdeserteure war auch beabsichtigt, „gegen die Ehrung der Nazisoldaten“ an Volkstrauertagen aktiv zu werden.<sup>416</sup> Der Einsatz für die Deserteure war folglich nicht nur mit der Ablehnung der Wehrmachtsoldaten, sondern auch mit der Ablehnung des Militärischen im allgemeinen, der NATO-Politik der Bundesrepublik Deutschland im besonderen sowie der Bundeswehr als Armee dieses Staates verbunden.

---

<sup>414</sup> Zu den Aktionen der Deserteursinitiativen siehe auch: Maar, Ernst-Dieter, Das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung im rechtspolitischen Meinungsstreit und höchstrichterlicher Rechtsprechung, Diss. rer. pol., München 1997, S. 95 f.

<sup>415</sup> Siehe dazu: Soergel, Fritz, Zur Geschichte der lokalen Deserteurs-Initiativen, in: Wette, Wolfram, Deserteure der Wehrmacht, S. 42 ff.

<sup>416</sup> Vgl. Alexander-Seitz-Geschichtswerkstatt Marbach und Umgebung (Hrsg.) 1987 b: Aktionsvorschlag für den Volkstrauertag 1987, in: Geschichtswerkstatt, H. 12, Juni 1987, S. 79-81.

Das im Oktober 1986 in Bremen aufgestellte Deserteur-Denkmal wurde z.B. mit einem NATO-Helm bestückt.<sup>417</sup> Zuvor hatten die Reservisten-Verweigerer bereits im April 1986 das Denkmal „Dem unbekanntem Deserteur“ enthüllt, dabei symbolisch ihre übergestreiften Bundeswehruniformen von sich geworfen und sich zu „bekanntem Deserteuren zukünftiger Kriege“ erklärt.<sup>418</sup> In den öffentlichen Auseinandersetzungen ging es daher zunächst nicht allein um die Frage der Bewertung der Desertion in der Zeit des Nationalsozialismus, sondern vor allem auch um die Verknüpfung mit der damals aktuellen Verteidigungspolitik der Bundesrepublik Deutschland als NATO-Mitgliedsstaat, die von den Deserteursinitiativen abgelehnt wurde. Diese Verknüpfung der Deserteursdebatte mit der Ablehnung der Bundeswehr und der NATO war auch der Grund dafür, daß die Auseinandersetzungen „von Beginn an den Stempel eines ideologischen Glaubenskrieges trugen“.<sup>419</sup>

## 2. Beginn der parteipolitischen Auseinandersetzung

### 2.1. Unterstützung der Deserteursinitiativen durch DIE GRÜNEN

Die oben beschriebenen lokalen Aktivitäten fanden Unterstützung vor allem bei der Partei DIE GRÜNEN, die bereits 1981 in Kassel die erwähnte Dokumentation von *Kammler* initiiert hatte und die auch ideologisch mit den Deserteursinitiativen bezüglich der Ablehnung der NATO und der Existenz der Bundeswehr übereinstimmte.<sup>420</sup> Sie beantragte beispielsweise 1988 in Saarbrücken und Nürnberg, 1989 in Lübeck, Senden und Bensheim die Aufstellung von Denkmälern oder Anbringung von Gedenktafeln. Im Mai 1988 beantragten DIE GRÜNEN in Frankfurt zusammen mit *Gerhard Zwerenz*, einem ehemaligen Wehrmachtsdeserteur und späterem PDS-Abgeordneten, die Aufstellung eines Deserteurdenkmals auf dem Frankfurter Paulsplatz.<sup>421</sup>

---

<sup>417</sup> Wette, Wolfram, in: Wette, Wolfram, *Deserteure der Wehrmacht*, S. 23.

<sup>418</sup> Soergel, Fritz, *Deserteure-Initiativen*, in: *Deserteure. Eine notwendige Debatte*, Geschichtswerkstatt Heft 22, 1990, S. 34.

<sup>419</sup> Wette, Wolfram, in: Wette, Wolfram, *Deserteure der Wehrmacht*, S. 15.

<sup>420</sup> Siehe dazu: Philippi, Nina, *Bundeswehr-Auslandseinsätze als außen- und sicherheitspolitisches Problem des geeinten Deutschland*, Frankfurt a.M. 1997, S. 126 ff. (127).

<sup>421</sup> Soergel, Fritz, in: Wette, Wolfram, *Deserteure der Wehrmacht*, S. 50 ff.

Waren diese Anträge zumeist nicht erfolgreich, so war dadurch doch das Thema endgültig von der Straße in die Rathäuser und damit in die parteipolitische Auseinandersetzung gebracht.

## **2.2. Vergleich der SPD zwischen Wehrmachtsdeserteuren und kämpfenden Soldaten**

Schließlich griff auch die SPD das Thema auf. Anlässlich einer SPD-Veranstaltung am 31.05.1990 im Erich-Ollenhauer-Haus forderte *Herta Däubler-Gmelin* (SPD), Mitglied des Bundestages (MdB), deutlich zu machen, „wo damals das Unrecht lag“. Sie meinte, man müsse klären, wer sich richtiger verhalten habe, die Soldaten, die Befehle befolgten, oder jene, die Befehle verweigerten, sich entfernten und dafür verurteilt und z.T. hingerichtet wurden. *Herta Däubler-Gmelin* forderte die Neubewertung des Verhaltens des Soldaten auf der einen und des Deserteurs auf der anderen Seite.<sup>422</sup> Man solle sich „als Deutscher“ der Deserteure des Zweiten Weltkrieges nicht länger schämen, sondern diese Männer und ihre Taten ehren. Ein Beschluß des Deutschen Bundestages zur Rehabilitierung der Deserteure sei erforderlich.<sup>423</sup>

## **3. Die parlamentarische Auseinandersetzung im Deutschen Bundestag**

### **3.1. Die Haltung der CDU/CSU und F.D.P.- Regierungskoalition**

Zu Beginn der parteipolitischen Auseinandersetzung in den achtziger bis Anfang der neunziger Jahre stand die CDU/CSU und F.D.P. geführte Bundesregierung der aufkommenden Deserteursdebatte und insbesondere neuen gesetzlichen Regelungen zur Rehabilitierung ablehnend gegenüber. Die zu der Zeit von der Bundesregierung vertretene Auffassung gibt der *Bericht über Wiedergutmachung für nationalsozialistisches Unrecht sowie über die Lage der Sinti, Roma und verwandter Gruppen* vom 31.10.1986 wieder. Auf eine Anfrage der Fraktion DIE GRÜNEN zur Problematik der Wehrmachtsdeserteure antwortete die Bundesregierung in ihrem Bericht folgendermaßen:

---

<sup>422</sup> Vortrag von Dr. Herta Däubler-Gmelin vom 31.05.1990 (gekürzt) abgedruckt bei Wette, Wolfram, Deserteure der Wehrmacht, S. 166 ff.

*„Verurteilungen wegen Kriegsdienstverweigerung, Fahnenflucht oder Zersetzung der Wehrkraft haben im allgemeinen nicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen, da solche Handlungen auch in Ländern mit rechtsstaatlicher Verfassung, z.B. in den westeuropäischen Staaten, während des Krieges mit Strafe bedroht waren.“<sup>424</sup>*

Die Strafverbüßung wegen einer militärgerichtlichen Verurteilung verletze nicht generell rechtsstaatliche Grundsätze. Dies gelte auch für Verurteilungen wegen Kriegsdienstverweigerung, Fahnenflucht und Wehrkraftzersetzung. Gleichzeitig schließe dies jedoch nicht aus, daß im Einzelfall Ansprüche nach dem Bundesentschädigungsgesetz oder nach dem Allgemeinen Kriegsfolgesgesetz in Betracht kämen.<sup>425</sup> Ein Handlungsbedarf für weitere gesetzliche Regelungen in Bezug auf Wehrmachtsdeserteure wurde daher seitens der damaligen Bundesregierung nicht gesehen.

### **3.2. Erster Antrag der GRÜNEN im Deutschen Bundestag vom 29.08.1990**

Die oben beschriebenen lokalen Initiativen aufgreifend, beantragte schließlich die Fraktion DIE GRÜNEN am 29.08.1990 im Deutschen Bundestag die „Rehabilitierung und Entschädigung der unter der NS-Herrschaft verfolgten Kriegsdienstverweigerer, Deserteure und Wehrkraftzersetzer“.<sup>426</sup> Im Antrag hieß es, ihnen sei „vom NS-Regime schwerwiegendes Unrecht angetan worden“. Die bis dahin durch bundesdeutsche Gerichte erfolgte Einstufung der Militärjustiz als rechtsstaatlich sei schon deshalb nicht haltbar, da die Militärstrafgerichte im Zweiten Weltkrieg weit mehr Todesurteile ausgesprochen hätten als selbst der Volksgerichtshof. Nahezu alle verhängten Strafen hätten in keinem Verhältnis „zu den (angeblichen) Taten“ gestanden. Rechtsstaatliche Verfahrensgrundsätze seien „durchgängig mißachtet“ worden. Dies gelte insbesondere für Verurteilungen nach der Kriegsstrafverfahrensordnung.

---

<sup>423</sup> Dr. Herta Däubler-Gmelin, in: Wette, Wolfram, Deserteure der Wehrmacht, S. 166 ff.

<sup>424</sup> BT-Drs. 10/6287, S. 39.

<sup>425</sup> BT-Drs. 10/6287, S. 41.

<sup>426</sup> BT-Drs. 11/7754, S. 1.

In dem Antrag wurde gefordert, die Strafmaßnahmen der Militärjustiz als Formen der politischen Verfolgung anzusehen. Für die Realisierung von Entschädigungs- und Versorgungsansprüchen solle der Nachweis einer kriegsgerichtlichen Verurteilung ausreichend sein. In der Antragsbegründung wurde ausgeführt, daß Kriegsdienstverweigerung, Desertion und Wehrkraftersetzung „ehrenwerte, zutiefst moralische“ Taten „wider einem völkerrechtswidrigen, verbrecherischen Angriffs- und Vernichtungskrieg des NS-Regimes“ gewesen seien. Dies gelte „unabhängig von der im Einzelfall unterschiedlichen Motivation“ eines Soldaten, da jede Desertion „einen Soldaten weniger für die Kriegsführung des Nationalsozialismus“ bedeute.<sup>427</sup> Auch zur Frage des Zusammenhangs zwischen der Beurteilung des Verhaltens der Deserteure und der pflichterfüllenden Soldaten wurde Stellung genommen. Laut Antragsbegründung stelle eine Anerkennung der Deserteure als NS-Opfer die Soldaten der Wehrmacht nicht ins Unrecht. Die Beurteilung beider Sachverhalte (gehorchender Soldat/Deserteur) stehe in keinem logischen Verhältnis zueinander. Allerdings sei „eine Debatte über die Frage einer „Mitschuld“ der Soldaten bzw. der Wehrmacht angemessener als über die Berechtigung, die Mitwirkung an diesen Kriegen zu verweigern“. Es könne aber festgehalten werden, „daß viele Soldaten zugleich sowohl Opfer als auch Täter dieser Kriegsführung waren“.<sup>428</sup> Mit diesen Ausführungen reagierte die Fraktion DIE GRÜNEN auf die von der Bundesregierung vertretene Auffassung, eine pauschale Anerkennung der Deserteure setze alle Soldaten ins Unrecht, die glaubten, „in diesem Krieg ihre Pflicht tun zu müssen“.<sup>429</sup>

### 3.2.1. Die Gleichstellung von Desertion und Widerstand des 20.07.1944

In ihrer Bundestagsrede anlässlich der Beratung des Antrags verglich *Antje Vollmer* MdB (DIE GRÜNEN) die Desertion von der Wehrmacht mit dem Widerstand des 20. Juli 1944. Durch die Einzelfallprüfung bei der Frage der Rehabilitationswürdigkeit hätte man jahrzehntelang den Deserteuren eine gewaltige Widerstandshandlung abverlangt, denen nicht einmal alle Männer des

---

<sup>427</sup> BT-Drs. 11/7754, S. 4.

<sup>428</sup> BT-Drs. 11/7754, S. 13.

<sup>429</sup> Antwort der Bundesregierung auf eine kleine Anfrage der Fraktion DIE GRÜNEN, BT-Drs. 11/5218, S 2, 8.

20. Juli genügen würden. Den Opfern sei grundsätzlich NS-Unrecht widerfahren. Eine Unterscheidung zwischen Kriegsdienstverweigerern, Deserteuren und Wehrkraftzersetzerern sei nicht vorzunehmen. Alle seien umgehend zu rehabilitieren.<sup>430</sup> Ausdrücklich dankte *Antje Vollmer* den „vielen Deserteursinitiativen“.<sup>431</sup> Die Aktionen der oben erwähnten lokalen Initiativen waren somit nicht vergeblich gewesen. Fast 10 Jahre nach dem Beginn der gesellschaftspolitischen Diskussion war ihre Forderung nach einer Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure und Anerkennung der Desertion als Form des Widerstands gegen das NS-Regime erstmals durch einen Antrag im Deutschen Bundestag vertreten.

### 3.3. Weitere Anträge von SPD und DIE GRÜNEN

Dem ersten Antrag der Fraktion DIE GRÜNEN, über welchen in der 11. Wahlperiode nicht mehr abgestimmt wurde, folgten in der 12. Wahlperiode zunächst Anträge der SPD-Fraktion und der Gruppe BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN.<sup>432</sup> Beide Anträge forderten vom Bundestag die Feststellung, daß Verurteilungen wegen Kriegsdienstverweigerung, Desertion oder Wehrkraftzersetzung „von Anfang an Unrecht“ waren.<sup>433</sup> Rechtswirksamkeit komme diesen Urteilen daher nicht zu. Laut SPD-Antrag handelte „es sich bei ihnen nicht um Urteile unabhängiger Richter, sondern um Akte eines Terrorsystems“.<sup>434</sup> In der Begründung des Antrags von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, welche weitgehend der Begründung des ersten Antrags vom 20.08.1990 entsprach, wurden sie als „Schandurteile“ oder „Terrorurteile“ einer „Nazi-Terrorjustiz“ bezeichnet.<sup>435</sup> Die Anträge forderten eine Anerkennung der Verurteilten als Verfolgte im Sinne des Bundesentschädigungsgesetzes.

---

<sup>430</sup> Antje Vollmer MdB, Deutscher Bundestag, 11. Wahlperiode, 226. Sitzung, Bonn, 20.09.1990, S. 17923 ff.

<sup>431</sup> Antje Vollmer, a.a.O.

<sup>432</sup> Antrag der SPD vom 24.11.1993, BT-Drs. 12/6220 und Antrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 09.12.1993, BT-Drs. 12/6418.

<sup>433</sup> Dem SPD-Antrag schlossen sich auch einige Abgeordnete der F:D.P. mit einem Änderungsantrag weitgehend an (BT-Drs. 12/8513), was eine geschlossene Haltung der Regierungskoalition gefährdete. Auf Antrag der CDU/CSU-Fraktion erfolgte daraufhin eine Rücküberweisung der Vorlagen an den Rechtsausschuß (siehe unten).

<sup>434</sup> BT-Drs. 12/6220, S. 2.

<sup>435</sup> BT-Drs. 12/6418, S. 3 ff.

### **3.3.1. Die Haltung von SPD und DIE GRÜNEN zu den nicht desertierten Wehrmachtsoldaten**

In Bezug auf die nicht desertierten Wehrmachtsoldaten sprach sich der SPD-Antrag gegen eine pauschale Abwertung ihres Verhaltens aus.<sup>436</sup> Im Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN hieß es, daß ein Zusammenhang mit der Rehabilitierung von Deserteuren und der Beurteilung des Verhaltens der bis zum Schluß kämpfenden Soldaten nicht bestehe. Die Rehabilitierung der einen beinhalte weder politisch noch juristisch eine Verurteilung der anderen. Eine solche Gedankenführung sei in sich nicht schlüssig. Der „einfache Soldat“ sei in diesem juristischen und legitimationsbedürftigen Kontext überhaupt kein Verfahrensbeteiligter.<sup>437</sup> Die vormals bei der Unterstützung der Deserteursinitiativen erfolgte Verknüpfung von Einsatz für die Deserteure und Ablehnung der „Nazi-Soldaten“ und der Bundeswehr wurde nun vermieden und fand sich in den Gesetzesanträgen so nicht mehr wieder.

## **4. Die Bedeutung des BSG-Urteils vom 11.09.1991 für die parlamentarische Auseinandersetzung**

Durch das zwischenzeitlich ergangene Urteil des BSG vom 11.09.1991 sahen sich DIE GRÜNEN und SPD in ihren Anträgen bestätigt. In ihren Antragsbegründungen der 12. Wahlperiode beriefen sie sich daher auch ausdrücklich auf das BSG-Urteil mit seinen Ausführungen zur Wehrmachtsjustiz als rechtsstaatswidrige NS-Justiz.<sup>438</sup> Daraus wird bereits deutlich, daß das oben dargestellte Urteil mit seiner Begründung eine erhebliche Bedeutung nicht nur für die Rechtsprechung, sondern auch für die politische und juristische Diskussion um die Rehabilitierung von Deserteuren der Deutschen Wehrmacht hatte.

---

<sup>436</sup> BT-Drs. 12/6220, S. 2.

<sup>437</sup> BT-Drs. 12/6418, S. 13. Daß jedoch Kriegsdienstverweigerung in der Bundesrepublik Deutschland immer auch mit der Fahnenflucht im Zweiten Weltkrieg argumentativ verknüpft wird, zeigt Brill, Werner, Handbuch zur Kriegsdienstverweigerung, Saarbrücken 1997, S. 66 ff.

<sup>438</sup> BT-Drs. 12/6220, S. 3; BT-Drs. 12/6418, S. 4.

Daneben läßt aber bereits ein Vergleich der Begründung des ersten Antrags von DIE GRÜNEN vom 29.08.1990 mit der Urteilsbegründung des BSG vom 11.09.1991 eine nicht unerhebliche Übereinstimmung in der Argumentation für eine Rehabilitierung der Deserteure und der Begründung eines Versorgungsanspruchs nach dem BVG erkennen.

#### **4.1. Vergleich der Argumentation des ersten Antrages der GRÜNEN vom 29.08.1990 mit der Urteilsbegründung des BSG von 1991**

Der Antrag auf Rehabilitierung vom 29.08.1990 wird u.a. mit einer Gegenüberstellung der Todesurteilszahlen der Wehrmachtsgerichtsbarkeit und dem Volksgerichtshof begründet. Die vermutete Zahl der ausgesprochenen Todesurteile dient als Beleg für die fehlende Rechtsstaatlichkeit.<sup>439</sup> Diese Argumentation findet sich dann im Urteil des BSG vom 11.09.1991 wieder (s.o.). Auch die Forderung nach Anerkennung der Deserteure als politisch Verfolgte im Sinne des BEG wird im Urteil des BSG aufgenommen. Dort werden Fahnenflüchtige mit den nach § 1 Abs. 2 Nr.1 BEG zu entschädigenden Widerstandskämpfern gleichgesetzt. Die Argumentation der GRÜNEN, es komme nicht auf die Motivation der Deserteure an, da jede Desertion einen Soldaten weniger für die Kriegführung der Nationalsozialisten bedeutet habe<sup>440</sup>, wird vom BSG juristisch konkretisiert, indem es die Ansicht vertritt, Fahnenflucht sei in einem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg eines Unrechtsstaats rückschauend als Widerstand anzusehen.<sup>441</sup>

Die Übereinstimmungen im Rehabilitierungsantrag der GRÜNEN und der Urteilsbegründung des BSG setzten sich dann auch in der Auswahl des Schrifttums fort, auf welches sich beide stützen. Der Antrag der GRÜNEN vom 29.08.1990 beruft sich in der Begründung ebenso wie später das BSG vorwiegend auf die Autoren *Messerschmidt* und *Wüllner*.<sup>442</sup>

---

<sup>439</sup> Vgl. BT-Drs. 11/7754, S. 1 und BSG NJW 1992, S. 935.

<sup>440</sup> BT-Drs. 11/7754, S. 4.

<sup>441</sup> BSG NJW 1992, S. 936.

<sup>442</sup> Siehe BT-Drs. 11/7754, S. 5, 7.

Die auf Antrag der GRÜNEN in Auftrag gegebene Dokumentation von *Kammler* (s.o.) wird ebenfalls zitiert.<sup>443</sup> Die Werke von *Schweling* und *Schwinge* finden eine kurze Erwähnung, werden aber wegen der früheren Tätigkeit der Autoren als Wehrmichtsrichter als „bewußt geschichtsfälschend“ von den GRÜNEN abgelehnt.<sup>444</sup>

Die Argumentation und das dazu herangezogene Schrifttum sowohl des ersten Antrags der GRÜNEN von 1990 als auch des Urteils des Bundessozialgerichts von 1991 stimmen also weitgehend überein. Die Autoren *Messerschmidt* und *Wüllner*, auf welche sich beide berufen, lassen sich daher nicht nur als „geistige Väter“<sup>445</sup> des BSG-Urteils, sondern auch des bereits vorher gestellten Antrags der GRÜNEN im Deutschen Bundestag bezeichnen. Dementsprechend ist festzuhalten, daß die GRÜNEN mit ihrem ersten Antrag im Deutschen Bundestag nicht etwa auf eine geänderte Rechtsprechung reagierten, sondern das BSG seinerseits die von den GRÜNEN vertretene Auffassung übernahm.<sup>446</sup>

---

<sup>443</sup> BT-Drs. 11/7754, S. 8.

<sup>444</sup> BT-Drs. 11/7754, S. 9.

<sup>445</sup> So der von *Messerschmidt* und *Wüllner* in deren Gemeinschaftswerk stets angegriffene *Schwinge* in: *Schwinge, Erich, Wehrmichtsgerichtsbarkeit eine Terrorjustiz?*, Bonn 1993, S. 17.

<sup>446</sup> *Proske* titulierte daher auch die am Urteil beteiligte Richterin Renate Jaeger und den Richter Freigott Wulfhorst als „68er Richter“ und ordnet sie dem „linken Flügel“ innerhalb der Richterschaft zu, der es sich zur Aufgabe gemacht habe, im Wege einer Pauschalierung die Wehrmichtsjustiz als Teil des NS-Unrechtssystems zu betrachten, die schon aus diesem Grund keine rechtmäßigen Urteile sprechen können; *Proske, Rüdiger, Vom Marsch durch die Institutionen zum Krieg gegen die Wehrmacht*, Mainz 1997, S. 162 ff. Zum allgemein weniger bekannten Einfluß einzelner (Bundes-)Richter auf juristische, aber auch gesellschaftliche Auffassungen durch ihr von persönlichen Wertvorstellungen geprägtes Weltbild, *Zuck, Rüdiger, Danke, Richter Kirchhof, danke!*, NJW 2000, S. 1087 f.

#### **4.2. Auswirkungen des BSG-Urteils auf die nachfolgenden Anträge der SPD und der GRÜNEN**

In ihrer Argumentation bezüglich der Notwendigkeit einer Rehabilitierung von Wehrmachtsdeserteuren unterscheiden sich die nachfolgenden Anträge der 12.<sup>447</sup> und 13.<sup>448</sup> Wahlperiode der SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom ersten Antrag aus dem Jahr 1990 nicht. Wegen der Übereinstimmung mit dem zwischenzeitlich ergangenen BSG-Urteil war eine Abänderung auch nicht erforderlich. Vielmehr wurde die im Antrag vom 29.08.1990 vorgetragene Auffassung der GRÜNEN, Verurteilungen wegen Fahnenflucht seien grundsätzlich Unrecht gewesen, nunmehr als durch das BSG bestätigte Tatsache präsentiert und als ein Hauptargument für die Notwendigkeit und Richtigkeit einer pauschalen Rehabilitierung herangezogen.<sup>449</sup>

#### **4.3. Auswirkungen des BSG-Urteils auf die Haltung der Regierungskoalition von CDU/CSU und F.D.P.**

Die Regierungskoalition aus CDU/CSU und F.D.P. stand zunächst einer pauschalen Rehabilitierung von Deserteuren der Wehrmacht ablehnend gegenüber und hielt dementsprechend weitergehende als die bis dahin bestehenden gesetzlichen Regelungen nicht für erforderlich.<sup>450</sup> Erst in der 12. Wahlperiode, als SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN erneut und unter Berufung auf das BSG-Urteil beantragten, der Bundestag solle beschließen, daß alle Verurteilungen wegen Fahnenflucht, Wehrkraftzersetzung und Wehrdienstverweigerung von Anfang an Unrecht gewesen seien und ihnen deswegen keine Rechtswirksamkeit zukomme, legte auch die Regierungskoalition eine Beschlußempfehlung zum Thema „Wehrmachtsdeserteure“ vor<sup>451</sup>.

---

<sup>447</sup> Siehe SPD-Antrag vom 24.11.1993, BT-Drs. 12/6220, und Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 09.12.1993, BT-Drs. 12/6418.

<sup>448</sup> Siehe Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 30.01.1995, BT-Drs. 13/353, und Antrag der SPD vom 30.01.1995, BT-Drs. 13/354.

<sup>449</sup> Siehe Begründung des Antrags der Gruppe BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 09.12.1993, BT-Drs. 12/6418, S. 4; Begründung des Antrags von Abgeordneten der SPD vom 24.11.1993, BT-Drs. 12/6220, S. 3.

<sup>450</sup> BT-Drs. 10/6287, S. 39

<sup>451</sup> BT-Drs. 12/8139.

Sie schlug vor, den Antrag der SPD<sup>452</sup> mit folgenden Änderungen anzunehmen:

- Der Deutsche Bundestag solle feststellen, daß Militärgerichte – durch den NS-Staat als Terrorinstrumente mißbraucht - Unrechtsurteile gefällt haben. Diesen Unrechtsurteilen komme keine Rechtswirkung zu.
- Den Opfern dieser Unrechtsurteile bezeuge der Deutsche Bundestag Achtung und Mitgefühl.
- Die Bundesregierung und die zuständigen Behörden werden aufgefordert, sicherzustellen, daß bei der Anwendung der einschlägigen Wiedergutmachungsvorschriften auf diesen Personenkreis eine dem Einzelfall gerecht werdende Entscheidung getroffen werden kann.<sup>453</sup>

In der Begründung der Beschlußempfehlung wird das Urteil des BSG von 1991 nicht erwähnt. Dennoch zeigt sich dessen Einfluß. Während die Regierungskoalition 1986 noch verlautbaren ließ, Verurteilungen wegen Kriegsdienstverweigerung, Fahnenflucht und Wehrkraftzersetzung hätten grundsätzlich nicht gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen<sup>454</sup>, vertrat sie nun die Auffassung, daß es sich bei den Verurteilungen „nicht um Urteile unabhängiger Richter, sondern um Akte eines Terrorsystems“ gehandelt habe. Dies sei aber nicht das entscheidende Kriterium. Auch wenn sehr viele Urteile der Militärgerichte rechtsstaatswidrig gewesen seien, habe es andererseits auch Urteile gegeben, denen tatsächlich begangene und strafwürdige Straftaten zugrunde gelegen hätten. Daher sei eine differenzierte Betrachtungsweise erforderlich.<sup>455</sup> Der Regierungskoalition kam es darauf an, herauszustellen, daß die Wehrmachtgerichtsbarkeit ihrer Auffassung nach von den Nationalsozialisten als Terrorinstrument mißbraucht wurde. Durch eine solche Auslegung sollte der Makel des Unrechts von der Militärgerichtsbarkeit genommen werden, da man die rechtsstaatlich vertretbaren Urteile weiterhin der Militärjustiz zurechnen konnte, die Unrechtsurteile aber dem NS-Staat, der sich dazu der Wehrmachtgerichte bediente.

---

<sup>452</sup> BT-Drs. 12/ 6220.

<sup>453</sup> BT-Drs. 12/8139, S. 3.

<sup>454</sup> BT-Drs. 10/6287, S. 39.

<sup>455</sup> BT-Drs. 12/8139, S. 5.

Die Beschlußempfehlung der Regierungskoalition stellte daher keine bloße Abänderung, sondern eine grundlegende Veränderung des Antrags der SPD dar. Während der SPD-Antrag den Kreis der zu Unrecht Verurteilten mit Fahnenflüchtigen, Wehrkraftzersetzen und Kriegsdienstverweigerern präzise benannte, traf die Beschlußempfehlung die allgemeine Feststellung, daß es in der Militärjustiz Unrechtsurteile gegeben habe.

Welche Urteile Unrecht gewesen sein sollen, sagte die Beschlußempfehlung nicht, so daß es dazu weiterhin einer Prüfung des Einzelfalls bedurfte. Die Intention des Antrags der SPD, gerade der genannten Gruppe von Verurteilten Klarheit zu verschaffen, wurde durch die Beschlußempfehlung unterlaufen, weshalb mit einer Zustimmung der SPD-Fraktion im Deutschen Bundestag auch nicht zu rechnen war.<sup>456</sup> Erstmals war aber unter dem Eindruck des BSG-Urteils auch in die Haltung der Regierungskoalition Bewegung gekommen.

#### **4.3.1. Eigener Antrag der F.D.P.**

Die Auswirkungen des BSG-Urteils zeigen sich auch in einem Änderungsantrag von Abgeordneten der F.D.P. zur Rehabilitierungsproblematik.<sup>457</sup> Obwohl die Regierungskoalition aus CDU/CSU und F.D.P. eine Beschlußempfehlung vorgelegt hatte, stellte eine Gruppe von Abgeordneten der F.D.P. einen eigenen Antrag, die Empfehlung dahingehend abzuändern, daß durch den Deutschen Bundestag festgestellt würde, daß die Gerichte der Militärjustiz im NS-Staat Terrorinstrumente der nationalsozialistischen Willkürherrschaft gewesen seien, was insbesondere für Todesurteile wegen Fahnenflucht, Wehrkraftzersetzung und Wehrdienstverweigerung gelte.<sup>458</sup> Dieser Antrag, der vor allem in seiner Hervorhebung der Todesurteile dem Leitsatz des BSG-Urteils vom 11.09.1991 folgte, verhinderte eine geschlossene Haltung der Regierungskoalition in der Debatte vom 21.09.1994 im Deutschen Bundestag bezüglich der Beschlußempfehlung.

---

<sup>456</sup> In den Beratungen des Rechtsausschusses hatte sich die SPD-Fraktion deshalb bereits entschieden gegen die von der Koalitionsfraktion vorgelegte Beschlußempfehlung ausgesprochen, vgl. BT-Drs. 12/8139, S. 5.

<sup>457</sup> Änderungsantrag vom 21.09.1994, BT-Drs. 12/8513.

<sup>458</sup> BT-Drs. 12/8513.

Die Unterschiede innerhalb des Regierungslagers wurden besonders deutlich, als der Abgeordnete *Burkhard Hirsch* (F.D.P.) den Abgeordneten *Klaus-Heiner Lehne* (CDU/CSU) im Wege der Zwischenfrage aufforderte, die Entscheidung des Bundessozialgerichts in dem Sinne zur Kenntnis zu nehmen, daß Militärgerichtsurteile „alles Unrechtsurteile“ waren.<sup>459</sup> Ausdrücklich fragte der Abgeordnete Hirsch, ob nicht der Entscheidung „dieses obersten Bundesgerichtes“ zu folgen sei.

Dadurch wird belegt, daß die Entscheidung des BSG von 1991 endgültig zu unterschiedlichen Auffassungen innerhalb der CDU/CSU/F.D.P.-Koalition geführt hatte, die die Suche nach einem Kompromiß auch innerhalb der damaligen Regierungsparteien notwendig machten. Um eine uneinheitliche Abstimmung der Regierungskoalition zu vermeiden, wurde auf Antrag der CDU/CSU eine Rücküberweisung der Vorlagen an den Rechtsausschuß beschlossen.<sup>460</sup>

#### **4.4. Das BSG-Urteil als „Durchbruch“ in der allgemeinen politischen Diskussion um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure**

Die Übereinstimmung der Anträge der SPD- und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN mit dem BSG-Urteil hatte somit einen erheblichen Einfluß auf die allgemeine politische Diskussion um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure im Deutschen Bundestag sowie auch in der gesamten Öffentlichkeit zur Folge. Konnte vorher denjenigen, die eine pauschale Rehabilitierung forderten, entgegengehalten werden, daß Fahnenfluchtverurteilungen bis zur Feststellung des Gegenteils nach der Rechtsprechung grundsätzlich als rechtmäßig galten<sup>461</sup>, so entfiel dieses Argument nun und wandte sich ins Gegenteil. Damit trat nicht nur im juristischen Sinn eine Beweislastumkehr bezüglich des Nachweises eines „offensichtlichen Unrechts“ ein, sondern es führte auch in der politischen Auseinandersetzung um die Rehabilitierung zu einer Art „Argumentationslastumkehr“.

---

<sup>459</sup> Deutscher Bundestag, 12. WP, Plenarprotokoll der 243. Sitzung, S. 21680 A ff. (21681 f.).

<sup>460</sup> Deutscher Bundestag, 12. WP, Plenarprotokoll der 243. Sitzung, S. 21680 A ff.

<sup>461</sup> Siehe BT-Drs. 10/6287, S. 41. Dort heißt es: „Die Strafverbüßung aufgrund eines Militärgerichtsurteils ist nicht generell eine rechtsstaatliche Grundsätze verletzende Freiheitsentziehung. Dies gilt auch für Verurteilungen wegen Kriegsdienstverweigerung, Fahnenflucht und Wehrkraftzersetzung.“

Durch die Entscheidung des BSG befanden sich diejenigen, die militärgerichtliche Urteile weiterhin für grundsätzlich rechtmäßig hielten und eine pauschale Rehabilitierung von Deserteuren ablehnten, in der Situation, daß nunmehr ihnen höchstrichterliche Rechtsprechung entgegenstand. Es ist unbestreitbar, daß vor allem die Bundesgerichte, zu denen das Bundessozialgericht gehört, als oberste Gerichtshöfe der Bundesrepublik Deutschland<sup>462</sup> großes Ansehen genießen und ihre Urteile in der Öffentlichkeit als richtungweisend akzeptiert werden.

Dementsprechend hatte die Entscheidung des BSG von 1991 mit seinen Ausführungen zur Wehrmachtsjustiz als „Terrorjustiz“ einen erheblichen Einfluß auf die politische Auseinandersetzung um die Rehabilitierung von Wehrmachtsdeserteuren und damit auf das gesamte Gesetzgebungsverfahren, welches letztlich zur Verabschiedung des NS-AufhG führte. Die Befürworter einer pauschalen Rehabilitierung bezeichneten das Urteil des BSG daher auch als „Durchbruch“.<sup>463</sup>

## 5. Die Beschlüsse des Bundesrates

Neben dem Bundestag befaßte sich auch der Bundesrat mit der Problematik der Wehrmachtsdeserteure. Die SPD nutzte die im Bundesrat zu ihren Gunsten bestehenden Mehrheitsverhältnisse, um die von ihr vertretene Auffassung mit größeren Erfolgsaussichten als im Bundestag zu vertreten.<sup>464</sup> Am 18.10.1996 verabschiedete der Bundesrat eine EntschlieÙung zur „Rehabilitierung, Entschädigung und Versorgung für Deserteure, Kriegsdienstverweigerer und Wehrkraftzersetzer unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft“, in welcher der Bundesrat feststellte, daß die Verurteilungen wegen der genannten Tatbestände nicht Urteile unabhängiger Richter, sondern Akte eines Terrorsystems gewesen seien.

---

<sup>462</sup> Art. 95 Abs. 1 GG.

<sup>463</sup> Siehe Wette, Wolfram, in: Wette, Wolfram, Deserteure der Wehrmacht, S. 18. Im Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 09.12.1993 heißt es, daß Bundessozialgericht habe „das Tabu gebrochen“, BT-Drs. 12/6418, S. 4. Gritschneider nennt das Urteil „eine Sternstunde der deutschen Rechtsgeschichte“, Gritschneider, Otto, Das Grundsatzurteil des Bundessozialgerichts über Todesurteile der NS-Kriegsgerichte, SGB 1993, S. 605.

<sup>464</sup> Die im Bundesrat vertretenen Länder waren zu diesem Zeitpunkt mehrheitlich SPD geführt.

Die deswegen Verurteilten seien zu rehabilitieren und zu entschädigen<sup>465</sup> Am 19.12.1996 folgte ein entsprechender Gesetzentwurf.<sup>466</sup> Dieser sah u.a. eine ausdrückliche Aufhebung aller Verurteilungen wegen Fahnenflucht und unerlaubter Entfernung vor. § 2 des Gesetzentwurfs, der die Aufhebung der Verurteilungen regelte, war mit dem Begriff „Rehabilitierung“ überschrieben. Nach Maßgabe des Gesetzes sollten die Rehabilitierten oder deren hinterbliebenen Ehegatten auf Antrag eine Kapitalentschädigung in Höhe von DM 7.500 erhalten. Der Gesetzentwurf des Bundesrates floß dann in die bereits laufenden und weiter andauernden Beratungen über die Rehabilitierungs- und Entschädigungsfrage des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages ein.<sup>467</sup>

## **6. Der Fortgang der parlamentarischen Auseinandersetzung in der 13. Wahlperiode**

Nachdem die Anträge der SPD und BÜNDNIS 90/DIE Grünen in der 12. Wahlperiode wegen der Regierungsmehrheit keine Aussicht auf Erfolg hatten und die Verabschiedung der Beschlußempfehlung der Regierungskoalition wegen des eigenen FDP-Antrages scheiterte, brachten die SPD-Fraktion und die Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN in der 13. Wahlperiode ihre Anträge erneut in den Bundestag ein.<sup>468</sup> Sowohl in ihrer Forderung nach einer Nichtigkeitsklärung der Verurteilungen wegen Fahnenflucht, Kriegsdienstverweigerung und Wehrkraftzersetzung und der Anerkennung der Verurteilten als Verfolgte im Sinne des Bundesentschädigungsgesetzes, als auch in der Begründung unterschieden sich die Anträge der 13. Wahlperiode von denen der 12. nicht wesentlich.<sup>469</sup> Die Anträge wurden im Deutschen Bundestag in der 27. Sitzung vom 16.03.1995 in erster Lesung behandelt und zur federführenden Beratung an den Rechtsausschuß überwiesen.<sup>470</sup>

---

<sup>465</sup> BR-Drs. 153/96.

<sup>466</sup> BR-Drs. 887/96.

<sup>467</sup> Siehe auch die Stellungnahme der Bundesregierung zum Gesetzentwurf des Bundesrates, BT-Drs. 13/6900, S. 9.

<sup>468</sup> Antrag BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 30.01.1995, BT-Drs. 13/353 und Antrag der SPD vom 30.01.1995, BT-Drs. 13/354.

<sup>469</sup> Auf eine erneute Darstellung der Anträge wird daher verzichtet und auf die obigen Ausführungen zu den Anträgen der 12. Wahlperiode Bezug genommen.

<sup>470</sup> Siehe Bericht des Rechtsausschusses vom 09.05.1996, BT-Drs. 13/4586, S.3.

Dieser befaßte sich in mehrfachen Beratungen intensiv mit der Problematik, um zu einem parteiübergreifenden Kompromiß zu gelangen.<sup>471</sup> Ein solcher war mittlerweile notwendig geworden, da auch innerhalb der Regierungskoalition, wie gerade am Beispiel der F.D.P. dargestellt, eine strikte Ablehnung der Anträge nicht mehr mitgetragen wurde.

### **6.1. Die Anhörung im Rechtsausschuß vom 29.11.1995 als Beispiel für den „ideologischen Glaubenskrieg“**

Von den Sitzungen des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages zum Thema Wehrmachtsdeserteure ist die 31. Sitzung vom 29.11.1995 besonders hervorzuheben. Während dieser Sitzung fand eine öffentliche Anhörung statt, zu der insgesamt zehn Sachverständige und Anhörpersonen geladen waren.<sup>472</sup> Dabei wurden die großen Auffassungsunterschiede zwischen den Vertretern, die eine pauschale Aufhebung von militärgerichtlichen Verurteilungen und Rehabilitierung der Deserteuren forderten<sup>473</sup> und denen, die weiterhin eine Einzelfallbetrachtung bevorzugten<sup>474</sup>, deutlich. Der im Zusammenhang mit den lokalen Initiativen von *Wette* erwähnte „ideologische Glaubenskrieg“ trat bei der öffentlichen Anhörung deutlich zu Tage.

Die Sachverständigen, die den meisten Deserteuren einen Widerstandswillen gegen das NS-Regime absprachen und die Militärjustiz als weitestgehend rechtsstättlich verteidigten, wurden scharf angegriffen. So drückte *Ludwig Baumann* von der Bundesvereinigung Opfer der NS-Militärjustiz e.V. Bremen zunächst die „Empörung und Verzweiflung“ der NS-Verfolgtenverbände über die von der CDU/CSU eingeladenen Sachverständigen und Anhörpersonen aus. Forschungen nach den Motiven für Fahnenflucht, die zu dem Schluß kämen, daß nur wenige Deserteure aus politischen Beweggründen desertiert seien, wären „zutiefst beleidigend“.

---

<sup>471</sup> Der Rechtsausschuß beriet über die Vorlagen in der 12., 16., 20., 21., 23., 24., 26., 31., 40., 42., 43., 44. und 45. Sitzung (Siehe Bericht des Vorsitzenden des Rechtsausschusses, BT-Drs. 13/4586).

<sup>472</sup> Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses vom 29.11.1995, S. 1-81.

<sup>473</sup> Ludwig Baumann, Dr. Heinz Düx, Dr. Otto Gritschneider, Prof. Dr. Manfred Messerschmidt, Dr. Traugott Wulfhorst.

Diese Forschungen seien „auch faschistisch“.<sup>475</sup> Rechtsanwalt *Otto Gritschneider* drückte seine „äußerste“ Verachtung für die Kriegsrichter aus, die „Verweigerer zum Tod verurteilten“. Er unterstellte ihnen „Wichtigtuerei“ oder die Angst, selber an die Front zu kommen, und bezeichnete sie als „terroristische Gehilfen“, denen er die Berechtigung auf Pensionen und Gehälter absprach.<sup>476</sup> Letztlich seien sie „überhaupt keine Richter“ gewesen und ihre Urteile „keine Urteile“. Es bedürfe daher keiner langen Worte, „um solche Urteile nicht nur aufzuheben, sondern für null und nichtig zu erklären“. Den nachfolgenden Rednern, die sich gegen eine Pauschalrehabilitierung von Deserteuren äußern sollten, machte er am Schluß seiner Ausführungen deutlich, daß er sie für überflüssig hielt, indem er mit dem Satz endete: „Es gibt keine Argumente gegen meine Auffassung.“<sup>477</sup> Es bedurfte mehrfacher nachdrücklicher Mahnungen des Ausschußvorsitzenden<sup>478</sup> zu Geduld und Selbstdisziplin sowie zur Achtung des Rederechts, damit Landgerichtspräsident a.D. *Otfried Keller*, bis 1944 mehrere Jahre Divisionsrichter und somit zu der von *Gritschneider* direkt angegriffenen Personengruppe gehörend, seine Darstellungen von Zusammensetzung und Verfahrenspraxis der Kriegsgerichte zu Ende führen konnte. *Keller* trug lediglich nahezu wörtlich die Bestimmungen des Kriegsstraf- und Kriegsstrafverfahrensrechts vor, um diese den Zuhörern bewußt zu machen. Ihm wurde aber durch Zwischenrufe vorgeworfen, zu lügen und sein Rede-recht zu mißbrauchen.<sup>479</sup>

*Baumann*, *Gritschneider*, *Düx*, *Messerschmidt* und *Wulforth* forderten eine pauschale Rehabilitierung, da die Militärjustiz spätestens ab Kriegsbeginn rechtswidrig bzw. „Terrorinstrument“ des NS-Regimes gewesen sei. Durch Fahnenflucht hätten sich die Deserteure einem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg widersetzt. Deshalb sei ihr Handeln rechtmäßig gewesen.<sup>480</sup>

---

<sup>474</sup> Dies waren Prof. Dr. Franz W. Seidler, Generalmajor a.D. Jürgen Schreiber, Landgerichts-präsident a.D. Otfried Keller, Prof. Dr. Horst Möller, Prof. Dr. Alfred –M. de Zayas.

<sup>475</sup> Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 1 f.

<sup>476</sup> Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 8.

<sup>477</sup> Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 9f.

<sup>478</sup> Vorsitzender des Rechtsausschusses Horst Eylmann, MdB, CDU/CSU-Fraktion.

<sup>479</sup> Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 13.

<sup>480</sup> Dr. Düx, Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 6, der ausdrücklich auf das BSG-Urteil vom 11.09.1991 verweist.

*Keller, Seidler, Schreiber, Möller* und *de Zayas* lehnten eine Bezeichnung der Wehrmachtsjustiz als „Terrorjustiz“ ab. Sie betonten, daß es rechtswidrige Verurteilungen gegeben habe, die sich insbesondere in den letzten Kriegsjahren und vor allem –monaten gehäuft hätten, wobei aber die ab Februar 1945 gebildeten Standgerichte bereits formal nichts mit einer ordentlichen Militärgerichtsbarkeit zu tun gehabt hätten.<sup>481</sup> Die Urteile dieser Gerichte und rechtswidrige Urteile der Wehrmachtsgerichte seien aufzuheben und die Verurteilten zu rehabilitieren. Insgesamt müsse es in Bezug auf die Deserteure aber bei einer Einzelfallbetrachtung bleiben.<sup>482</sup>

### **6.1.1. Die grundlegend verschiedenen Ansatzpunkte der unterschiedlichen Auffassungen zur Problematik der Wehrmachtsdeserteure**

Eine Annäherung der unterschiedlichen Positionen fand in der geschilderten öffentlichen Anhörung nicht statt. Jedoch kristallisierten sich durch die Redebeiträge der Sachverständigen und Zeitzeugen die grundlegenden Auffassungsunterschiede heraus, die auch eine Einigung zwischen den politischen Parteien zu diesem Zeitpunkt verhinderten. Die Anhörung kann daher beispielhaft für die ganze Auseinandersetzung um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure herangezogen werden. Hauptunterschied war der grundsätzlich andere Ansatzpunkt der beiden Lager. Für die Befürworter einer pauschalen Rehabilitierung waren bereits die „äußeren Umstände“ (Wehrmacht und Wehrmachtsgerichtsbarkeit als Teilnehmer am verbrecherischen Angriffskrieg des NS-Unrechtsstaats) maßgebend. Die Betrachtung des Einzelfalls war nach dieser Auffassung ausgeschlossen, da der Fahnenflüchtige als Nichtteilnehmer an dem Angriffskrieg, unabhängig von seiner Motivation, immer rechtmäßig handelte. Auf die Ausgestaltung der Wehrmachtsjustiz kam es danach gar nicht mehr an. Wer dieser Argumentation nicht folgte, sondern sogar noch nach den Motiven des Deserteurs fragte, rechtfertigte dementsprechend den Angriffskrieg der „nationalsozialistischen Wehrmacht“.

---

<sup>481</sup> Prof. Dr. Möller, Protokoll der 31. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 57.

<sup>482</sup> Siehe dazu die Zusammenfassung der Anhörung in wib 22/95 – I/71, S. 5.

Die Vertreter der Einzelfallbetrachtung gingen nach dem *ius in bello* von der grundsätzlichen Rechtswidrigkeit der Fahnenflucht auch in einem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg aus. Ihrer Meinung nach war Fahnenflucht daher nur im Einzelfall und gegebenenfalls unter Berücksichtigung von tatsächlich vorhandenen Widerstandsmotiven gerechtfertigt. Eine Verständigungsmöglichkeit schien deshalb nicht gegeben, weil man das Verhalten der fahnenflüchtigen Soldaten bereits unterschiedlich bewertete.

## 6.2. Die Entschließung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997

Trotz der geschilderten konträren Ansatzpunkte gingen die Bemühungen in den Sitzungen des Rechtsausschusses um einen überparteilichen Kompromiß weiter.<sup>483</sup> Mittlerweile wurde auch von Seiten der Bundesregierung eine Einigung in der Problematik des Umgangs mit den Wehrmachtsdeserteuren als eine zentrale Frage gesehen, die von den seit jahrzehnten staatstragenden Parteien CDU/CSU, SPD und F.D.P. zu lösen sei.<sup>484</sup> Am 15.05.1997 verabschiedete schließlich der Deutsche Bundestag eine Entschließung auf Grundlage einer Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses<sup>485</sup>, in welcher folgendes festgehalten wurde:

1. *Der Zweite Weltkrieg war ein Angriffs- und Vernichtungskrieg, ein vom nationalsozialistischen Deutschland verschuldetes Verbrechen.*
2. *Im Verlaufe des Zweiten Weltkrieges wurden zehntausende deutscher Soldaten und Zivilpersonen Opfer von Verurteilungen wegen der Tatbestände „Kriegsdienstverweigerung“, „Desertion/Fahnenflucht“ und „Wehrkraftzersetzung“. Tausende wurden hingerichtet.*

---

<sup>483</sup> Siehe Bericht des Vorsitzenden des Rechtsausschusses vom 09.05.1996, BT-Drs. 13/4586, S. 3.

<sup>484</sup> Vgl. die Äußerung des Bundesjustizministers Schmidt-Jortzig, Deutscher Bundestag, 13. WP, 175. Sitzung, S. 15824 (D).

<sup>485</sup> BT-Drs. 13/7669 (neu).

*3. Der Deutsche Bundestag bezeugt den Opfern und ihren Familien Achtung und Mitgefühl. Er stellt fest, daß die von der Wehrmachtsjustiz während des Zweiten Weltkrieges wegen dieser Tatbestände verhängten Urteile unter Anlegung rechtsstaatlicher Wertmaßstäbe Unrecht waren. Anderes gilt, wenn bei Anlegung dieser Maßstäbe die der Verurteilung zugrundeliegende Handlung auch heute Unrecht wäre. Mehr als 50 Jahre nach dem Zweiten Weltkrieg jedoch Untersuchungen über jede einzelne Desertion anzustellen, ist unmöglich.*

Desweiteren wurde in der EntschlieÙung unter 4. festgestellt, daß eine Rehabilitierung von Deserteuren und Entschädigung der Hinterbliebenen keine Abwertung der deutschen Soldaten des Zweiten Weltkrieges bedeute. Negative Auswirkungen einer Rehabilitierung von Deserteuren auf die Soldaten der Bundeswehr seien ausgeschlossen, da diese die Armee eines demokratischen Rechtsstaates sei. Ein Angriffskrieg sei ihr grundgesetzlich verboten. Die Soldaten dürften auch keine verbrecherischen Befehle durchführen. Das Grundgesetz gewähre im Gegensatz zum damals geltenden Recht auch das Recht auf Kriegsdienstverweigerung. Schließlich wurde unter 5. die Bundesregierung aufgefordert, den Opfern der Wehrmachtsjustiz bzw. ihren Angehörigen eine einmalige Leistung von DM 7.500 zu gewähren.<sup>486</sup>

### **6.2.1. Die Bedeutung der EntschlieÙung für die Rehabilitierung von Deserteuren**

EntschlieÙungsanträge im Deutschen Bundestag im Zusammenhang mit Gesetzesentwürfen bezeichnet man als sog. „unselbständige Vorlagen“.<sup>487</sup> Sie enthalten zumeist ein Ersuchen an die Bundesregierung, hier Gewährung von DM 7.500 an die Opfer der Wehrmachtsjustiz bzw. ihrer Angehörigen, oder geben die mehrheitliche Auffassung des Bundestages zu einem bestimmten Gegenstand, hier Deserteursproblematik, wieder. Eine rechtliche Bindung der Bundesregierung wird durch eine EntschlieÙung nicht herbeigeführt.<sup>488</sup>

---

<sup>486</sup> BT-Drs. 13/7669 (neu), S. 3 f.

<sup>487</sup> Siehe § 75 Abs.2 c Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages.

<sup>488</sup> Troßmann/Roll, Parlamentsrecht des Dt. Bundestages, Ergänzungsband, Kommentar zur Geschäftsordnung des Dt. Bundestages, München 1981, § 88 RN 2.

Eine rechtlich bindende Aussage konnte daher auch die Entschließung des Dt. Bundestages vom 15.05.1997 nicht treffen. Sie drückt vielmehr die oben angesprochene Bereitschaft zur Kompromißfindung in bezug auf ein noch zu verabschiedendes Gesetz aus. Jedoch ist die Entschließung inhaltlich nicht so eindeutig, wie sie zunächst erscheint. Auch wenn festgestellt wird, daß Fahnenfluchturteile „unter Anlegung rechtsstaatlicher Wertmaßstäbe Unrecht waren“ und von „Rehabilitierung von Deserteuren“ die Rede ist, ist darunter nicht grundsätzlich eine pauschale Rehabilitierung aller Deserteure zu verstehen. Entscheidend ist unter Punkt 3. der Entschließung der Satz, daß „Anderes gilt, wenn bei Anlegung dieser Maßstäbe die der Verurteilung zugrundeliegende Handlung auch heute Unrecht wäre“. Dieser Satz relativiert die vorher getroffenen Aussagen über die Fahnenfluchturteile, indem er die Möglichkeit zur unterschiedlichen Interpretation darüber eröffnet, wann eine Verurteilung wegen Desertion „auch heute Unrecht wäre“. Seitens der CDU/CSU-Fraktion verstand man darunter u.a. Verurteilungen, denen ein Verbrechen vorausgegangen war. Aber auch Fahnenflucht, die zu Schädigungen Dritter führte, z.B. weil das Leben von auf dem Rückzug befindlichen Flüchtlingen gefährdet wurde, sollten nicht rehabilitierungswürdig sein. Sofern sich dies aus der Aktenlage ergebe, bleibe eine Verurteilung auch heute rechtmäßig. Es könne daher nicht pauschal gesagt werden, die Deserteure seien insgesamt rehabilitiert. Daher müsse auch bei der Gewährung von Entschädigung das Urteil vorgelegt und vorhandene Akten beigezogen werden.<sup>489</sup>

Die SPD vermied es in der Bundestagsdebatte anlässlich der Verabschiedung der Entschließung, diese zu interpretieren, um den gefundenen Kompromiß nicht in Frage zu stellen. Sie machte aber deutlich, daß es nach ihrer Auffassung Sinn der Erklärung sei, deutlich zu machen, daß es 50 Jahre nach Kriegsende keine Einzelfallprüfung mehr gebe.<sup>490</sup> BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN lehnten die im Rechtsausschuß erarbeitete Entschließung wegen des „Anderes gilt“-Satzes ab und forderten dessen Streichung. Durch diesen werde die Rehabilitierung eingeschränkt. Jeder Deserteur habe sich einem verbrecherischen Angriffskrieg entzogen und daher rechtmäßig gehandelt.

---

<sup>489</sup> Norbert Geis (CDU/CSU), Deutscher Bundestag, 13. WP, 175. Sitzung, S. 15819.

<sup>490</sup> Dr. Herta Däubler-Gmelin, Deutscher Bundestag, 13. WP, 175. Sitzung, S. 15819.

Die Verurteilten müßten vorbehaltlos rehabilitiert werden.<sup>491</sup> Auch die „Bundesvereinigung Opfer der NS-Militärjustiz“ war mit dem Inhalt der Entschlie-ßung nicht einverstanden, da die Interpretation der Regierungskoalition in der Entschädigungspraxis eine Einzelfallprüfung, die im Beschluß 50 Jahre nach Kriegsende für „unmöglich“ erklärt worden sei, dennoch vorsehe. Durch die Entschlie-ßung würden die Deserteure nicht rehabilitiert, sondern erneut gedemütigt.<sup>492</sup>

Letztlich gab aber der Wortlaut der Entschlie-ßung der Mehrheit des Parla-ments trotz unterschiedlicher Ansatzpunkte die Möglichkeit, die jeweils ge-wünschte Auslegung herauszulesen. So trugen die Formulierungen den Kom-promißcharakter zum Teil „offen auf der Stirn“.<sup>493</sup> Die SPD ging trotz des „Anderes gilt“-Satzes von der Abschaffung der Einzelfallbetrachtung, die CDU/CSU hingegen von deren weitgehender Beibehaltung aus, obwohl in der Entschlie-ßung die Unmöglichkeit der Untersuchung jeder einzelnen Desertion festgestellt wurde.<sup>494</sup>

### 6.3. Die Verabschiedung des NS-AufhG

Da die Entschlie-ßung des Bundestages vom 15.05.1997 lediglich den Charak-ter einer Absichtserklärung hatte, der keine rechtlich bindende Wirkung zu-kam, und die Forderung von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nach einer vorbe-haltlosen Rehabilitierung unerfüllt blieb, verstummte die Diskussion um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure nicht. Darüber hinaus entbrannte ein Streit über die Umsetzung der Entschlie-ßung, in der beschlossen worden war, den Opfern der Wehrmachtsjustiz bzw. ihren Angehörigen eine einmalige, nicht anrechenbare Leistung von DM 7.500 zu gewähren.

---

<sup>491</sup> Volker Beck, Deutscher Bundestag, 13. WP, 175. Sitzung, S. 15822 f.

<sup>492</sup> Ludwig Baumann, Vorsitzender der Bundesvereinigung Opfer der NS-Militärjustiz, Das Sonntagsblatt, 13.06.1997, s. Anlage.

<sup>493</sup> Dr. Herta Däubler-Gmelin, Deutscher Bundestag, 13. WP, 175. Sitzung, S. 15821.

<sup>494</sup> Einige Abgeordnete der CDU/CSU lehnten die Entschlie-ßung ab, oder stimmten ihr nur un-ter großen Bedenken zu, da ihnen die darin getroffenen Feststellungen bezüglich der Wehrmachtsdeserteure zu weit gingen. Entsprechende Erklärungen wurden als Anlage zu Protokoll gegeben. Siehe Deutscher Bundestag, 13. WP, 175. Sitzung, Anlagen 3, 4, 5, 6, 7, S. 15832 ff.

Dabei trat erneut offen zu Tage, daß die an der Kompromißformulierung beteiligten Fraktionen diese gänzlich unterschiedlich auslegten. Während die SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN davon ausgingen, daß oben benannter Opfergruppe bzw. deren Angehörigen ohne weitere Prüfung die Entschädigungsleistung zufließen würde, stellte das für die Umsetzung der Entschließung in dieser Frage zuständige Finanzministerium Bedingungen für den Zuspruch der Leistung auf bzw. schloß bestimmte Personengruppen aus. So sollten beispielsweise ehemalige Kommunisten von der Entschädigungsleistung ausgenommen werden.<sup>495</sup>

Der Streit über die Umsetzung der Entschließung war zusätzlicher Anlaß für die Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN die Forderung nach einer abschließenden gesetzlichen Regelung abermals zu verstärken. Darüber hinaus war das Jahr 1998 ein Bundestagswahljahr<sup>496</sup>, in welchem deshalb jeder politischen Auseinandersetzung eine besondere Beachtung durch die Öffentlichkeit zukam. Abermals brachten sie Gesetzesanträge in den Bundestag ein, in denen die Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile gefordert wurde.<sup>497</sup> Die Anträge beinhalteten u.a. ausdrücklich die Aufhebung von Urteilen des Reichskriegsgerichts und der übrigen Militärgerichte wegen Fahnenflucht, Wehrkraftzersetzung und Kriegsdienstverweigerung. Der Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN enthielt zusätzlich die Anerkennung der Betroffenen als Verfolgte im Sinne des Bundesentschädigungsgesetzes.<sup>498</sup> Nachdem der damalige Justizminister *Edzard Schmidt-Jortzig* (F.D.P.) zunächst auf der Grundlage der Entschließung vom 15.05.1997 an einem Gesetzentwurf der Regierungskoalition gearbeitet hatte, zog sich diese wieder auf den Standpunkt zurück, daß gesetzliche Neuregelungen nicht notwendig seien. Von Seiten der CDU/CSU wurde wieder auf die bestehenden Aufhebungsgesetze der Nachkriegszeit verwiesen.

---

<sup>495</sup> Siehe zum Streit über die Umsetzung der Entschließung die Berichterstattung Frankfurter Rundschau v. 29.10.1997, Süddeutsche Zeitung v. 11.12.1997, Berliner Zeitung v. 12.12.1997, s. Anlagen.

<sup>496</sup> Bundestagswahl am 27.09.1998.

<sup>497</sup> Antrag von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN vom 03.02. 1998, BT-Drs. 13/9747; Antrag der SPD vom 04.02.1998, BT-Drs. 13/9774.

<sup>498</sup> Siehe § 9 des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 13/9747, S. 4.

In den Bundesländern, in denen solche Gesetze fehlten<sup>499</sup>, seien deren Ländergesetzgeber aufgefordert, diese Lücken zu schließen.<sup>500</sup> In der Öffentlichkeit entstand dadurch der Eindruck, daß die Regierungskoalition sich auf Druck der CDU/CSU-Fraktion einer Aufhebung von Unrechtsurteilen während der Zeit des Nationalsozialismus verweigern wollte. So warf BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN der CDU/CSU auch vor, aus wahltaktischen Gründen auf „den rechten Rand der Union“ Rücksicht zu nehmen. Diese wiederum bezeichnete die Forderung von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nach pauschaler Aufhebung nationalsozialistischer Gerichtsurteile als „durchsichtiges Wahlkampfgetöse“.<sup>501</sup> Jedoch wie bereits in den Jahren zuvor, bestand innerhalb der Regierungskoalition über die Behandlung des Themas keine Einigkeit. Neben dem F.D.P. geführten Justizministerium befürworteten aber auch Teile der CDU/CSU ein bundeseinheitliches Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile.<sup>502</sup> BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN kündigten an, wenn es in der laufenden Legislaturperiode zu keiner gesetzlichen Regelung mehr käme, bliebe dies eben nach der Bundestagswahl vom 27.09.1998 dem neuen Bundestag vorbehalten.<sup>503</sup>

In Anbetracht der zur Diskussion stehenden Anträge der Opposition, der nicht geschlossenen Haltung innerhalb der Regierungskoalition, der Berichterstattung in der Presse<sup>504</sup> und der anstehenden Bundestagswahlen, durch welche sich die Mehrheiten im Bundestag zuungunsten der Regierungskoalition zu verändern drohten<sup>505</sup>, legten die Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. am 03.03.1998 trotz der vorherigen Absage an eine gesetzliche Regelung doch noch einen eigenen Gesetzesentwurf vor.<sup>506</sup>

---

<sup>499</sup> Gemeint waren damit die sogenannten neuen Bundesländer auf dem Gebiet der ehemaligen DDR.

<sup>500</sup> Norbert Geis, CDU/CSU-Fraktion – Pressedienst -, Deutscher Bundestag, 22.01.1998 u. 03.02.1998, s. Anlage.

<sup>501</sup> Siehe Frankfurter Allgemeine v. 24.01.1998; Norbert Geis, CDU/CSU – Pressedienst -, Deutscher Bundestag, 22.01.1998, s. Anlage.

<sup>502</sup> Der thüringische Ministerpräsident Bernhard Vogel (CDU) bezeichnete dies z.B. als „gute Idee“; Stuttgarter Zeitung v. 04.02.1998, s. Anlage.

<sup>503</sup> Stuttgarter Zeitung v. 04.02.1998, s. Anlage.

<sup>504</sup> Siehe dazu beispielhaft Neue Osnabrücker Zeitung v. 22.12.1997; Süddeutsche Zeitung v. 05.02.1998, s. Anlage.

<sup>505</sup> Tatsächlich gewannen dann auch SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN am 27.09.1998 die Regierungsmehrheit.

<sup>506</sup> BT-Drs. 13/10013.

Er beinhaltete die Aufhebung von strafgerichtlichen Entscheidungen, die unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit nach dem 30. Januar 1933 zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Regimes aus politischen, rassischen oder weltanschaulichen Gründen ergangen waren. Ausdrücklich aufgehoben werden sollten die Urteile des Volksgerichtshofs, der nach dem 15.02.1945 gebildeten Standgerichte sowie die Todesurteile durch Militärgerichte oder sonstige Gerichte, es sei denn, sie beruhten auf einem Delikt, das bereits vor dem 30. Januar 1933 mit Todesstrafe bewehrt war.<sup>507</sup> In der Begründung wurde darauf verwiesen, daß Verurteilungen wegen der Tatbestände Fahnenflucht, Wehrkraftzersetzung und Kriegsdienstverweigerung unter die Voraussetzung des Gesetzes fallen können, „soweit sie auch im übrigen die Voraussetzung der Aufhebung erfüllen“.<sup>508</sup>

Nach der Verweisung sämtlicher Anträge in den Rechtsausschuß<sup>509</sup> faßte dieser in seiner 122. Sitzung vom 27.05.1998 eine Beschlußempfehlung zu den Gesetzesentwürfen, der einen parteiübergreifenden Kompromiß enthielt. Die Beschlußempfehlung sah die Verabschiedung eines „Gesetzes zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege und von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte“ vor. Es handelt sich dabei um zwei Gesetze mit unterschiedlichem Regelungsbereich, welche in einem Artikelgesetz zusammenfaßt sind. Ursprünglich lagen für die Aufhebung von Sterilisationsentscheidungen eigene Gesetzesanträge vor, die dann in das Artikelgesetz einfließen.<sup>510</sup> Nur Artikel 1 enthält daher das „Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-AufhG)“. Die Paragraphen des Artikel 2 sind mit „Gesetz zur Aufhebung von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte“ überschrieben.

---

<sup>507</sup> Siehe §§ 1, 2 des Gesetzentwurfes, BT-Drs. 13/10013, S. 2.

<sup>508</sup> BT-Drs. 13/10013, S. 7.

<sup>509</sup> Auch der Bundesrat hatte noch einen eigenen Gesetzesantrag in den Bundestag eingebracht, BT-Drs. 13/10484.

<sup>510</sup> BT-Drs. 13/10284, BT-Drs. 13/10708.

Einen Tag nach der Beschlußfassung des Rechtsausschusses nahm der Deutsche Bundestag am 28.05.1998 in der 238. Sitzung der 13. Wahlperiode<sup>511</sup> die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses an und verabschiedete somit das „Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege und von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte“. Es wurde am 25.08.1998 im Bundesgesetzblatt verkündet und trat gem. seinem Artikel 3 einen Tag nach seiner Veröffentlichung in Kraft.<sup>512</sup> Mit diesem Gesetz wurde die Auseinandersetzung um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure beendet.

Die Regelungen des Gesetzes sind Gegenstand der nachfolgenden Kommentierung. Dabei gilt das besondere Augenmerk den Vorschriften des NS-AufhG und dort insbesondere der Frage der Aufhebung von Verurteilungen wegen Fahnenflucht während des Zweiten Weltkriegs.

---

<sup>511</sup> Deutscher Bundestag, 13. WP, 238. Sitzung, S. 21947 (A) ff.  
<sup>512</sup> BGBl. I S. 2501 ff.

## Sechster Teil

### **Kommentar<sup>513</sup> zum Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege und von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte vom 25. August 1998 (BGBl. I S. 2501)**

#### **Vorbemerkung**

Das Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege und von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte beinhaltet zwei Gesetze, die jeweils in einem Artikel unter einer eigenen Gesetzesüberschrift geregelt sind. Artikel 1 enthält das Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-Aufhebungsgesetz, NS-AufhG), Artikel 2 das Gesetz zur Aufhebung von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte. Dabei handelt es sich um Gesetze, die auf eigenständigen Gesetzesentwürfen beruhen (BT-Drs. 13/10013; BT-Drs. 13/10284). Beide Gesetze haben die Aufhebung gerichtlicher Entscheidungen zum Gegenstand, die als typisches NS-Unrecht klassifiziert werden, weswegen sie unter einer gemeinsamen Überschrift in einem Artikelgesetz verabschiedet wurden.

---

<sup>513</sup> Dieser sechste Teil der Arbeit ist in der Form eines juristischen Kommentars abgehalten. Dementsprechend befinden sich die entsprechenden Beleg- und Fundstellen im Text und sind nicht als Fußnote angedruckt. Das vollständige Gesetz (mit der dazugehörigen Anlage zu Artikel 1 § 2 Nr. 3) ist dieser Arbeit als Anlage beigelegt.

## Artikel 1

### **Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile in der Strafrechtspflege (NS-AufhG)**

#### **Einleitung vor § 1**

Die Aufhebung von NS-Unrechtsurteilen wurde nach Ende des Zweiten Weltkriegs in Deutschland in den einzelnen Ländern selbständig geregelt. Innerhalb der ehemaligen amerikanischen (Bayern, Württemberg-Baden, Hessen und Bremen), britischen (Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein) und französischen (Rheinland-Pfalz, Baden, Württemberg-Hohenzollern, Saarland) Besatzungszonen ergingen jeweils eigene Aufhebungsgesetze mit unterschiedlichem Regelungsbereich. In Berlin galt das Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts auf dem Gebiet der Strafrechtspflege vom 05.01.1951 (VOBl. I, S. 31). Für die sowjetische Besatzungszone bestimmte der Befehl Nr. 228 vom 30.07.1946 der sowjetischen Militäradministration in Deutschland (SMAD) „die Nichtigkeit von Urteilen in politischen Strafverfahren in Fällen bestimmter strafbarer Handlungen, die vor dem 08.05.1945 begangen wurden“. 1954 wurden sämtliche Befehle der SMAD durch die Sowjetunion außer Kraft gesetzt. Die DDR erließ keine entsprechenden Aufhebungsvorschriften, so daß auf dem Gebiet der fünf neuen Bundesländer vor Inkrafttreten des NS-AufhG keine Urteile aufgehoben werden konnten. In den übrigen Bundesländern waren die Aufhebungsvorschriften als Landesgesetze verkündet und nach Inkrafttreten des Grundgesetzes gemäß Artikel 125 GG als partielles Bundesrecht übernommen worden. Dennoch herrschte über die Fortgeltung z.T. Uneinigkeit (dazu: Beckmann, JZ 1997, S. 922 ff.; BT-Drs. 13/10013). So stellte das LG Berlin am 01.08.1996 durch Beschluß (LG Berlin – 517 AR 4/96 – 2P Aufh 1/96, NJW 1996, S. 2742 ff.) fest, daß das Todesurteil vom 08.04.1945 gegen die Widerstandskämpfer Pastor Dietrich Bonnhoeffler, Admiral Canaris, Hauptmann Ludwig Gehre, Generalmajor Hans Oster und den Chef der Heeresrechtsabteilung Dr. Karl Sack bereits in Anwendung eines 1946 in Bayern erlassenen Rehabilitierungsgesetzes aufgehoben worden ist.

In Unkenntnis dieser Tatsache war vorher in der Öffentlichkeit eine fehlende Rehabilitierung kritisiert worden (dazu: Beckmann, JZ 1997, S. 923). Die wenige Bekanntheit der besatzungsrechtlichen Vorschriften, deren Uneinheitlichkeit bzw. das vollständige Fehlen von Aufhebungsvorschriften in den neuen Bundesländern führten zur Verabschiedung des NS-AufhG als klarstellende bundesgesetzliche Regelung. Das Gesetz basiert auf der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages (BT-Drs. 13/10848). Diese stellt eine Zusammenfassung der verschiedenen Gesetzesentwürfe dar (BT-Drs. 13/10013; BT-Drs. 13/9774; BT-Drs. 13/6900; BT-Drs. 13/9747; BT-Drs. 13/10484). Vorausgegangen waren diesen Gesetzesentwürfen bereits Anträge in der 11. und 12. Wahlperiode (BT-Drs. 11/7754; BT-Drs. 12/6220; BT-Drs. 12/6418; BT-Drs. 12/8513).

### **§ 1**

***Durch dieses Gesetz werden verurteilende strafgerichtliche Entscheidungen, die unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit nach dem 30. Januar 1933 zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes aus politischen, militärischen, rassistischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen ergangen sind, aufgehoben. Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Verfahren werden eingestellt.***

Die Vorschrift entspricht der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses (BT-Drs. 13/10848). Diese beruht auf dem Gesetzentwurf (BT-Drs. 13/10013). In Ergänzung des Gesetzentwurfes wurde neben dem Grund „politischen“ auch „militärischen“ und neben dem Grund „weltanschaulichen“ auch „religiös“ eingefügt. Soweit der Gesetzentwurf (BT-Drs. 13/10013) unverändert übernommen wurde, verweist die Beschlußempfehlung auf dessen Begründung. Die Begründung der Einfügungen und Abänderungen ist der Beschlußempfehlung zu entnehmen (BT-Drs. 13/10848, S. 17).

## **I. Allgemeines**

§ 1 Satz 1 benennt den Regelungsgegenstand des Gesetzes, nämlich die Aufhebung bestimmter verurteilender strafgerichtlicher Entscheidungen während der Zeit des Nationalsozialismus. Er enthält eine Generalklausel, in der sämtliche Aufhebungsvoraussetzungen enthalten sind. § 1 Satz 1 stellt damit die zentrale Vorschrift des NS-AufhG dar. Im nachfolgenden § 2 (siehe dort) werden Regelbeispiele für Entscheidungen im Sinne von § 1 aufgezählt, so daß sich in den Fällen des § 2 eine weitere Prüfung der Tatbestandsmerkmale der Generalklausel erübrigt. Die Klärung der Frage, ob eine Entscheidung durch das NS-AufhG aufgehoben ist, wird folglich durch die Regelbeispiele des § 2 NS-AufhG erleichtert.

## **II. Gegenstand der Aufhebung**

### **1. Strafgerichtliche Entscheidungen**

Gegenstand der Aufhebung sind alle verurteilenden strafgerichtlichen Entscheidungen, unabhängig davon, welches Gericht bzw. welche Art von Gericht die Entscheidung getroffen hat. Auf die Diskussion, ob es sich bei Unrechtsurteilen tatsächlich um „Urteile“ oder um sogenannte „Nichturteile“ handelt, kommt es damit ebensowenig an, wie auf die Frage, ob es sich bei einem eilig zusammengetretenen SS-Standgericht oder anderen Sondergerichten wirklich um ein „Gericht“ handelt (siehe dazu: Mohr, Philipp, Die Aufhebung des SS-„Standgerichtsurteils“ gegen Hans von Dohnanyi, NJW 1998, S. 958 ff.). Dadurch wird die Aufhebung auch der Unrechtsentscheidungen sichergestellt, die lediglich unter dem Deckmantel der Justiz getroffen wurden, einer ordentlichen Justiz also nicht zuzuordnen sind.

## 2. Zeitraum der betroffenen Entscheidungen

Von der Vorschrift werden alle Entscheidungen erfaßt, die nach dem 30.01.1933 ergangen sind. Damit ist § 1 auch auf solche Entscheidungen anwendbar, die vor dem 30.01.1933 begangene Handlungen betreffen, aber erst nach diesem Zeitpunkt abgeurteilt wurden (so z.B. die Urteile des Sondergerichts Altona zum „Altonaer Blutsonntag“ vom 17.06.1932; siehe BT-Drs. 11/6722, S. 3). Gleichzeitig ist die Regelung zeitlich nach hinten offen, um auch die Urteile zu erfassen, die noch nach der Kapitulation am 08.05.1945 – insbesondere von Militärgerichten – ergangen sind (BT-Drs. 13/10013, S. 7; BT-Drs. 13/9774, S. 9). So wurden z.B. am 09.05.1945 vier Soldaten durch ein Feldkriegsgericht der 6. Gebirgs-Division wegen Fahnenflucht zum Tode verurteilt und am 10.05.1945 hingerichtet (Gritschneder, Otto, Furchtbare Richter, S. 108 ff.).

## III. Aufhebungsvoraussetzungen

### 1. Verfassungsmäßigkeit der Aufhebung staatlicher Maßnahmen

In der Entscheidung vom 19.02.1957 (1 BvR 357/52) zur Rechtsunwirksamkeit staatlicher Maßnahmen hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, daß es nicht übersehen habe, „daß unter der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft Gesetze mit einem solchen Maß von Ungerechtigkeit und Gemeenschädlichkeit erlassen worden sind, daß ihnen jede Geltung abgesprochen werden muß. Trotzdem können nicht alle Gesetze, die von der nationalsozialistischen Regierung erlassen worden sind, ohne Prüfung ihres Inhalts und der Frage, ob sie von den Betroffenen noch als geltendes Recht angesehen werden, als rechtsunwirksam behandelt werden. Eine solche Annahme würde übersehen, daß auch eine ungerechte und von geläuterter Auffassung aus abzulehnende Gesetzgebung durch das ihr innewohnende Ordnungselement Geltung gewinnen kann; sie schafft wenigstens Rechtssicherheit und ist deshalb, wenn sie sich innerhalb gewisser äußerster Grenzen hält, einem völligen Rechtschaos innerhalb der Rechtsunterworfenen gegenüber das geringere Übel.“

*In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht angenommen, daß die nationalsozialistische Gesetzgebung, soweit sie nicht offenkundiges Unrecht gesetzt hat und daher jeder Wirkung entbehrt, zwar nicht als ihrem Ursprung nach legitime Rechtsordnung, wohl aber kraft „soziologischer Geltungskraft“ zu beachten ist und nicht etwa als nur tatsächliche Behinderung der Geltung des wirklichen Rechts beiseite geschoben und nachträglich ungeschehen gemacht werden kann“.* Das Bundesverfassungsgericht hat damit klargestellt, daß das Gewaltenteilungsprinzip und das Prinzip der Rechtssicherheit einer Aufhebung von NS-Urteilen kraft Gesetzes dann nicht entgegen steht, wenn sie auf Bestimmungen beruhen, die gravierendes Unrecht verkörpern. Solche Urteile stellen ein offenkundiges Unrecht dar, das der Gesetzgeber nicht hinnehmen muß (so übereinstimmend auch die Begründungen der Gesetzesanträge der CDU/CSU-Fraktion, BT-Drs. 13/10013, S. 7 und der SPD-Fraktion, BT-Drs. 13/9774, S. 9).

## **2. Die Aufhebungstatbestandsmerkmale**

### **2.1. Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit**

§ 1 Satz 1 ist Ausdruck der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellten Grundsätze zur Rechtsunwirksamkeit staatlicher Maßnahmen. In Umsetzung der vorgegebenen Kriterien zur ex tunc-Aufhebung von Unrechtsurteilen sieht er in einer Generalklausel vor, daß durch das NS-AufhG die Urteile aufgehoben werden, die *unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit* ergangen sind. Dies beinhaltet entsprechend der Maßgabe des Bundesverfassungsgerichts, daß nicht jede Entscheidung während der Zeit des NS-Regimes als aufgehoben gelten kann. Welche Entscheidungen von der Vorschrift erfaßt werden, wird durch die nachfolgenden Merkmale des Satz 1 gekennzeichnet. Nach der Gesetzesbegründung verstoßen nur solche Urteile gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit, die *zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes aus politischen, militärischen, rassistischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen ergangen sind* (BT-Drs. 13/10013, S. 7).

Diese Merkmale umschreiben typisches NS-Unrecht und bilden dadurch gleichzeitig die Voraussetzungen für die Urteilsaufhebung (BT-Drs. 13/10013, S. 7). Ob also ein Urteil gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit verstößt, ist anhand dieser Merkmale zu überprüfen, sofern nicht bereits ein Regelbeispiel des § 2 vorliegt.

### **2.1.1. Bezugnahme auf den Verfolgungstatbestand des BEG**

Aufzuheben sind Urteile, die aus einem der fünf im Gesetz genannten Gründe ergangen sind, wobei nicht ausgeschlossen ist, daß mehrere Aufhebungsgründe zusammentreffen können. Nach der Gesetzesbegründung liegt eine „Entscheidung aus politischen oder rassischen Gründen (...) in der Regel vor bei Widerstandshandlungen gegen den Nationalsozialismus oder Zuwiderhandlungen von Personen, die sich oder andere nur noch durch Außerachtlassung von Rechtsvorschriften der Verfolgung durch die Nationalsozialisten entziehen konnten“ (BT-Drs. 13/10113, S. 7). Die Gesetzesbegründung nimmt hier Bezug auf den Begriff des „Verfolgten des Nationalsozialismus“, wie er bereits im BEG (Bundesentschädigungs-Schlußgesetz vom 14.09.1965, BGBl. I S. 1315) definiert ist. § 1 Abs. 1 BEG regelt die Entschädigungsansprüche von Opfern nationalsozialistischer Verfolgung, die „aus Gründen politischer Gegnerschaft gegen den Nationalsozialismus oder aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung durch nationalsozialistische Gewaltmaßnahmen verfolgt“ worden sind. Das BEG nennt somit für die Anerkennung als Verfolgter des NS-Regimes ähnliche Voraussetzungen wie das NS-AufhG für die Aufhebung von Urteilen (mit Ausnahme der militärischen Gründe). Während das BEG die Entschädigung für durch nationalsozialistisches Unrecht entstandenen „Schaden an Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit, Eigentum, Vermögen (...)“ (§ 1 Abs.1 BEG) regelt, betrifft das NS-AufhG die Wiedergutmachung des justiziellen NS-Unrechts. Übereinstimmendes Ziel beider Gesetze ist somit die Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts. Bei der Auslegung der Begriffe politische, rassische, religiöse oder weltanschauliche Gründe kann daher auf die Kommentierung und Rechtsprechung zu § 1 Abs.1 BEG (siehe dazu: Blessin/Giessler, Komm. z. BEG, § 1, S. 220 ff.; Brunn/Hebenstreit, Komm. z. BEG, § 1 RN 1 ff.) zurückgegriffen werden.

Entgegen der Reihenfolge im Gesetz werden daher zunächst diese Begriffe im Zusammenhang erläutert. Im Anschluß daran folgt die Erläuterung des im BEG nicht vorhandenen Begriffs der „militärischen“ Gründe.

## **2.2 Politische Gründe**

Eine Verurteilung aus politischen Gründen liegt vor, wenn die Verurteilung darauf beruht, daß der Verurteilte auf politischem Gebiet als Gegner des Nationalsozialismus und daher seine Handlung als Widerstandshandlung gegen den Nationalsozialismus angesehen wurde (vgl. die Definition der Verfolgung aus Gründen politischer Gegnerschaft in: Brunn/Hebenstreit, Komm. z. BEG, § 1 RN 4). Dies verlangt keine gegnerische politische Einstellung aus einer bestimmten Überzeugung heraus, z.B. Sozialdemokratie statt Nationalsozialismus, sondern es genügt die Ablehnung des Nationalsozialismus in seiner Gesamtheit (BGH, RzW 57, 17; 60, 371, 372). Daher reicht es aber für eine Aufhebung nach NS-AufhG nicht, innerhalb der NSDAP einen anderen Nationalsozialismus gewollt zu haben (z.B. Auseinandersetzung mit der sog. Strasser-Richtung). Die Opfer eines innerparteilichen Machtkampfes haben nicht aus Widerstand gegen den Nationalsozialismus gehandelt, sondern lediglich für einen anderen (so auch im Entschädigungsrecht; siehe: Brunn/Hebenstreit, Komm. z. BEG, §1 RN 4).

Für die Annahme einer Verurteilung aus politischen Gründen ist es aber nicht notwendig, daß eine Widerstandshandlung im oben beschriebenen Sinne tatsächlich vorgelegen hat. Entscheidend ist die Sichtweise des verurteilenden Gerichts (entsprechend im Entschädigungsrecht die Sicht des Verfolgers; BGH, RzW 60, 371). Dies ergibt sich bereits aus der Gesetzesformulierung, wonach es für die Aufhebung ausschließlich darauf ankommt, aus welchem Grund diese ergangen ist. Daß dieser Grund tatsächlich vorlag, ist nicht Tatbestandsvoraussetzung. Entscheidend ist also das Motiv des Verurteilenden, nicht des Verurteilten. Wenn das Gericht mit der Verurteilung einen politischen Gegner des Nationalsozialismus treffen wollte, ist das Urteil aus politischen Gründen ergangen, selbst wenn der Verurteilte sich nicht gegen das NS-System betätigt hat und daher zu Unrecht verdächtigt und verurteilt wurde.

Darunter fallen z.B. Verurteilungen auf Grund von Denunziation. Wer sich selbst oder einen anderen der Verfolgung entziehen wollte und deswegen Rechtsvorschriften mißachtet hat, ist ebenfalls aus politischen Gründen verurteilt worden, ohne daß für seine Handlung Widerstandsmotive maßgeblich gewesen sein müssen.

Bei tatsächlichen Widerstandshandlungen kommt es für die Aufhebung einer Verurteilung nicht darauf an, ob die Tat Aussicht auf Erfolg hatte, das nationalsozialistische System zu beseitigen. Auch die Verurteilung einer aussichtslosen Widerstandshandlung kann aus politischen Gründen erfolgt sein. Zu beachten sind aber die Grenzen des Widerstandsrechts. Ein Eingriff in Rechte unbeteiligter Dritter, wie z.B. Leben oder Gesundheit, muß verhältnismäßig zum angestrebten Erfolg gewesen sein (siehe zum Widerstandsrecht: Herzog, in: Maunz-Düring, Komm. z. GG, Art. 20 RN 60), so daß beispielsweise eine Verurteilung wegen Ermordung eines einfachen NSDAP-Parteimitglieds grundsätzlich kein Unrechtsurteil darstellt, auch wenn das Tatmotiv die Ablehnung der NSDAP gewesen sein mag (siehe dazu: von Selle, Dirk, Zur Strafbarkeit des politisch motivierten Tötungsverbrechens, NJW 2000, S. 992 ff.).

Eine Verurteilung aus politischen Gründen ist nicht auf bestimmte Straftatbestände beschränkt. Ein Unrechtsurteil aus politischen Gründen kann daher z.B. auch bei einer Verurteilung wegen einer Rauschtat vorgelegen haben, wenn die gegen den Nationalsozialismus gerichtete Tat im Rausch begangen und der Betreffende wegen eines Vergehens nach § 330a RStGB (Rauschtat) verurteilt wurde (vgl. entsprechend Blessin/Geissler, Komm. z. BEG, § 1, S. 221; RzW 60, 161).

Ausdrücklich von der Vorschrift erfaßt werden auch Urteile gegen Personen, die nach der NS-Ideologie als „asozial“ oder „minderwertig“ bezeichnet wurden (BT-Drs. 13/10013, S. 7). Strafmaß und/oder Strafzweck müssen darauf ausgerichtet gewesen sein, gerade diese Personen verurteilen bzw. vernichten zu wollen (BT-Drs. 13/10013, S. 7).

Darunter fallen insbesondere die auf Grund der § 175, 175a RStGB gegen Homosexuelle ergangenen Urteile, die auf eine menschenrechtswidrige Verfolgung und Beseitigung der Homosexuellen abzielten (Deutscher Bundestag, 13. WP, Protokoll der 122. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 26; Begründung der Beschlußempfehlung, BT-Drs. 13/10848, S. 18).

Eine Verurteilung aus politischen Gründen ist auch „zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes“ i.S.d. NS-AufhG ergangen. Ein solches Urteil richtet sich gegen einen vermeintlichen oder tatsächlichen Gegner des Nationalsozialismus und beabsichtigt dessen Ausschaltung. Daraus folgt, daß jede Verurteilung aus politischem Grund von vorneherein die von Gegnern ungestörte Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des Regimes zum Ziel hat. Damit verstößt sie gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit. Wird das Vorliegen eines politischen Grundes für die Verurteilung bejaht, impliziert dies folglich die Durchsetzungs- oder Aufrechterhaltungsabsicht sowie den elementaren Gerechtigkeitsverstoß. Beides ist deshalb nicht mehr gesondert zu prüfen.

### **2.3. Rassistische Gründe**

Eine Verurteilung aus rassistischen Gründen ist „in der Regel“ gegeben bei „Zu widerhandlungen von Personen, die sich oder andere nur noch durch Außerachtlassung von Rechtsvorschriften der Verfolgung durch die Nationalsozialisten entziehen konnten“ (BT-Drs. 13/10013, S. 7). Ein aus rassistischen Gründen ergangenes Urteil setzt folglich nicht die Zugehörigkeit des Verurteilten zu einer von den Nationalsozialisten wegen ihrer Rasse verfolgten Personengruppe voraus. Ein Urteil ist auch gegen denjenigen aus rassistischen Gründen ergangen, der eine wegen ihrer Rasse verfolgte Person dieser Verfolgung entziehen wollte und deshalb Rechtsvorschriften mißachtet hat. Ihrer Rasse wegen verfolgt wurden Juden, jüdische Mischlinge i.S. der 1. VO zum Reichsbürgergesetz vom 14.11.1935 (RGBl. I S. 133), Zigeuner und Zigeunermischlinge (BGH, RzW 64, 209; Blessin/Giessler, Komm. z. BEG, § 1, S. 224 f.). Die Absicht, einem wegen seiner Rasse Verfolgten helfen zu wollen, ist aber nicht zwingende Voraussetzung für die Urteilsaufhebung.

Es genügt auch eine Verurteilung wegen privater oder geschäftlicher Kontakte (z.B. eine aus finanziellem Interesse geleistete Auswanderungshilfe; vgl. im Entschädigungsrecht BGH RzW 60, 376 Nr. 32).

Insbesondere bei Widerstandshandlungen von rassistisch verfolgten Personen bzw. bei der Hilfeleistung durch nicht verfolgte Personen können politische und rassistische Gründe der Verurteilung zusammentreffen.

Eine Verurteilung aus rassistischen Gründen verstößt gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit, insbesondere den Gleichheitsgrundsatz. In der Zeit des Nationalsozialismus erfolgte sie auch zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes. Ziel der Verurteilung war die Durchsetzung der nationalsozialistischen Rasseideologie, die einen wesentlichen Bestandteil des NS-Staates ausmachte. Damit dienten diese Verurteilungen von Anfang an der Durchsetzung bzw. Aufrechterhaltung des Unrechtsregimes.

#### **2.4. Religiöse oder weltanschauliche Gründe**

Ursprünglich fehlte in den Gesetzesentwürfen der Grund „religiösen“ (vgl. BT-Drs. 13/9774; BT-Drs. 13/10013). Erst in der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses wurde „zur Klarstellung“ neben dem Grund „weltanschaulichen“ auch „religiösen“ eingefügt (Deutscher Bundestag, 13. WP, Protokoll der 122. Sitzung des Rechtsausschusses, S. 26; BT-Drs. 13/10848, S.18). Daraus wird deutlich, daß der Gesetzgeber keinen wesentlichen Unterschied zwischen den beiden Begriffen, sondern „religiös“ in dem Begriff „weltanschaulich“ enthalten sah. Tatsächlich werden heute vielfach die Begriffe Religion, Glaube und Weltanschauung gleichgesetzt. Die gesonderte Nennung im Gesetz entspricht aber Art. 4 GG, der „die Freiheit des religiösen und weltanschaulichen Bekenntnisses“ garantiert. Damit wird zum Ausdruck gebracht, daß neben religiösen Überzeugungen auch nichtreligiöse oder sogar antireligiöse Weltanschauungen den Schutz des Grundgesetzes genießen (Herzog, in: Maunz-Düring, Komm. z. GG, Art. 4 RN 63 ff.).

Dementsprechend kennt auch § 1 Abs. 1 BEG Verfolgte des Nationalsozialismus „aus Gründen des Glaubens oder der Weltanschauung“. Unter Weltanschauung ist dabei die Gesamtheit der Vorstellungen eines Menschen über die Welt sowie Leben und Stellung des Menschen in der Welt zu verstehen (vgl. Blessin/Giessler, Komm. z. BEG, § 1, S. 225). Einer Verfolgung aus Gründen des Glaubens waren insbesondere Zeugen Jehovas, katholische Orden und Angehörige der evangelischen bekennenden Kirche ausgesetzt (Blessin/Giessler, Komm. z. BEG, § 1, S. 225). Bei Verurteilungen von Angehörigen dieses Personenkreises liegt eine Verurteilung aus religiösen Gründen besonders nahe. Wegen ihrer Weltanschauung wurden vor allem Freimaurer, sonstige Logenangehörige, Pazifisten, Anthroposophen und Angehörige der deutschen Friedensgesellschaft verfolgt (Blessin /Giessler, Komm. z. BEG, § 1, S. 225), so daß bei deren Verurteilung zumeist das Vorliegen eines weltanschaulichen Grundes anzunehmen ist.

Bezüglich der Absicht, das NS-Unrechtsregime durchzusetzen bzw. aufrechtzuerhalten, und des Verstoßes gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit gelten die obigen Ausführungen. Beides wird durch eine Verurteilung aus religiösen oder weltanschaulichen Gründen impliziert. Politische, rassische, religiöse oder weltanschauliche Gründe für eine Verurteilung schließen sich in einem Rechtsstaat aus und stellen „niedere“ Urteilsbeweggründe dar, die einen Unrechtsstaat und eine Unrechtsjustiz geradezu charakterisieren.

## **2.5. Militärische Gründe**

Während für die Auslegung der politischen, rassischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründe neben der Gesetzesbegründung die Kommentierung zum BEG herangezogen werden kann, ist dies bei dem Begriff „militärischer Grund“ nicht möglich, da das BEG eine nationalsozialistische Verfolgung aus militärischen Gründen nicht kennt.

Nach dem Wortsinn liegt eine Verurteilung aus militärischen Gründen in jedem Fall dann vor, wenn sie wegen eines Verstoßes gegen militärstrafrechtliche Vorschriften erfolgt ist.

Soweit die Verurteilung auf einer militärstrafrechtlichen Vorschrift beruht, die in der Anlage zu § 2 Nr. 3 NS-AufhG (siehe dort) genannt ist, gehört sie zu den Regelbeispielen des § 2, so daß sich bereits daraus die Aufhebung ergibt (siehe z.B. die Kriegssonderstrafrechtsverordnung, Nr. 30 der Anlage, oder die Verordnung zur Sicherung des totalen Kriegseinsatzes vom 25. August 1944, Nr. 40 der Anlage).

Jedoch können unter die Verurteilungen aus militärischen Gründen im Sinne der Generalklausel des § 1 Satz 1 auch Strafurteile fallen, die auf Vorschriften des Militärstrafgesetzes (MStGB in der Neufassung vom 10.10.1940, RGBl. I. S. 1347, abgedruckt in: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 2 ff.) gestützt sind. Es enthält das „klassische“ Militärstrafrecht, beruhend auf dem MStGB von 20.06.1872 (RGBl. S. 174). Es gehört nicht zu den in der Anlage zum NS-AufhG aufgelisteten Vorschriften. Entscheidungen aufgrund des MStGB fallen daher auch nicht unter die Regelbeispiele des § 2 NS-AufhG.

Eine Verurteilung aus militärischen Gründen erging im Gegensatz zu Verurteilungen aus politischen, rassischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen nicht zwangsläufig zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes. Ziel einer militärrechtlichen Verurteilung war zunächst die Ahndung eines militärischen Verbrechens oder Vergehens nach §§ 57 ff MStGB (z.B. Kriegsverrat, §§ 57-60; Unerlaubte Entfernung und Fahnenflucht, §§ 64-77; Dienstpflichtverletzung aus Furcht oder Feigheit, §§ 84, 85; Drohung gegen einen Vorgesetzten, § 89; Mißhandlung eines Untergebenen, § 122; Plünderung, § 129). Daß die mit dem Militärstrafrecht bezweckte Aufrechterhaltung von Disziplin und Ordnung innerhalb der Truppe einem militärischen Sieg und damit zumindest mittelbar der Aufrechterhaltung des NS-Systems diene, ist unerheblich. Dies ergibt sich aus der Begründung der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses zu § 1 Satz 1. Dort heißt es zwar, daß „unter die aufgehobenen Urteile insbesondere solche fallen, die aufgrund der Tatbestände „Kriegsdienstverweigerung“, „Desertion/Fahnenflucht“ und „Wehrkraftersetzung“ ergangen sind“, aber nur „soweit sie auch im übrigen die Voraussetzungen der Aufhebung erfüllen“ (BT-Drs. 13/10848, S. 17).

### **2.5.1. Verurteilungen wegen „Zersetzung der Wehrkraft“**

Bezüglich der Verurteilungen wegen der Tatbestände „Kriegsdienstverweigerung“ und „Wehrkraftzersetzung“ ist die Frage, ob diese auch im übrigen die Voraussetzungen der Aufhebung erfüllen, allerdings überflüssig. Diese Tatbestände waren in der Kriegssonderstrafrechtsverordnung (KSSVO) geregelt (§ 5 KSSVO war mit dem Titel „Zersetzung der Wehrkraft“ überschrieben und umfaßte in Absatz 1 Nr. 3 auch die Kriegsdienstverweigerung; siehe dazu: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 48 u. 53 f.). Die KSSVO wird als Nr. 30 der Anlage zu § 2 Nr. 3 NS-AufhG (siehe dort) aufgeführt. Auf ihr beruhende Entscheidungen gehören somit zu den Regelbeispielen des § 2. Verurteilungen wegen „Zersetzung der Wehrkraft“ (also einschließlich der „Kriegsdienstverweigerung“) sind daher ausdrücklich durch das NS-AufhG aufgehoben, ohne daß es einer weitergehenden Prüfung bedarf, ob diese auch „im übrigen die Voraussetzungen der Aufhebung erfüllen“.

### **2.5.2. Verurteilungen wegen Fahnenflucht**

Fahnenflucht ist ein klassischer Militärstrafatbestand (vgl. heute § 16 Wehrstrafgesetz), der während der gesamten Zeit des Nationalsozialismus im MStGB (§ 69) geregelt war. Die Aufhebung von Verurteilungen wegen Fahnenflucht ist daher anhand der Generalklausel des § 1 Satz 1 zu untersuchen und fällt nicht wie die „Zersetzung der Wehrkraft“ unter die Regelbeispiele des § 2. Nach dem Wortlaut der Generalklausel und der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 13/10848, S. 17) kommt es daher für ihre Aufhebung darauf an, daß sie neben den unzweifelhaft vorliegenden militärischen Gründen der Verurteilung „auch im übrigen die Voraussetzungen der Aufhebung erfüllen“, d.h. zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des NS-Unrechtsregimes ergangen sind.

### 2.5.2.1. Grundsätzliche Aufhebung von Fahnenfluchturteilen durch Verweis auf die EntschlieÙung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997

Zur Erläuterung, wann ein Fahnenfluchturteil „auch im übrigen“ die Voraussetzungen der Generalklausel erfüllt, verweist die Gesetzesbegründung direkt auf die EntschlieÙung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997 (BT-Drs. 13/7669 neu) und führt aus, daß Urteile „im Einklang“ mit dieser EntschlieÙung vom NS-AufhG erfaÙt werden (BT-Drs. 13/10848, S. 17). Inhalt der EntschlieÙung des Deutschen Bundestages ist vor allem die Feststellung in Ziffer 3, daß „*die von der Wehrmachtsjustiz während des Zweiten Weltkrieges wegen dieser Tatbestände („Kriegsdienstverweigerung“, „Desertion/Fahnenflucht“ und „Wehrkraftersetzung“; Anm. d. Verf.) verhängten Urteile unter Anlegung rechtsstaatlicher Wertmaßstäbe Unrecht waren*“. Anderes gilt nach der EntschlieÙung aber, „*wenn bei Anlegung dieser Maßstäbe die der Verurteilung zugrunde liegende Handlung auch heute Unrecht wäre*“ (BT-Drs. 13/7669 neu, S. 3). Diese Einschränkung wirft wiederum die Frage auf, welche Fahnenfluchthandlungen während des Zweiten Weltkrieges auch heute Unrecht wären. Die EntschlieÙungsbegründung äußert sich dazu nicht.

In der Aussprache im Deutschen Bundestag zur Verabschiedung der EntschlieÙung vom 15.05.1997 führte der Abgeordnete *Norbert Geis* (CSU) aus, welche Deserteure aus Sicht der CDU/CSU-Fraktion nicht rehabilitiert werden dürften. Man wisse, daß „viele Deserteure auch deshalb geflohen sind, weil sie vorher Unrecht getan haben, weil sie beispielsweise der Zivilbevölkerung Verbrechen zugefügt haben und weil sie befürchtet haben, ihrem gerechten Urteil entgegenzugehen. (...) Deshalb kann nicht pauschal gesagt werden, die Deserteure seien insgesamt rehabilitiert, und deshalb steht im Entwurf der Satz: Anderes gilt, wenn nach unseren heutigen Rechtsmaßstäben eine damalige Handlung ebenfalls zu verurteilen gewesen wäre. Dann gilt der Grundsatz, daß solche Urteile rechtmäßig gewesen sind.“

Und weiter führt *Norbert Geis* aus: „Wenn allerdings ganz offensichtlich ist, daß ein Urteil vorliegt, das zu Recht ergangen ist, weil beispielsweise ein Verbrechen vorausgegangen ist oder weil ein Soldat, der eingeteilt war, das Leben von Flüchtlingen beim Rückzug vor anstürmenden Feinden zu schützen, in diesem Augenblick geflohen ist, dann hat er auch nach unseren heutigen Maßstäben zweifellos verwerflich gehandelt. Wenn dies offensichtlich ist, wenn sich dies aus der Aktenlage ergibt, dann kann der Bundestag dazu nicht sagen, das sei heute rechtmäßig. Und das tut er auch nicht“ (Deutscher Bundestag, 13. WP, Plenarprotokoll der 175. Sitzung vom 15.05.1997, S. 15819 A, B).

Inhalt der EntschlieÙung des Deutschen Bundestages bleibt aber trotz der einschränkenden Ausführungen von *Norbert Geis* die im Wege eines Kompromisses erarbeitete gemeinsame Feststellung des Deutschen Bundestages, daß die Urteile der Wehrmächtsjustiz wegen Fahnenflucht grundsätzlich Unrecht gewesen seien. Da die Begründung zu § 1 NS-AufhG direkt auf die EntschlieÙung Bezug nimmt und festhält, daß von dem Gesetz „Urteile im Einklang mit der EntschlieÙung vom 15.05.1997“ erfaßt werden, ist der dort gefundene Kompromiß auch bei der Frage der Aufhebung von Fahnenfluchturteilen heranzuziehen.

Demnach sind Fahnenfluchturteile gemäß § 1 Satz 1 grundsätzlich aufgehoben, sofern sich nicht aus dem Urteil oder den vorhandenen Akten ergibt, daß die Verurteilung auch nach heutigen Rechtsmaßstäben rechtmäßig wäre.

Nach dem Willen des Gesetzgebers, der sich aus der Gesetzesbegründung mit dem Verweis auf die BundestagsentschlieÙung ergibt, sind somit Verurteilungen wegen Fahnenflucht nicht nur aus militärischen Gründen, sondern grundsätzlich auch zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit ergangen. Einer besonderen Prüfung dieser Voraussetzung bedarf es daher bei Fahnenfluchturteilen nicht, da von ihrer grundsätzlichen Unrechtmäßigkeit ausgegangen wird (eine andere Frage ist es, ob diese Unrechtsvermu-

tung, die auf das BSG-Urteil vom 11.09.1991, NJW 1992, S. 934 ff., zurückzuführen ist, tatsächlich zutreffend ist; siehe dazu oben Dritter Teil, 3.)

#### **2.5.2.1.1. Gesetzeszweck einer „weitgehenden Aufhebung“**

Auch der Zweck des NS-AufhG verlangt eine regelmäßige Aufhebung von Deserteursverurteilungen. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs der CDU/CSU und F.D.P. (BT-Drs. 13/10013, S. 6), welche auch Bestandteil der Gesetzesbegründung ist (siehe BT-Drs. 13/10848, S. 17), zielen die Regelungen des NS-AufhG „auf eine möglichst weitgehende Aufhebung von NS-Unrechtsurteilen durch Gesetz ab, die eine Einzelfallprüfung ausschließt“. Wenn eine möglichst weitgehende Aufhebung gewollt ist, die Verurteilungen wegen Fahnenflucht in der Gesetzesbegründung ausdrücklich erwähnt werden („insbesondere solche Urteile ...“) und der Begriff der „militärischen Gründe“ deshalb „zur Klarstellung“ in die Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses eingeführt wurde (BT-Drs. 13/10848, S. 17), ergibt sich daraus konsequenterweise, daß mit dem NS-AufhG grundsätzlich die Aufhebung der Fahnenfluchturteile beabsichtigt war.

Dem stehen auch nicht die Ausführungen des Abgeordneten *Norbert Geis* (CDU/CSU-Fraktion) anlässlich der Aussprache im Deutschen Bundestag zur Verabschiedung des NS-AufhG entgegen. *Norbert Geis* lieferte für die Regierungskoalition folgende Interpretierung des Begriffs „militärische Gründe“: „Wir haben dabei vor allem an die Bürgermeister gedacht, die beim Anrücken der alliierten Panzer zu dem Entschluß kamen, kampflos die Kommune, die Stadt oder Gemeinde zu übergeben, um ihre eigene Bevölkerung zu schützen und ihre Stadt zu schonen. Sie wurden nicht selten durch Standgerichte ermordet. Dieses meinen wir in erster Linie mit dem Einschub „aus militärischen Gründen“. (...) Natürlich wird ein Urteil gegen einen Deserteur nur dann aufgehoben, wenn er Widerstand gegen das Naziregime geleistet hat, nicht aber, wenn dies nicht der Fall war. Dann gilt die pauschale Aufhebung selbstverständlich nicht.“ (Deutscher Bundestag, 13. WP, Plenarprot. d. 238. Sitzung vom 28.05.1998, S. 21948 A, B). Diese Auslegung widerspricht bereits dem Gesetzeszweck einer möglichst weitgehenden Aufhebung unter Ausschluß der

Einzelfallprüfung, wie er in dem Gesetzesentwurf der CDU/CSU und F.D.P.-Fraktionen formuliert worden ist (BT-Drs. 13/10013, S. 6).

Ein Widerstandsmotiv läßt sich durch das Urteil oder eventuell noch vorhandene Akten praktisch nicht nachweisen, da nicht davon ausgegangen werden kann, daß ein solches Motiv von einem Angeklagten immer angegeben wurde. Dies bedeutete das sichere Todesurteil. Eine derartige Auslegung, welche dem Deserteur die Beweislast für ein Widerstandsmotiv aufbürdet, würde eine Aufhebung von Fahnenfluchtverurteilungen aber nahezu ausschließen. Das widerspricht eindeutig der von der Regierungskoalition mitgetragenen Entschliebung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997 (s.o.). Desweiteren widerspricht diese Interpretation der oben erläuterten Begründung der Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses, welche auch die Vertreter der CDU/CSU-Fraktion im Rechtsausschuß miterarbeitet hatten. Das Vorliegen eines Widerstandsmotives ist daher entgegen den Ausführungen von *Norbert Geis* für eine Aufhebung eines Fahnenfluchturteils nicht Voraussetzung. Der Gesetzgeber hat eindeutig zum Ausdruck gebracht, daß er von der grundsätzlichen Unrechtmäßigkeit dieser Urteile der Wehrmächtsjustiz ausgeht und davon nur gewisse Ausnahmen zuläßt. Liegt aber NS-Unrecht im Sinne des Gesetzgebers vor, kommt es auf die Gesinnung des Verurteilten nicht an (s.o.). Die Generalklausel des § 1 Satz 1 beinhaltet kein solches Tatbestandsmerkmal, sondern stellt lediglich auf die Intention des Verurteilenden und nicht auf ein mögliches Widerstandsmotiv des Verurteilten ab. Daraus folgt dann allerdings auch im Umkehrschluß, daß mit der Aufhebung einer Fahnenfluchtverurteilung durch das NS-AufhG keine Anerkennung der Fahnenflucht als Widerstandshandlung verbunden ist.

### **2.5.3. Die Rechtmäßigkeit als Ausnahme**

Sowohl in der Gesetzesbegründung, als auch in der Entschliebung wird allerdings anerkannt, daß es Verurteilungen gab, die auch nach heutigen rechtsstaatlichen Wertmaßstäben rechtmäßig waren und somit durch § 1 Satz 1 nicht aufgehoben sind. Darunter fallen insbesondere Verurteilungen wegen Fahnenflucht, denen eine Straftat des Deserteurs vorausging. Das Urteil erging dann

zwar auch aus militärischen Gründen, aber nicht zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des NS-Regimes.

Hauptgrund der Verurteilung war vielmehr die Ahndung der anderweitigen Straftat, der sich der Täter durch Flucht, als Soldat eben durch Fahnenflucht, entziehen wollte. Dabei muß diese Straftat aber auch von einem erheblichen Gewicht gewesen sein, damit anzunehmen ist, daß die Flucht überwiegend deswegen erfolgte, um sich der Bestrafung zu entziehen. In der Regel wird dies bei Verbrechen nach dem allgemeinen Strafgesetz der Fall sein, z.B. wenn der Fahnenflucht ein Mord vorausging. Ebenso rechtmäßig kann aber auch eine Verurteilung wegen Fahnenflucht gewesen sein, wenn der Soldat zum Schutz der zurückweichenden Zivilbevölkerung eingeteilt war und er dann geflohen ist. Das gleiche gilt für einen Fahnenflüchtigen, der durch Geheimnisverrat nach Überlaufen zum Feind nachweislich den Tod von Kameraden verursacht hat. Die Rechtmäßigkeit eines solchen Fahnenfluchturteils muß sich aber direkt aus dem Urteil oder den vorhandenen Akten ergeben.

#### **2.5.4. Fahnenfluchturteile im völkerrechtswidrigen Angriffskrieg**

In einer Entscheidung der Staatsanwaltschaft München I vertritt diese die Auffassung, eine Verurteilung zum Tode wegen Fahnenflucht falle bereits deshalb in den Anwendungsbereich des § 1, weil sie in einem völkerrechtswidrigen Krieg einen Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit darstelle (StA München I, Bescheid vom 23.10.1998 – 320 AR 6 8526/96; NJW 1999, S. 1880). Auch in der richtungsweisenden Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 11.09.1991 findet sich die Verknüpfung zwischen Völkerrechtswidrigkeit eines Krieges und Rechtmäßigkeit der Fahnenflucht wieder (BSG NJW 1992, S. 934 ff.). Wäre dieser Auffassung zu folgen, würde dies bedeuten, eine rechtliche Beurteilung soldatischen Handelns erst nach Beantwortung der Frage der Völkerrechtmäßigkeit eines Krieges vornehmen zu können. Maßgebend für die Rechtmäßigkeit soldatischen Handelns ist jedoch nicht das sogenannte Recht zum Krieg, *ius ad bellum*, welches allein die Rechtmäßigkeit des staatlichen Handelns betrifft, sondern das sogenannte Recht im Krieg, *ius in bello* (siehe dazu oben Dritter Teil, 3.2.4.1.).

Auch in einem Krieg, der sich ex post als völkerrechtswidrig herausstellt, handelt der teilnehmende Soldat rechtmäßig. Er bleibt den Gesetzen seines Staates und den Regeln des Kriegsrechts (Haager und Genfer Konvention) unterworfen. Allein danach richtet sich seine Strafbarkeit und ebenso die eines Fahnenflüchtigen.

Die Völkerrechtswidrigkeit eines Krieges stellt keinen nachträglichen Rechtfertigungsgrund für Fahnenflucht dar. Für die Aufhebung einer Verurteilung kommt es darauf an, ob das Verfahren und die Strafvorschriften rechtsstaatlichen Anforderungen genügt haben. Für den Bereich der Wehrmachtsjustiz haben der Gesetzgeber und auch die Rechtsprechung (vgl. BSG, Urt. v. 11.09.1991; NJW 1992, S. 934 ff., wenn auch mit angreifbarer Begründung, siehe Dritter Teil, 3.) entschieden, daß diese Urteile grundsätzlich NS-Unrecht waren. Ob diese pauschale Beurteilung der Wehrmachtsjustiz einer militärhistorischen und juristischen Bewertung in vollem Umfang standhält, kann an dieser Stelle dahinstehen. Ein Zusammenhang zwischen der Völkerrechtswidrigkeit eines Krieges und der Rechtmäßig- oder Unrechtmäßigkeit einer militärgerichtlichen Verurteilung besteht grundsätzlich nicht. Für die Aufhebung einer Verurteilung wegen Fahnenflucht ist es daher nicht von Bedeutung, daß der Deutsche Bundestag in der EntschlieÙung vom 15.05.1997 festgestellt hat (BT-Drs. 13/7669 neu, S. 3), daß der Zweite Weltkrieg ein völkerrechtswidriger Angriffskrieg war. Die Auffassung der Staatsanwaltschaft München I (s.o.; NJW 1999, S. 1880) ist daher abzulehnen.

### **2.5.5. Fahnenfluchturteile nach der Kapitulation**

Fahnenfluchtverurteilungen der Wehrmachtsjustiz nach der Kapitulation der Wehrmacht am 08.05.1945 werden ausweislich der Gesetzesbegründung von der Aufhebung umfaÙt, da die Regelung des § 1 Satz 1 bewußt zeitlich nach hinten offengelassen wurde, „um auch Urteile zu erfassen, die nach der Kapitulation –insbesondere von Militärgerichten unter Überschreitung ihrer Kompetenzen – ergangen sind“ (s.o., BT-Drs. 13/10013, S. 7). Auf Grund des ausdrücklich erklärten Willens des Gesetzgebers entfällt das Tatbestandsmerkmal, daß die Urteile zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des NS-

Unrechtsregimes ergangen sein müssen. Der NS-Staat war zu diesem Zeitpunkt bereits untergegangen und konnte somit nicht mehr durchgesetzt oder aufrechterhalten werden.

Die Aufhebung dieser Urteile ergibt sich aus einem „erst-recht-Schluß“: Wenn schon die Verurteilungen wegen Fahnenflucht durch die Wehrmachtsjustiz während der NS-Zeit grundsätzlich als Unrecht betrachtet und deswegen aufgehoben werden, dann erst recht auch die Verurteilungen, die trotz des Untergangs des NS-Staates unter Fortsetzung dieser Rechtsprechung ergangen sind.

### **3. Verurteilungen wegen anderer militärischer Delikte**

Bei der Verabschiedung des NS-AufhG ging es vornehmlich um die Beilegung des Streits um die Rehabilitierung von Deserteuren, Wehrkraftzersetzer und Kriegsdienstverweigerern (siehe oben Vierter Teil; Beckmann, Rainer, Der Streit um die Rehabilitierung von Wehrmachtsdeserteuren, NZWehr 1998, S. 45 ff.). Dies findet sich zusätzlich auch in der besonderen Erwähnung der Fahnenflucht in der Gesetzesbegründung wieder. In der Aussprache im Deutschen Bundestag anlässlich der Verabschiedung des Gesetzes gingen die Abgeordneten in ihren Redebeiträgen ebenfalls besonders auf die Bedeutung des Gesetzes für die Wehrmachtsdeserteure ein (Deutscher Bundestag, 13. WP, Plenarprot. d. 238. Sitzung, S. 21946 D ff.) Dies schließt jedoch nicht aus, daß auch andere militärgerichtliche Verurteilungen durch das Gesetz aufgehoben werden, denn jede Entscheidung unter Anwendung militärstrafrechtlicher Normen erging „aus militärischen Gründen“. Von der Verweisung der Gesetzesbegründung auf die Entschließung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997 werden diese Urteile allerdings nicht erfaßt. Die Unrechtsvermutung der Entschließung bezieht sich nur auf Verurteilungen wegen der Tatbestände „Kriegsdienstverweigerung“, „Desertion/Fahnenflucht“ und „Wehrkraftzersetzung“ (BT-Drs. 13/7669 neu). Demnach ist bei allen anderen militärgerichtlichen Verurteilungen gesondert zu prüfen, ob sie unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit ergangen sind. Nach der Gesetzesbegründung ist dies nur der Fall, wenn sie zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes ergangen sind (s.o.; BT-Drs.

13/10013, S. 7). Neben der militärstrafrechtlichen Absicht muß also noch eine spezielle „NS-Aufrechterhaltungsabsicht“ bei der Verurteilung vorliegen.

Daher fällt z.B. eine gerichtliche Entscheidung wegen Unterschlagung, unbefugten Tragens von Orden und Uniform, unbefugter Waffenführung auch nicht unter die Generalklausel des § 1 Satz 1 (so zutreffend LG Berlin, Beschl. v. 17.08.1999 – (517) 2 P Aufh. 3/87 (17/99); NJW 1999, S. 3790 ff.). Eine derartige Absicht kann nicht bereits bei jeder Bestrafung wegen militärischen Ungehorsams (§§ 89 ff. MStGB) angenommen werden. Die Anforderungen dürfen aber wegen des Gesetzeszwecks des NS-AufhG andererseits auch nicht zu hoch sein. Eine „NS-Aufrechterhaltungsabsicht“ kann sich unter Umständen aus unangemessen harten Strafen ergeben.

#### **4. Todesurteile der Militärgerichte (z.B. wegen Plünderung)**

Die Todesurteile der Wehrmachtsjustiz fallen nicht zwangsläufig unter die Generalklausel des § 1 Satz 1. Eine im Gesetzesvorschlag der CDU/CSU und F.D.P. vorgesehene ausdrückliche Aufhebung von Todesurteilen der Militärgerichte (BT-Drs. 13/10013, S. 2) wurde im Gesetz nicht übernommen. Auch aus der Abschaffung der Todesstrafe durch Art. 102 GG ergibt sich nicht die grundsätzliche Rechtswidrigkeit ihrer Verhängung (vgl. BSG NJW 1985, S. 1109). Diese Auffassung bestätigte der BGH in seiner Entscheidung zur Rechtsbeugung durch DDR-Todesurteile (BGHSt 41, S. 317 ff.). Der BGH führt dazu aber aus, daß „eine Todesstrafe nur dann als nicht rechtsbeugerisch anzusehen ist, wenn sie der Bestrafung schwersten Unrechts dienen sollte“ (BGHSt 41, S. 329 f.). Dieser Grundsatz ist dann auch bei der Frage der Aufhebung eines Todesurteils der Wehrmachtsjustiz heranzuziehen. Sofern die Todesstrafe schwerstes Unrecht ahnden sollte, fällt ein solches Urteil nicht unter die Generalklausel des § 1 Satz 1. Daher wird beispielsweise ein Todesurteil wegen eines besonders schweren Falles der Plünderung (§ 129 II MStGB) durch § 1 Satz 1 NS-AufhG grundsätzlich nicht aufgehoben. Der Straftatbestand der Plünderung diene neben der Aufrechterhaltung der Ordnung und Disziplin („Manneszucht“) innerhalb der Truppe, auch dem Schutz der (feindlichen) Zivilbevölkerung vor kriminellen Übergriffen der Soldaten und nicht

der Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des NS-Regimes. Die Aufhebung einer solchen Verurteilung würde vielmehr ein an Einwohnern begangenes schweres Unrecht nachträglich legitimieren.

### **5. Verurteilung nach dem MStGB unter Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens gem. § 5a KSSVO**

Durch die erste Verordnung zur Ergänzung der KSSVO vom 01.11.1939 (RGBl. I S. 2131), mit welcher § 5a in die KSSVO eingefügt wurde, war es dem Richter möglich, den gesetzlich vorgeschriebenen („regelmäßigen“) Strafrahmen zu mißachten und stattdessen, „wenn es die Aufrechterhaltung der Manneszucht oder die Sicherheit der Truppe erfordert“, auf Zuchthaus bis zu fünfzehn Jahre, lebenslanges Zuchthaus oder Todesstrafe zu erkennen (siehe § 5a KSSVO: Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 57). Ab 1943 genügte für die Überschreitung des Strafrahmens sogar, daß „der regelmäßige Strafrahmen nach gesundem Volksempfinden zur Sühne nicht ausreicht“ (vierte VO zur Ergänzung der KSSVO vom 31.03.1943, RGBl. I S. 261).

Die Befugnis, nahezu jedes militärische Delikt mit dem Tod zu bestrafen, verstößt u.a. gegen den vom BGH aufgestellten Grundsatz, daß ein Todesurteil nur dann anzuerkennen ist, wenn es besonders schweres Unrecht bestrafen sollte (s.o., BGHSt 41, S. 329 f.). Darüber hinaus zeigt es die Absicht der Nationalsozialisten, auch im Bereich des Militärs geringfügige Unbotmäßigkeiten so hart als möglich bestrafen zu können, um auf diesem Weg den absoluten Machtanspruch durchzusetzen. Dies ergibt sich auch aus der Formulierung des § 5a KSSVO in der Fassung ab 1943. Dort wird die Überschreitung des regelmäßigen Strafrahmens bei Straftaten gestattet, durch welche der „Täter einen besonders schweren Nachteil für die Kriegführung oder die Sicherheit des Reiches verschuldet hat“ (Absolon, Rudolf, Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg, S. 61). Bei militärischen Straftaten, die vom Gesetz nur mit Gefängnis bedroht sind, erscheint es widersprüchlich, diese dennoch als besonders schwerwiegend bewerten zu können. Wenn trotzdem verhältnismäßig geringfügige Straftaten als staatsbedrohend empfunden wurden und deshalb über

§ 5a KSSVO härter als im Gesetz vorgesehen bestraft werden konnten, dann geht daraus die eigentliche Absicht, nämlich die Durchsetzung und Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes hervor.

Entscheidungen, bei denen der Straftatbestand dem MStGB entnommen und die Strafe unter Anwendung des § 5a KSSVO erhöht wurde, verstoßen daher in besonderem Maße gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit (Zur Frage, ob diese Entscheidungen wegen Anwendung der KSSVO unter das Regelbeispiel des § 2 Nr. 3 i.V.m. Nr. 30 der Gesetzesanlage fallen, siehe unten die Anmerkungen zu § 2 Nr. 3).

#### **IV. Einstellung des Verfahrens**

Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Verfahren werden gem. § 1 Satz 2 NS-AufhG eingestellt. Aus strafprozessualer Sicht werden sie durch die Urteilsaufhebung wieder in den Stand nach gerichtlichem Eröffnungsbeschluß versetzt, woraus sich die Notwendigkeit der Einstellung ergibt. Unschuldige Personen, die wegen seitdem nicht verjährter Delikte angeklagt waren, sollen nicht der Gefahr einer erneuten strafrechtlichen Verfolgung ausgesetzt werden (BT-Drs. 13/10013, S. 7 f.).

## § 2

*Entscheidungen im Sinne von § 1 sind insbesondere*

1. *Entscheidungen des Volksgerichtshofs,*
2. *Entscheidungen der aufgrund der Verordnung über die Einrichtung von Standgerichten vom 15. Februar 1945 (RGBl. I S. 30) gebildeten Standgerichte,*
3. *Entscheidungen, die auf den in der Anlage genannten gesetzlichen Vorschriften beruhen.*

### **I. Konkretisierung der Generalklausel**

§ 2 benennt Regelbeispiele („insbesondere“), welche die Generalklausel des § 1 Satz 1 möglichst weitgehend konkretisieren sollen (BT-Drs. 13/10013, S. 8). Die für die Aufhebung notwendige Feststellung, ob eine Entscheidung gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit verstößt, d.h. zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes ergangen ist, braucht nicht mehr gesondert getroffen zu werden, sondern ergibt sich bei Vorliegen eines Regelbeispiels direkt aus dem Gesetz. Innerhalb der Regelbeispiele wird zwischen Entscheidungen rechtsstaatswidriger Institutionen (Ziff. 1 und 2), und Entscheidungen, die auf legislatorischem Unrecht beruhen, unterschieden. Durch letzteres wird klargestellt, daß auch Entscheidungen ordentlicher Gerichte Unrecht waren, wenn die der Entscheidung zugrundeliegenden Vorschriften selbst Unrecht gewesen sind.

Zweck des § 2 ist eine Erleichterung der Aufhebungsentscheidung, sowie die damit verbundene Beschleunigung des Aufhebungsverfahrens.

## II. Die Regelbeispiele des § 2

### 1. Entscheidungen des Volksgerichtshofes (Nr. 1)

Durch § 2 Nr. 1 werden alle Entscheidungen des Volksgerichtshofes ausnahmslos mit Ex-tunc-Wirkung aufgehoben. Die generelle Aufhebung ohne Prüfung des Inhalts der Entscheidung ist verfassungsmäßig zulässig, da der Volksgerichtshof bereits aufgrund seiner Aufgabe und Stellung in der damaligen nationalsozialistischen Rechtsordnung nicht dem Bild des Grundgesetzes von einer unabhängigen Gewalt entspricht. Urteile eines vorkonstitutionellen Gerichts, welches in erster Linie nicht der Rechtsfindung, sondern die Durchsetzung eines bestimmten politischen Willens diene, genießen nicht den Schutz des aus dem Gewaltenteilungs- und Rechtsstaatsprinzip resultierenden Verbots der gesetzlichen Urteilsaufhebung.

Auf den Inhalt der Entscheidungen kommt es nicht an, wenn es sich bei einem Gericht z.B. um ein weisungsgebundenes Revolutionstribunal gehandelt hat (BT-Drs. 13/10013, S. 8; vgl. dazu auch die generelle Aufhebung von Entscheidungen der sogenannten „Waldheimprozesse“ der DDR durch Artikel 1 § 1 Abs. 2 des 1. SED-UnBerG v. 29.10.1992, BGBl. I. S. 1814). Bezüglich des Volksgerichtshofes hat der Deutsche Bundestag bereits am 25.01.1985 in einer EntschlieÙung festgestellt, „daÙ die als „Volksgerichtshof“ bezeichnete Institution kein Gericht im rechtsstaatlichen Sinne, sondern ein Terrorinstrument zur Durchsetzung der nationalsozialistischen Willkürherrschaft war“ (BT-Drs. 10/2368, S. 2). Die Aufgabe des Volksgerichtshofes bestand nicht in der Rechtspflege, sondern in der „Bekämpfung“ von „Volksschädlingen“ und der Durchsetzung des „Führerwillens“. Damit stand er im völligen Gegensatz zur Aufgabe und Stellung einer unabhängigen, nur dem Recht verpflichteten Judikative im Sinne des Grundgesetzes, weswegen seinen Entscheidungen keine Geltung zukommen kann, selbst wenn im Einzelfall ein Urteil auch nach heutigen Maßstäben im Hinblick auf Inhalt und Verfahren nicht zu beanstanden wäre (BT-Drs. 13/10013, S. 8).

## **2. Entscheidungen aufgrund der Verordnung vom 15.02.1945 (Nr. 2)**

Für die Entscheidungen der aufgrund der Verordnung vom 15.02.1945 gebildeten Standgerichte gelten die Ausführungen zum Volksgerichtshof entsprechend. Alle Entscheidungen der aufgrund der Verordnung gebildeten Standgerichte bedurften nach Artikel IV Abs. 1 Satz 2 der Bestätigung des Reichsverteidigungskommissars. Ihre Aufgabe war, die „Deutsche Kampfentschlossenheit und Hingabe zum Äußersten“ zu wahren. Sie konnten nur auf Todesstrafe oder Freispruch erkennen. Bei diesen Standgerichten handelte es sich daher ebenfalls nicht um Institutionen einer unabhängigen Rechtspflege (BT-Drs. 13/10013, S. 8; vgl. dazu auch oben die Ausführungen zu den Standgerichten Zweiter Teil, 4.2.).

### **3. Entscheidungen aufgrund der in der Anlage genannten Vorschriften (Nr. 3)**

In dem Gesetzesentwurf vom 03.03.1998 wurde dieses Regelbeispiel noch als Nr.4 geführt, weshalb die dortige Begründung zu Nr. 4 heranzuziehen ist (siehe BT-Drs. 13/10013, S. 10). Nr. 3 des Gesetzesentwurfs betraf ursprünglich die ausdrückliche Aufhebung von Todesurteilen der Militärgerichte und sonstigen Gerichte. Diese entfiel aber schließlich (BT-Drs. 13/10013, S. 8ff.).

#### **3.1. Rückgriff auf den Vorschriftenkatalog der Kontrollratsgesetze**

Durch das Regelbeispiel der Nr. 3 werden alle Urteile mit ex-tunc-Wirkung beseitigt, die auf den in der Anlage aufgeführten Gesetzen beruhen. Der Gesetzgeber hat dabei bewußt auf die Vorschriften zurückgegriffen, welche bereits der Alliierte Kontrollrat in Artikel I des Gesetzes Nr. 1 und Artikel I und II des Gesetzes Nr. 11 sowie Artikel I des Gesetzes Nr. 55 (Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, abgedruckt bei Hemken, Sammlung der Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven, Band 1, 1946) für rechtsstaatswidrig erkannt und einschließlich aller Durchführungsbestimmungen, Verordnungen und Erlasse aufgehoben hat (der Vorschriftenkatalog ist auch abgedruckt bei Beckmann, Rainer, JZ 1997, S. 924).

Der Gesetzgeber hat den Katalog der durch den Alliierten Kontrollrat aufgehobenen Vorschriften übernommen, ohne sich noch einmal mit dem Inhalt der Vorschriften auseinander zu setzen. Nicht anders läßt es sich erklären, daß in der Gesetzesbegründung zu § 1 die Voraussetzungen für die Aufhebung von Verurteilungen wegen der Tatbestände „Kriegsdienstverweigerung“, „Desertion/Fahnenflucht“ und „Wehrkraftersetzung“ besonders erwähnt werden (BT-Drs. 13/10848, S. 17), ohne zu bemerken, daß Verurteilungen wegen „Kriegsdienstverweigerung“ und „Wehrkraftersetzung“ (beides geregelt in § 5 KSSVO „Zersetzung der Wehrkraft“) unter das Regelbeispiel des § 2 Nr. 3 i.V.m. Nr. 30 der Anlage fallen und bereits deshalb aufgehoben sind (siehe oben § 1).

### **3.2. Aufhebung auch nicht strafrechtlicher Vorschriften**

Unter den in der Anlage aufgeführten Vorschriften befinden sich auch solche, die keinen offensichtlichen strafrechtlichen Bezug haben (z.B. das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 07.04.1933, RGBl. I S. 175, Nr. 3 der Anlage). Diese Unrechtsvorschriften werden deshalb genannt, weil von der Aufhebung auch Urteile erfaßt werden sollen, die aufgrund von Durchführungsbestimmungen, Verordnungen oder Erlassen zu den jeweiligen Vorschriften ergangen sind. Eine umfangreiche Recherche nach der Existenz von Durchführungsbestimmungen etc. und eine gesonderte Auflistung erübrigt sich durch die Aufhebung der Ausgangsvorschriften.

### **3.3. Keine Ausschlußfunktion des Vorschriftenkatalogs**

Der Anlagenkatalog erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit und ist deshalb nicht abschließend. Dies eröffnet die Möglichkeit, gegebenenfalls weitere Vorschriften, die sich bei entsprechender Überprüfung als „offensichtliches NS-Unrecht“ darstellen, als solche zu qualifizieren. Der Katalog dient damit vor allem der erleichterten Gesetzesanwendung, ohne sie auf ihn zu beschränken (BT-Drs. 13/10013, S. 10).

### **3.4. Das „Beruhen“ der Entscheidung auf einer Anlagenvorschrift**

Voraussetzung für die Aufhebung ist, daß die Entscheidung auf der in der Anlage genannten gesetzlichen Vorschrift „beruht“. Das heißt, die tatbestandsmäßige Verurteilung muß sich auf eine der im Anlagenkatalog genannten nationalsozialistischen Vorschriften stützen. So sind z.B. Verurteilungen wegen „Wehrkraftzersetzung“ oder „Kriegsdienstverweigerung“ ausnahmslos ex-tunc aufgehoben, da sie sich auf § 5 KSSVO („Zersetzung der Wehrkraft“) stützen, dieser auch die tatbestandsmäßige Grundlage der Verurteilung bildet und die KSSVO im Anlagenkatalog unter Nr. 30 aufgeführt ist (siehe oben).

Anders verhält es sich jedoch bei Verurteilungen nach dem MStGB, bei denen der regelmäßige Strafraumen unter Anwendung des § 5a KSSVO überschritten wurde. Diese „beruhen“ nicht auf der KSSVO. Das tatbestandsmäßige, also das strafbare Verhalten war in vollem Umfang im MStGB geregelt. Die Verurteilung „beruhen“ daher auch auf dem MStGB. Die Aufhebung ergibt sich deshalb nicht bereits aus § 2 Nr. 3 i.V.m. Nr. 30 der Gesetzesanlage. Da aber die Anwendung des § 5a KSSVO unzweifelhaft ein „offensichtliches NS-Unrecht“ darstellt, fallen Urteile, bei denen der regelmäßige Strafraumen überschritten wurde, unter die Generalklausel des § 1 Satz 1 (siehe oben § 1).

Auch Verurteilungen wegen Fahnenflucht „beruhen“ demnach nicht auf der KSSVO. Zwar regelte § 6 KSSVO die Anwendung des § 70 MStGB (Strafe für Fahnenflucht) in der Zeit vom Kriegsbeginn bis zur Änderung des MStGB am 10.10.1940. Der Fahnenfluchttatbestand blieb durch die KSSVO aber unberührt, so daß eine Verurteilung stets auf § 69 MStGB (Fahnenflucht) beruhte. Die Verurteilungen fallen nach dem Willen des Gesetzgebers aber grundsätzlich unter die Generalklausel des § 1 (siehe oben § 1).

### § 3

- (1) Ist eine Entscheidung auf die Verletzung mehrerer Strafvorschriften gestützt und liegen die Voraussetzungen des § 1 Satz 1, auch in Verbindung mit § 2, nur hinsichtlich eines Teiles der Entscheidung vor, so wird die Entscheidung insgesamt aufgehoben, sofern der Teil der Entscheidung, der die Voraussetzung des § 1 Satz 1, auch in Verbindung mit § 2, erfüllt, nicht von untergeordneter Bedeutung ist.*
- (2) Erscheint nach Lage des Falles zweifelhaft, ob die Voraussetzungen des Absatzes 1 vorliegen, so ist die dem Täter günstigere Auslegung zugrunde zu legen.*

#### **1. Gesamtaufhebung von „Mischentscheidungen“**

§ 3 und der nachfolgende § 4 (siehe dort) regeln die Aufhebung von sog. „Mischentscheidungen“, bei denen der Täter wegen der Verwirklichung mehrerer Straftatbestände verurteilt wurde, von denen zumindest einer die Voraussetzungen des § 1 Satz 1, gegebenenfalls auch in Verbindung mit § 2, erfüllt. Ziel beider Vorschriften ist, nur typische NS-Unrechtsurteile pauschal aufzuheben, nicht jedoch Entscheidungen, in denen Straftaten der allgemeinen Kriminalität im Vordergrund stehen (BT-Drs. 13/10848, S. 18f.).

Durch § 3 hat der Gesetzgeber anerkannt, daß der Täter bei oder nach der Begehung einer Tat, die zu einer Verurteilung führte, welche nun gem. § 1 Satz 1 aufgehoben ist, häufig gezwungen war, weitere Straftaten nach den allgemeinen Strafvorschriften zu begehen. Sofern in diesen Fällen das nationalsozialistische Unrecht der Verurteilung nicht von „untergeordneter Bedeutung“ ist, d.h. wenn es im Vordergrund steht, gilt die pauschale Aufhebung für die Entscheidung insgesamt.

## **2. Fahnenflucht und typische „Begleitstraftaten“**

Als Beispiel für Entscheidungen i.S.v. § 3 lassen sich Verurteilungen wegen Straftaten im Zusammenhang mit Fahnenflucht anführen, deren Verurteilung grundsätzlich unter § 1 Satz 1 fällt. Vom Zeitpunkt der Fahnenflucht an befand sich der Deserteur in einem permanenten Zustand der Illegalität. Ihm war es kaum möglich, sich auf legale Weise die zum Überleben notwendigen Dinge zu beschaffen. Sofern der Deserteur zur Ermöglichung der Fahnenflucht bzw. zum späteren Überleben Diebstähle von Kleidung, Lebensmitteln etc. beging, steht bei der Verurteilung wegen Fahnenflucht und der Begleitstraftaten weiterhin die Fahnenfluchtverurteilung im Vordergrund. Die Entscheidung ist daher gem. § 3 insgesamt aufgehoben.

### **2.1. Fahnenflucht im Zusammenhang mit schwerer Kriminalität**

Obiges gilt nicht, wenn die der Fahnenflucht nachfolgenden Straftaten eine erhebliche kriminelle Energie erkennen lassen. Eine solche liegt bei einer „Beschaffungskriminalität“ des Deserteurs vor, die nicht mehr durch seine besondere Situation gerechtfertigt ist (Beispiel: der Deserteur begeht zur Erlangung von Geldmitteln einen Raubmord). Das gleiche gilt, wenn der Täter nach der Fahnenflucht eine nicht mehr durch die Desertion bedingte kriminelle „Karriere“ startete. In diesen Fällen kommt aber eine Teilaufhebung in Verbindung mit § 4 (siehe dort) in Betracht.

Wann nationalsozialistisches Unrecht bei der Verurteilung im Vordergrund steht, hängt somit von den insgesamt verwirklichten Straftatbeständen ab. Nach § 3 Abs. 2 ist dabei die dem Täter günstigere Auslegung zugrunde zu legen, d.h. im Zweifel zu Gunsten des Verurteilten zu entscheiden (BT-Drs. 13/10848, S. 19).

## § 4

- (1) Ist die Entscheidung in Fällen des § 3 nicht vollständig aufgehoben, so wird auf Antrag der Teil der Entscheidung aufgehoben, für den die Voraussetzungen des § 1 Satz 1, auch in Verbindung mit § 2, vorliegen.*
- (2) Über den Antrag entscheidet das Landgericht durch unanfechtbaren Beschluß.*

### **1. Teilaufhebung von „Mischurteilen“**

Die Vorschrift erlaubt eine Teilaufhebung von Entscheidungen, bei denen Straftaten der allgemeinen Kriminalität im Vordergrund stehen, das nationalsozialistische Unrecht also von „untergeordneter Bedeutung“ ist, so daß eine vollständige Aufhebung des Urteils nach § 3 ausscheidet.

Die Teilaufhebung verhindert einerseits die Aufhebung von Straftaten der allgemeinen Kriminalität, die auch heute noch als strafwürdiges Unrecht angesehen werden, andererseits ermöglicht sie die Beseitigung von NS-Unrecht, welches auch „allgemeinen“ Straftätern widerfahren konnte. Dadurch werden Wertungswidersprüche, die bei einer Aufhebung nach dem Grundsatz „ganz oder gar nicht“ entstehen würden, vermieden (BT-Drs. 13/10848, S. 18).

#### **1.1 Teilaufhebung im Zusammenhang mit Fahnenfluchtverurteilungen**

Nach § 4 kann bei einer Verurteilung wegen Fahnenflucht und nachfolgend begangener schwerer Straftaten (siehe § 3) die Entscheidung nur bezüglich der Fahnenfluchtverurteilung aufgehoben werden, wenn sie wegen der im Vordergrund stehenden allgemeinen Kriminalität gem. § 3 nicht insgesamt aufgehoben ist. Beging der Täter vor der Fahnenflucht eine schwere Straftat und wollte er sich durch Desertion lediglich der zu erwartenden Strafe entziehen, liegt keine Entscheidung im Sinne von § 1 Satz 1 vor (siehe oben § 1), weil die Verurteilung wegen Fahnenflucht dann „im übrigen die Voraussetzungen der Aufhebung“ nicht erfüllt.

Eine Teilaufhebung kommt dann nicht in Betracht. Derartige Umstände müssen sich aber offensichtlich aus dem Urteil oder den vorhandenen Akten ergeben (siehe oben § 1). Das gleiche gilt, wenn sich der Täter die Fahnenflucht z.B. erst durch einen Mord an einem Vorgesetzten oder sonstigen Kameraden ermöglichte, da auch in diesem Fall die Verurteilung der Fahnenflucht nicht unter die Generalklausel des § 1 Satz 1 fällt.

## **2. Teilaufhebung nur auf Antrag**

Die Teilaufhebung erfolgt gem. § 4 Abs. 1 auf Antrag. Antragsberechtigt sind der Verurteilte bzw. nach seinem Tode die in § 6 Abs. 1 S. 1 und 3, der über § 6 Abs. 3 auf Entscheidungen nach § 4 sinngemäß anzuwenden ist, aufgeführten Angehörigen. Sofern auch diese verstorben sind, kann die Staatsanwaltschaft die Aufhebungsfeststellung von Amts wegen treffen (siehe zur Antragsberechtigung § 6).

### **2.1. Gesonderter Antrag zum Landgericht**

Nach Absatz 2 entscheidet über den Antrag das Landgericht durch unanfechtbaren Beschluß. Nach dem Wortlaut und der Systematik setzt der Antrag zum Landgericht grundsätzlich einen erfolglosen Antrag über die Feststellung der vollständigen Aufhebung voraus. Dies ergibt sich daraus, daß § 4 einen gesonderten Antrag für die Teilaufhebung erfordert („Ist die Entscheidung in den Fällen des § 3 nicht vollständig aufgehoben, so wird auf Antrag...“). Für die Feststellung der vollständigen Aufhebung ist gem. § 6 Abs. 1 (siehe dort) die Staatsanwaltschaft zuständig. Bescheinigt diese, daß eine Entscheidung nach § 1 S. 1, gegebenenfalls in Verbindung mit § 2 und/oder § 3, vollständig aufgehoben ist, so ist das Verfahren endgültig abgeschlossen. Ein Rechtsmittel gegen die Aufhebungsfeststellung ist schon mangels Beschwer nicht gegeben. Wird der Aufhebungsantrag seitens der Staatsanwaltschaft abgelehnt, so ist dagegen der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet (BT-Drs. 13/10013, S. 11). Erfolgt auch dort keine vollständige Aufhebung, kann auf Antrag eines der in § 6 Abs. 1 genannten Antragsberechtigten das Landgericht über eine Teilaufhebung entscheiden.

Die Erschöpfung des Rechtsweges nach §§ 23 ff. EGGVG ist für einen Antrag nach § 4 Abs. 1 aber nicht erforderlich. Es muß lediglich eine für den Betroffenen ungünstige Entscheidung im Sinne des § 3 vorliegen. Lehnt also die Staatsanwaltschaft eine Gesamtaufhebung ab, kann direkt ein Antrag zum Landgericht über die Teilaufhebung gestellt werden. Die gerichtliche Überprüfung des (staatsanwaltlichen) Justizverwaltungsakts ist durch die Zuständigkeit des Landgerichts nach § 4 gewährleistet. Dieses ist dementsprechend auch befugt, gegebenenfalls eine vollständige Aufhebung nach § 3 festzustellen, wenn es die Entscheidung der Staatsanwaltschaft für falsch hält. Dies ergibt sich daraus, daß, wenn grundsätzlich bereits die Staatsanwaltschaft eine vollständige Aufhebung feststellen kann, diese Befugnis erst recht dem zwecks einer Teilaufhebung angerufenen Landgericht zustehen muß.

## **2.2. Keine eigene staatsanwaltschaftliche Entscheidung nach § 4**

Einer eigenen Entscheidung über die Teilaufhebung seitens der Staatsanwaltschaft bedarf es nicht. Da sie über die Verweisungsvorschrift des § 6 Abs. 3 selbst zu den Antragsberechtigten zählt, wäre es auch nicht nachvollziehbar, wenn sie zunächst eine Entscheidung nach § 4 Abs. 1 treffen sollte, gegen die sie dann einen Antrag zum Landgericht stellen könnte (so auch LG Berlin, Beschl. v. 17.08.1999, NJW 1999, S. 3790 ff.).

**§ 5**

***Weitergehende Vorschriften, die zur Wiedergutmachung oder Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege erlassen wurden, bleiben unberührt.***

Diese Vorschrift stellt klar, daß durch das Aufhebungsfeststellungsverfahren nach dem NS-AufhG weitergehende Vorschriften, die zur Wiedergutmachung oder Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege erlassen wurden, nicht berührt werden. Im Einzelfall ist zu überprüfen, ob eine Entscheidung bereits nach diesen Bestimmungen aufgehoben war, oder, sofern sie nicht bereits nach § 1 des Gesetzes aufgehoben ist, nach weitergehenden Vorschriften aufgehoben oder abgeändert werden kann (BT-Drs. 13/10013, S. 11).

## § 6

- (1) *Auf Antrag stellt die Staatsanwaltschaft fest, ob ein Urteil aufgehoben ist; hierüber erteilt es eine Bescheinigung. Antragsberechtigt sind der Verurteilte, nach seinem Tode seine Verwandten und Verschwägerten in gerader Linie, seine Geschwister, der Ehegatte, und der Verlobte. Sind alle Antragsberechtigten verstorben oder ist ihr Aufenthalt unbekannt, so hat die Staatsanwaltschaft die Feststellung von Amts wegen zu treffen, wenn dafür ein berechtigtes Interesse dargetan wird.*
- (2) *Zuständig ist die Staatsanwaltschaft, die das Verfahren eingeleitet hat, das der in § 1 genannten Entscheidung vorausgegangen ist. Wird am Sitz dieser Staatsanwaltschaft keine deutsche Gerichtsbarkeit ausgeübt oder läßt sich die Staatsanwaltschaft nicht bestimmen, so ist die Staatsanwaltschaft zuständig, in deren Bezirk der Betroffene zum Zeitpunkt der Tatbegehung seinen Wohnsitz hatte. Wird auch am Sitz der Staatsanwaltschaft keine deutsche Gerichtsbarkeit ausgeübt oder läßt sich die Staatsanwaltschaft aus anderen Gründen nicht bestimmen, so wird die zuständige Staatsanwaltschaft durch den Bundesgerichtshof bestimmt. Die Staatsanwaltschaft teilt dem Bundeszentralregister die Feststellung der Urteilsaufhebung mit.*
- (3) *Absatz 1 Satz 2 und 3, Absatz 2 gelten für Entscheidungen nach § 4 sinngemäß.*

### I. Das Feststellungsverfahren

#### 1. Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft und Rechtsweg der §§ 23ff.

##### EGGVG

Absatz 1 bestimmt, daß eine Feststellung über die Aufhebung eines NS-Unrechtsurteils durch die Staatsanwaltschaft getroffen wird, welche darüber eine Bescheinigung erteilt.

Die Aufhebung selbst erfolgt somit nicht durch die Staatsanwaltschaft, sondern bereits durch das Gesetz. Die Staatsanwaltschaft überprüft lediglich, ob die Voraussetzungen des § 1 Satz 1 vorliegen und die Entscheidung aus diesem Grund aufgehoben ist. Die Feststellung hat daher eine rein deklaratorische Wirkung. Die Durchführung des Verfahrens bei der Staatsanwaltschaft soll im Sinne der Antragsteller für eine zügige Feststellungsentscheidung sorgen (wozu der Staatsanwaltschaft vor allem die Regelbeispiele des § 2 an die Hand gegeben worden sind). Sofern die Entscheidung ablehnend ausfällt, ist über §§ 23 ff. EGGVG die gerichtliche Überprüfung des Justizverwaltungsaktes sichergestellt.

### **1.1. Keine Beschränkung der staatsanwaltschaftlichen Zuständigkeit**

Das LG Berlin vertritt in einer Entscheidung die Auffassung, die Staatsanwaltschaft sei nur zuständig, „wenn in der Sache noch nicht bereits eine – gegebenenfalls auch negative - gerichtliche Wiedergutmachungsentscheidung“ ergangen ist (LG Berlin, Beschl. v. 17.08.1999, NJW 1999 S. 3790 ff.). Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Zutreffend führt das LG Berlin in dem Beschluß zunächst aus, daß die Rechtskraft einer früheren Entscheidung nach anderen Wiedergutmachungsvorschriften einer Überprüfung der Aufhebung durch das NS-AufhG nicht entgegensteht. Denn die ursprünglich im Gesetzesentwurf als § 3 vorgesehene Regelung, wonach § 1 keine Anwendung finden sollte, „soweit eine rechtskräftige Entscheidung nach den zur Wiedergutmachung oder Beseitigung nationalsozialistischen Unrechts in der Strafrechtspflege erlassenen Vorschriften ergangen ist“ (BT-Drs. 13/10013, S. 2), entfiel. Daher kommt es für das Feststellungsverfahren nach dem NS-AufhG nicht darauf an, ob bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes ein rechtskräftig abgeschlossenes Verfahren nach anderen Vorschriften durchgeführt wurde oder nicht. Unabhängig von einer vorherigen Entscheidung hat die Staatsanwaltschaft nach § 6 Abs. 1 zu überprüfen, ob ein NS-Urteil nach den Tatbestandsvoraussetzungen des NS-AufhG aufgehoben ist. Eine Überprüfung einer früheren – möglicherweise negativen – rechtskräftigen Entscheidung aufgrund anderer Wiedergutmachungsvorschriften ist deshalb im Gesetz nicht vorgesehen und daher auch nicht notwendig.

Demnach ist es konsequent, daß die Staatsanwaltschaft auch trotz einer früheren, rechtskräftigen, ablehnenden Entscheidung aufgrund anderer Vorschriften für die Aufhebungsfeststellung zuständig ist, denn sie tritt in diesem Fall nicht als Rechtsmittelinstanz für eine frühere Entscheidung auf, sondern trifft eine eigene Feststellungsentscheidung aufgrund des nun geltenden NS-AufhG. Das Argument des LG Berlin, über eine gerichtliche Entscheidung in der Bundesrepublik Deutschland dürfe nur ein entsprechendes Gericht entscheiden (LG Berlin NJW 1999 S. 3791), greift deshalb nicht.

Nachdem sich der Gesetzgeber dafür entschieden hat, daß bereits vor Inkrafttreten des NS-AufhG abgeschlossene Verfahren auf dessen Anwendbarkeit keine Auswirkung haben, wäre es auch überflüssig, zwei unterschiedliche Zuständigkeiten für das Feststellungsverfahren zu begründen. Hätte der Gesetzgeber dies tatsächlich gewollt, so ist davon auszugehen, daß er eine entsprechende gesetzliche Regelung getroffen hätte. Eine Beschränkung der Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft auf NS-Urteile, zu denen noch keine gerichtliche Wiedergutmachungsentscheidung vorliegt, ergibt sich daher weder aus dem Wortlaut des Gesetzes, noch aus seiner Entstehungsgeschichte. Sie würde auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes nach einer zügigen und möglichst weitgehenden Aufhebung widersprechen. Der Gesetzgeber ging offensichtlich davon aus, daß die Staatsanwaltschaft grundsätzlich in der Lage ist, aufgrund des NS-AufhG eine deklaratorische Feststellung über die Aufhebung zu treffen. Negative, die Aufhebung versagende Feststellungsentscheidungen kann der Betroffene bzw. Antragsberechtigte über §§ 23 ff. EGGVG gerichtlich überprüfen lassen.

## **II. Antragsberechtigung**

Antragsberechtigt sind nach dem Tod des Betroffenen, seine Verwandten und Verschwägerten gerader Linie, seine Geschwister, der Ehegatte und der Verlobte. Diese Aufzählung lehnt sich an den Angehörigenbegriff des § 11 Abs. 1 Nr.1a StGB an (BT-Drs. 13/10013, S. 11). Nur wenn die aufgezählten Antragsberechtigten alle verstorben oder nicht auffindbar sind, kann der Staatsanwalt von Amts wegen tätig werden.

Dies soll die Durchführung eines Feststellungsverfahrens gegen den Willen von NS-Justizopfern verhindern. Es ist nicht auszuschließen, daß ein Betroffener oder die antragsberechtigten Angehörigen eine Verurteilung z.B. durch den Volksgerichtshof gerade als Dokumentation des geleisteten Widerstandes empfinden und deshalb eine Aufhebungsfeststellung nicht wünschen (wegen der rein deklaratorischen Wirkung ändert dies aber nichts daran, daß diese Urteile auch ohne eine entsprechende Feststellung durch das Gesetz aufgehoben sind). Für die Feststellung von Amts wegen ist die Darlegung eines „berechtigten Interesses“ Voraussetzung. Der Begriff des berechtigten Interesses entspricht dem in § 193 StGB (BT-Drs. 13/10013, S. 11). Nach der Gesetzesbegründung liegt es vor, „wenn ein vom Recht als schutzwürdig anerkannter öffentlicher oder privater, ideeller oder materieller Zweck verfolgt wird. Das ist jedenfalls immer dann gegeben, wenn die Feststellung im Interesse der Allgemeinheit liegt bzw. das Ausmaß der Rechtsverletzung oder die Stellung des Betroffenen im öffentlichen Leben die Feststellung erforderlich erscheinen lassen“.

Ausländische Staatsangehörige sind ebenfalls antragsberechtigt, soweit sie auf deutschem oder von Deutschen besetztem Gebiet Opfer einer Entscheidung im Sinne von § 1 Satz 1 NS-AufhG geworden sind.

### **III. Örtliche Zuständigkeit**

Absatz 2 regelt die örtliche Zuständigkeit. Grundsätzlich ist die Staatsanwaltschaft zuständig, die das Verfahren eingeleitet hatte. In zweiter Linie richtet sich die Zuständigkeit nach dem Sitz der Staatsanwaltschaft am Wohnsitz des Betroffenen zum Zeitpunkt der Tatbegehung. Liegen der Sitz der Staatsanwaltschaft, die das Verfahren eingeleitet hat, bzw. der Wohnsitz des Verurteilten außerhalb des Geltungsbereichs des NS-AufhG, bestimmt der Bundesgerichtshof die zuständige Staatsanwaltschaft. Absatz 2 Satz 4 statuiert eine Mitteilungspflicht der Staatsanwaltschaft an das Bundeszentralregister über die Aufhebungsfeststellung, so daß die Tilgung im Register bewirkt werden kann (BT-Drs. 13/10848, S. 14).

#### **IV. Anwendung des § 6 Abs. 1 Satz 2 u. 3, Abs. 2 auf Verfahren des § 4**

Absatz 3 bestimmt, daß die Vorschriften des § 6 bezüglich der Antragsberechtigung und örtlichen Zuständigkeit auf Teilaufhebungsverfahren nach § 4 (siehe dort) sinngemäß anzuwenden sind. Die oben aufgeführten Antragsberechtigten sind also auch für die Teilaufhebung antragsberechtigt.

#### **§ 7**

##### ***Die Aufhebung des Urteils umfaßt auch alle Nebenstrafen und Nebenfolgen.***

Die Vorschrift stellt ausdrücklich klar, daß die Nebenstrafen und Nebenfolgen im Falle der Urteilsaufhebung ebenfalls aufgehoben sind (BT-Drs. 13/10013, S. 11).

#### **§ 8**

##### ***Eintragungen im Bundeszentralregister über Urteile, deren Aufhebung gemäß § 6 festgestellt worden ist, sind zu tilgen.***

Der Gesetzentwurf sah noch die Tilgung der Eintragung nur auf Antrag des Betroffenen vor (BT-Drs. 13/10013, S. 2). Der Gesetzgeber entschloß sich jedoch zur Tilgung von Amts wegen, um den Betroffenen, die häufig keine Kenntnis darüber haben, ob eine Eintragung im Register noch vorhanden oder bereits getilgt ist, eine weitere Antragstellung zu ersparen (BT-Drs. 13/10848, S. 14) und dadurch sicherzustellen, daß noch bestehende Eintragungen im Bundeszentralregister über Urteile, deren gesetzliche Aufhebung nach § 6 festgestellt worden ist, getilgt werden (BT-Drs. 13/10848, S. 20).

**Artikel 2****Gesetz zur Aufhebung von Sterilisationsentscheidungen der ehemaligen Erbgesundheitsgerichte****§ 1**

- (1) Die eine Unfruchtbarmachung anordnenden und noch rechtskräftigen Beschlüsse, die von den Gerichten aufgrund des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 529), zuletzt geändert durch Gesetz vom 4. Februar 1936 (RGBl. I S. 119), erlassen worden sind, werden aufgehoben.*
- (2) Die Aufhebung kann nicht zum Nachteil eines Dritten geltend gemacht werden.*

Bereits mit Beschlußempfehlung vom 05.05.1988 (BT-Drs. 11/1714) hat der Deutsche Bundestag festgestellt, daß die in dem Gesetz zur Verhinderung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 vorgesehenen und auf der Grundlage dieses Gesetzes während der Zeit von 1933 bis 1945 durchgeführten Zwangsterilisierungen nationalsozialistisches Unrecht sind, und diese als Ausdruck der inhumanen nationalsozialistischen Auffassung vom „lebensunwerten Leben“ geächtet (zur Entstehungsgeschichte des Gesetzes siehe BT-Drs. 13/10284, S. 3 ff.).

**1. Anwendungsbereich und aufzuhebende Entscheidungen**

Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 13/10708) „werden nur Gerichtsentscheidungen erfaßt, mit denen nach dem Wortgebrauch des Erbgesundheitsgesetzes eine „Unfruchtbarmachung“ beschlossen worden ist. Einen solchen Beschluß konnte nur ein Erbgesundheitsgericht (§ 5 Erbgesundheitsgesetz) sowie, auf Beschwerde gegen einen ablehnenden Beschluß eines Erbgesundheitsgerichts, ein Erbgesundheitsobergericht (§ 10 Erbgesundheitsgesetz) treffen.

Solche Entscheidungen waren ausschließlich zwischen dem Inkrafttreten des Gesetzes am 1 Januar 1934 und dem 8. Mai 1945 möglich. Die Aufhebung beschränkt sich auf die noch rechtskräftigen Beschlüsse. Soweit demnach die Gerichte in der früheren Britischen Zone aufgrund der Verordnung über die Wiederaufnahme von Verfahren in Erbgesundheitssachen vom 28. Juli 1947 (Verordnungsblatt für die Britische Zone, S. 110) rechtskräftige Beschlüsse der Erbgesundheitsgerichte und Erbgesundheitsobergerichte bereits aufgehoben haben, hat es damit sein Bewenden.“

## **2. Rechte Dritter**

„Es ist nicht auszuschließen, daß die Rückwirkung der Aufhebung Rechtspositionen berührt, die Dritte in Folge der Gerichtsbeschlüsse zugefallen sein können. Im Interesse der Rechtssicherheit ist deshalb klarzustellen, daß Rechte Dritter, die unmittelbar oder mittelbar durch eine gerichtliche Sterilisationsanordnung aufgrund des Erbgesundheitsgesetzes erworben wurden, unberührt bleiben. Aus diesen Gründen sieht Absatz 2 vor, daß die Aufhebung der gerichtlichen Entscheidungen durch den Gesetzgeber nicht zum Nachteil eines Dritten geltend gemacht werden kann“ (BT-Drs. 13/10708).

## **§ 2**

***Die Verordnung über die Wiederaufnahme von Verfahren in Erbgesundheitssachen vom 28. Juli 1947 (Verordnungsblatt für die Britische Zone, S. 110; BGBl. III. 316-1a) tritt außer Kraft.***

Die Verordnung über die Wiederaufnahme von Verfahren in Erbgesundheitssachen vom 28. Juli 1947 ist mit der Aufhebung aller entsprechenden Beschlüsse der Erbgesundheitsgerichte gegenstandslos und deshalb aufzuheben (BT-Drs. 13/10708).

## **Artikel 3**

**Dieses Gesetz tritt am Tage seiner Verkündung in Kraft.**



## **Schlußbetrachtung und Ausblick**

### **1. Desertion als typisches Problem einer Armee**

Die Darstellungen über die Entwicklung des Fahnenfluchttatbestands haben gezeigt, daß überall dort, wo bewaffnete Truppen aufgestellt und eingesetzt werden, Fahnenflucht in der Form des sich der Truppe Entziehens auftritt. Die Gründe hierfür sind vielfältig. Hauptursache dürfte aber der nachvollziehbare und verständliche Wunsch des einzelnen Soldaten sein, der Lebensgefahr eines konkreten kriegerischen Einsatzes aus dem Weg zu gehen. Die Strafbarkeit der Desertion war daher bereits seit der Antike als Abschreckung notwendig, um das Funktionieren einer Armee zu gewährleisten. Dies gilt, wie die Strafbarkeit in § 16 WStG zeigt, auch heute noch für die Bundeswehr, also in einer Armee eines demokratischen Rechtsstaats.

### **2. Fahnenflucht und Widerstand gegen einen völkerrechtswidrigen Angriffskrieg**

Als ein Ergebnis der Untersuchung bleibt festzuhalten, daß Voraussetzung für die Anerkennung einer Handlung als Widerstand weiterhin ein entsprechender Widerstandswille sein muß. Ein solcher Wille kann nicht nachträglich „verliehen“ werden. Mit der generellen Bewertung der Fahnenflucht als Widerstandshandlung sollte daher anfänglich auch eine politische Grundeinstellung, nämlich die Ablehnung jeglichen Wehrdienstes zum Ausdruck gebracht werden.

Eine generelle Anerkennung der Fahnenflucht als Widerstandshandlung in einem völkerrechtswidrigen Angriffskrieg verstößt vor allem gegen die Trennung zwischen dem *ius ad bellum* und dem *ius in bello* im Völkerrecht. Diese gewährt den Soldaten Rechtssicherheit bezüglich ihrer Handlungen. Die Anerkennung eines entsprechenden Widerstandsrechts für Soldaten würde dazu führen, daß sie sich gerade in einem demokratischen Rechtsstaat bei existierenden Zweifeln an der Völkerrechtmäßigkeit eines kriegerischen Einsatzes hierauf berufen und ihre Teilnahme verweigern könnten.

Die Frage der Strafbarkeit eines Soldaten wäre auf den Zeitpunkt der endgültigen Klärung der Völkerrechtmäßigkeit eines Krieges verschoben. Die Funktionsfähigkeit einer jeden Armee wäre dadurch erheblich beeinträchtigt.

### **3. Erfahrungen und Folgerungen aus der Diskussion um die Rehabilitierung von Wehrmachtsdeserteuren und dem BSG-Urteil**

Wie sich in der Untersuchung herausgestellt hat, war der entscheidende Punkt auf dem Weg zum NS-AufhG der Wandel der Rechtsprechung durch das BSG-Urteil vom 11.09.1991. Bis dahin war eine Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure vorwiegend von den sogenannten Deserteursinitiativen und den GRÜNEN gefordert worden. Vor allem die damit gleichzeitig verbundene Ablehnung der NATO und der Bundeswehr und auch die teilweise Diffamierung der Wehrmachtsoldaten als „Nazi-Soldaten“ verhinderten zunächst eine Akzeptanz der Rehabilitierungsforderungen innerhalb der Gesellschaft. Dies änderte sich allmählich durch die erwähnte Rechtsprechung des BSG. Auch in der damaligen Regierungskoalition von CDU/CSU und F.D.P. wurden immer mehr Stimmen laut, die eine gesetzliche Umsetzung des Urteils verlangten und dadurch den Weg für einen Kompromiß ebneten.

Bedenkt man, daß für die Entscheidung des dem BSG vorgelegenen Einzelfalls eine Bewertung der gesamten Wehrmachtsgerichtsbarkeit nicht notwendig gewesen wäre, und setzt man voraus, daß sich das BSG der Bedeutung des Urteils bewußt sein mußte, läßt sich schlußfolgern, daß das Gericht mit dem Urteil auch Einfluß auf die damals bereits laufende Diskussion um den Umgang mit den Wehrmachtsdeserteuren nehmen wollte, die durch den Antrag der GRÜNEN schon in den Deutschen Bundestag getragen worden war. Dies wird auch dadurch belegt, daß sich das BSG in seiner Entscheidung vorwiegend auf das Gemeinschaftswerk von *Messerschmidt/Wüllner* stützt, welches auch die GRÜNEN für ihren ersten Antrag zur Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure herangezogen haben.

Von nun an ersetzte der Hinweis auf diese höchstrichterliche Rechtsprechung in der Diskussion um die Wehrmachtsdeserteure vielfach die Argumentation. Die ursprünglichen Forderungen der Deserteursinitiativen und der GRÜNEN verloren ihren radikalpazifistischen, grün-alternativen Charakter und stellten sich nunmehr als höchstrichterliche Aufforderung an die Politik dar, gesetzgeberisch tätig zu werden. Das Urteil des BSG ist damit auch ein Beleg dafür, daß die Rechtsprechung nicht nur auf einen Wandel gesellschaftlicher Auffassungen reagieren, sondern durch über den zu entscheidenden Einzelfall hinausgehende, allgemeine Feststellungen einen solchen Wandel auch selbst herbeiführen bzw. beeinflussen kann.

#### **4. Das NS-AufhG als Ergebnis und Ende der Diskussion um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure**

Mit der Verabschiedung des NS-AufhG verstummte die Diskussion um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure. Bereits als das Gesetz im Bundesgesetzblatt verkündet wurde<sup>514</sup>, schien sein Stellenwert in der Öffentlichkeit soweit abgesunken zu sein, daß von ihm kaum noch Notiz genommen wurde.<sup>515</sup> Dies verwundert insoweit, als das Gesetz zwar als Kompromiß von der großen Mehrheit des Parlaments angenommen wurde, sich aber schon in der Aussprache anläßlich der Verabschiedung erhebliche Auslegungsunterschiede zeigten. So verlangte der Abgeordnete *Norbert Geis* (CDU/CSU) für die Aufhebung eines Urteils gegen einen Deserteur, daß dieser Widerstand gegen das Naziregime geleistet habe.<sup>516</sup> Für die SPD ging *Herta Däubler-Gmelin* von der pauschalen Aufhebung aus.<sup>517</sup> Der Abgeordnete *Volker Beck* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) stellte mit Hinweis auf die Ausführungen von *Norbert Geis* fest, eine pauschale Aufhebung der Deserteursurteile enthalte das Gesetz nicht. Er kündigte an, daß das Gesetz nach der Bundestagswahl vom 27.09.1998 nochmals entsprechende Ergänzungen erfahren würde.<sup>518</sup>

---

<sup>514</sup> BGBl. 1998 I S. 2501 ff.

<sup>515</sup> Rudolph, Kurt, Die vergessenen Opfer der NS-Justiz, NJW 1999, S. 102 ff (104).

<sup>516</sup> Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages 13/238, S. 21948 B.

<sup>517</sup> Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages 13/238, S. 21948 D - 21950 C.

<sup>518</sup> Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages 13/238, S. 2151 C, D.

Obwohl SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN nach dem 27.09.1998 tatsächlich die Regierungsmehrheit stellten, wurde eine Änderung oder Ergänzung des Gesetzes bisher nicht vorgenommen.<sup>519</sup>

Im Hinblick auf die in der Kommentierung erarbeitete Auslegung des Gesetzes ist eine Änderung oder Ergänzung des Gesetzes bezüglich der Aufhebung von Deserteursurteilen auch nicht notwendig. Der Kompromiß wird den unterschiedlichen Interessen weitgehend gerecht, wobei dies ausweislich der Gesetzesbegründung und der Äußerungen im Deutschen Bundestag den Parteien zum Zeitpunkt der Verabschiedung nicht in diesem Maße bewußt gewesen zu sein scheint.<sup>520</sup> Insbesondere der „ideologische Glaubenskrieg“ bezüglich der Bewertung der Deserteurshandlung ist beigelegt, indem auf eine solche im Gesetz gänzlich verzichtet wird. Es verlangt einerseits kein Widerstandsmotiv des Deserteurs für die Aufhebung eines Urteils. Andererseits wertet es die Fahnenflucht aber auch nicht zur Widerstandshandlung auf. Das Gesetz liefert eine grundsätzliche Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure und gibt über die Einschränkungen der Entschließung vom 15.05.1997 und die Vorschrift zur Teilaufhebung (§ 4 NS-AufhG) dennoch die Möglichkeit, zwischen Fahnenflüchtigen und „allgemeinen Kriminellen“ zu unterscheiden.

Die hervorzuhebende Leistung des Gesetzes ist es, daß erstmals eine bundeseinheitliche Aufhebungsvorschrift existiert, die neben den vorher bestehenden Entschädigungsregelungen auch das juristische Unrecht der NS-Zeit als solches benennt. Im Hinblick auf die Aufhebung von Deserteursurteilen liefert es einen politischen und damit auch gesellschaftlichen Kompromiß, da die Fahnenflüchtigen der Deutschen Wehrmacht weder einheitlich als ehrlose Feiglinge, noch als heldenhafte Widerstandskämpfer betrachtet werden.

---

<sup>519</sup> Eine schriftliche Anfrage des Verfassers der vorliegenden Arbeit bei den Abgeordneten *Norbert Geis* (CSU), *Volker Beck* (BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN) und der Bundesjustizministerin *Herta Däubler-Gmelin* (SPD) zur Auslegung und zum Verständnis des Gesetzes nach Beendigung der parteipolitischen Auseinandersetzungen blieb ohne Ergebnis. *Norbert Geis* und *Herta Däubler-Gmelin* vermieden jede über die vorliegenden Gesetzesmaterialien hinausgehende Stellungnahme zum Gesetz. Lediglich *Volker Beck* wies in seinem Antwortschreiben vom 07.1.2000 nochmals darauf hin, daß nach den Vorstellungen von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN eine ausdrücklich im Gesetz erwähnte Aufhebung aller Fahnenfluchtverurteilungen und aller Todesurteile wünschenswert gewesen wäre.

<sup>520</sup> Das zeigt auch die anscheinend von den Parteien nicht bemerkte generelle Aufhebung der Verurteilungen wegen „Zersetzung der Wehrkraft“ (s.o.).

Auch wenn eine pauschale Bewertung aller Wehrmichtsgerichtsurteile als Unrechtsurteile juristisch bedenklich erscheint und eine Völkerrechtswidrigkeit eines Krieges sich grundsätzlich nicht nachträglich auf die juristische Beurteilung von Fahnenflucht auswirkt, so stellt die gesetzliche Aufhebung der unstrittig mehreren tausend Todesurteile vor allem eine versöhnende Geste des Deutschen Bundestages mit denjenigen dar, die, aus welchen Gründen auch immer, sich dem Krieg entzogen und dafür mit ihrem Leben bezahlten.



## Zusammenfassung

### Erster Teil

Die Entwicklung des gesetzlich festgehaltenen Fahnenfluchttatbestands geht zurück bis zum römischen Zwölftafelgesetz von ca. 450 v. Chr., welches bereits fahnenfluchtähnliche Tatbestände kannte. Strafbar war das Verhalten des sich der Truppe Entziehens im Laufe der Jahrhunderte immer. Lediglich die Strafen für die verschiedenen Begehungsformen der Desertion differierten. Wurde die Fahnenflucht im Krieg begangen, z.B. durch Überlaufen zum Feind oder durch Verlassen des Postens vor dem Feind, wurde sie besonders hart, meist mit dem Tod bestraft. Sowohl der Fahnenfluchttatbestand im Militärstrafgesetzbuch des Zweiten Weltkriegs, als auch der des heute geltenden Wehrstrafgesetzes stehen in der Tradition des deutschen Militärrechts, wie es im RMStGB von 1872 nach der Reichsgründung gesetzlich normiert wurde. Das deutsche Militärrecht sowohl des Ersten Weltkriegs, der Weimarer Republik, des Dritten Reichs und der Bundesrepublik Deutschland unterscheidet tatbestandsmäßig zwischen Fahnenflucht und unerlaubter Entfernung (heute eigenmächtige Abwesenheit). Voraussetzung für Fahnenflucht ist dabei die Absicht des Soldaten, sich seiner Dienstverpflichtung dauernd, z.B. bis zu einer Demobilisierung zu entziehen. Liegt diese Absicht nicht vor, ist der weniger schwerwiegende Tatbestand der unerlaubten Entfernung bzw. eigenmächtigen Abwesenheit erfüllt.

Besonderheiten für die Zeit des Zweiten Weltkriegs ergeben sich im Vergleich zum Ersten Weltkrieg und der heutigen Zeit hinsichtlich des für Fahnenflucht angedrohten Strafmaßes. Im Ersten Weltkrieg wurde die Todesstrafe nur für bestimmte Fälle der Fahnenflucht, wie z.B. Überlaufen zum Feind, Verlassen des Postens vor dem Feind, angedroht. Während des Zweiten Weltkriegs konnte im Kriegseinsatz jede Fahnenflucht mit dem Tod bestraft werden. Darüber hinaus wurde ein „besonders schwerer Fall“ der Fahnenflucht eingeführt, der ebenfalls mit dem Tod bestraft werden konnte. In der Bundesrepublik Deutschland ist die Todesstrafe abgeschafft. Fahnenflucht wird mit bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe bestraft.

## **Zweiter Teil**

Auch die Militärgerichtsbarkeit existiert als Sonderjustiz bereits seit dem Altertum. Sonderjustiz ist sie deshalb, weil sie an die Stelle der zivilen Justiz tritt und deren Aufgabe für einen bestimmten Personenkreis und für bestimmte (militärische) Delikte übernimmt. Die Bildung von Wehrstrafgerichten als Sondergerichte ist nach Art. 96 Abs. 2 GG auch in der Bundesrepublik Deutschland möglich. Während des Dritten Reichs galt in Deutschland zunächst die Militärgerichtsordnung, basierend auf der MStGO von 1898. Mit Beginn des Zweiten Weltkriegs wurde diese durch die Kriegsstrafverfahrensordnung ergänzt. Im Verfahren vor den ordentlichen Kriegsgerichten hatte der Angeklagte das Recht auf einen Verteidiger, er konnte Beweisanträge stellen und mußte in der Verhandlung gehört werden. Die Richter hatten ihr Urteil unabhängig zu fällen. Es war schriftlich niederzulegen. An die Stelle von Rechtsmittelinstanzen trat ein Nachprüfungsverfahren.

Neben den ordentlichen Feldkriegsgerichten existierten die Standgerichte nach der KStVO, die nur ausnahmsweise tätig werden sollten, wenn die Aburteilung aus zwingenden Gründen keinen Aufschub duldete und die Sachlage durch entsprechende Beweismittel eindeutig war. Grundsätzlich war ein zum Richteramt befähigter Offizier als Verhandlungsleiter vorgesehen. Von den ordentlichen Feldkriegsgerichten und auch den Standgerichten nach der KStVO zu unterscheiden sind die Sonderstandgerichte gegen Kriegsende, die z.T. nicht mehr mit Richtern besetzt sein mußten und nur auf Todesstrafe oder Freispruch entscheiden konnten, und die Sonderstandgerichte für politische Straftaten.

## **Dritter Teil**

In der Nachkriegszeit entstanden in den verschiedenen Besatzungszonen Gesetze zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile. Durch diese wurden insbesondere Urteile gegen Personen aufgehoben, die Widerstand gegen das NS-Regime geleistet hatten. Militärgerichtliche Verurteilungen wurden nicht angetastet.

Lediglich in der britischen Besatzungszone wurde eine Amnestie für Verurteilungen wegen militärischer Straftaten erteilt. Die Aufhebungsgesetze galten auch nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland fort. In der sowjetischen Zone waren die Aufhebungsvorschriften jedoch außer Kraft getreten, so daß nach der Wiedervereinigung 1990 auf dem Gebiet der ehemaligen DDR entsprechende Vorschriften fehlten.

#### **Vierter Teil**

Das Entschädigungsrecht in der Bundesrepublik Deutschland sieht Ansprüche für die sogenannten Verfolgten des Nationalsozialismus vor. Darunter fallen vor allem diejenigen, die Widerstand gegen das NS-Regime geleistet haben. Fahnenflucht wird grundsätzlich nicht als Widerstand im Sinne der Entschädigungsregelungen angesehen.

Das Bundesversorgungsgesetz gewährt nach § 1 Abs. 2 d BVG denjenigen einen Versorgungsanspruch, die durch ein Militärgericht verurteilt wurden, wenn die Verurteilung den Umständen nach „offensichtliches Unrecht“ war. Bis 1991 war es herrschende Meinung in der Rechtsprechung, daß eine Verurteilung wegen Fahnenflucht nur ausnahmsweise ein „offensichtliches Unrecht“ darstellt. Grundsätzlich habe das militärgerichtliche Verfahren rechtsstaatlichen Anforderungen weitestgehend genügt. Mit der Entscheidung des BSG vom 11.09.1991 wurde diese Rechtsprechung aufgegeben und entschieden, daß bereits eine Vermutung für das Unrecht der Verurteilung spreche. Das Urteil des BSG stützt sich dabei mehr oder weniger auf lediglich eine einzige Untersuchung zur Wehrmichtsgerichtsbarkeit. Die juristische Begründung, daß es in der Wehrmacht keine unabhängige Justiz gegeben habe, ist daher stark angreifbar.

## **Fünfter Teil**

Ende der siebziger, Anfang der achtziger Jahre begann die Diskussion um die Wehrmachtsdeserteure. Sie entstand aus der Friedensbewegung heraus und war stark mit der Ablehnung des NATO-Doppelbeschlusses sowie der Bundeswehr und der NATO insgesamt verbunden. Die sich zu diesem Zeitpunkt bildenden Deserteursinitiativen wurden von der Partei DIE GRÜNEN unterstützt. Diese beantragte auch erstmals 1990 die Rehabilitierung von Deserteuren der Deutschen Wehrmacht. Auch die SPD griff nun das Thema auf. Die damalige Regierungskoalition lehnte ein Rehabilitierungsgesetz jedoch ab. Als Wendepunkt läßt sich das Urteil des BSG von 1991 bezeichnen, welches sich in seiner Begründung kaum von der Antragsbegründung der GRÜNEN unterscheidet. Ab diesem Zeitpunkt geriet die damalige Regierung aus CDU/CSU und F.D.P. in eine Rechtfertigungsposition, da sie sich gegen die Auffassung eines höchsten Bundesgerichts wandte. Im Laufe der Jahre wuchs deshalb die Kompromißbereitschaft, was zunächst 1997 zur Verabschiedung einer Bundestagsentschließung führte, in welcher die Fahnenfluchturteile als grundsätzliches Unrecht bezeichnet wurden, wenn sie nicht ausnahmsweise auch heute als Unrecht anzusehen seien. Am 28.05.1998 wurde dann schließlich mit einer parteiübergreifenden großen Mehrheit das NS-AufhG verabschiedet. Bereits bei der Aussprache im Deutschen Bundestag kam aber zu Tage, daß die Fraktionen das Gesetz unterschiedlich deuteten und vorwiegend ihre vorher vertretenen Standpunkte herauslasen.

## **Sechster Teil**

In diesem Teil wird das NS-AufhG auf der Grundlage des vorher Herausgearbeiteten kommentiert. Es stellt sich heraus, daß der Gesetzgeber Verurteilungen wegen „Zersetzung der Wehrkraft“ ausdrücklich aufgehoben hat, ohne dies bei der Gesetzesabfassung zu bemerken. Verurteilungen wegen Fahnenflucht, die im Gesetz nicht erwähnt werden, sind jedoch nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes und im Hinblick auf die zuvor dargestellte Entstehungsgeschichte grundsätzlich aufgehoben.

Dies beruht weniger darauf, daß über die Frage der juristischen Bewertung von Verurteilungen wegen Fahnenflucht Einigkeit herrschte, sondern vielmehr auf dem politischen Willen, auf Grund der Vielzahl der Todesurteile auf eine Einzelfallprüfung zu verzichten und insbesondere den Streit über die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure endlich zu beenden.

## Literaturverzeichnis

- Absolon, Rudolf  
Das Wehrmachtstrafrecht im 2. Weltkrieg  
Sammlung der grundlegenden Gesetze, Verordnungen  
und Erlasse; Bundesarchiv Abt. Zentralnachweisstelle,  
Kornelimünster 1958
- Absolon, Rudolf  
Wehrdienst 1939-1945 – Das Personalwesen der  
Wehrmacht, Schriften des Bundesarchivs, Boppard am  
Rhein 1960
- Ausländer, Fietje  
Verräter oder Vorbilder? Deserteure und ungehorsame  
Soldaten im Nationalsozialismus, Band 2, Schriftenreihe  
des DIZ „Emslandlager“, Bremen 1990
- Beckmann, Rainer  
Rechtsgrundlagen zur Aufhebung nationalsozialistischen  
Unrechts in der Strafrechtspflege, JZ 1997, S. 922 ff.
- Beckmann, Rainer  
Der Streit um die Rehabilitierung der Wehrmachtdeserteure,  
NZWehrr 1998, S. 45 ff.
- Blessin/Giessler  
Bundesentschädigungs-Schlußgesetz, Kommentar zu der  
Neufassung des Bundesentschädigungsgesetzes von Dr.  
Georg Blessin/Dr. Hans Giessler, München u. Berlin  
1967
- Block, Just  
„Die Ausschaltung und Beschränkung der deutschen ordentlichen  
Militärgerichtsbarkeit während des Zweiten Weltkriegs.“, Diss. Jur.,  
Würzburg 1967
- Bösch, Hermann  
„Dr. Karl Sack“ Wehrmachtrichter in der Zeit des Nationalsozialismus,  
Schriftenreihe des RDS, Bonn 1993

- Bredemeier, Karsten „Kriegsdienstverweigerung im Dritten Reich: Ausgewählte Beispiele“, 1. Aufl., Baden-Baden 1991, zugl.: Bonn, Univ., Diss., 1990/1991
- Brill, Werner Handbuch zur Kriegsdienstverweigerung, mit einem Vorwort von Ludwig Baumann, Saarbrücken 1997
- Brockhaus Enzyklopädie 15. Aufl., 18. Band 1988
- Brodesser/Fehn/Franosch/Wirth Wiedergutmachung und Kriegsfolgenliquidation, München 2000
- Brunn/Hebenstreit/Klee Bundesentschädigungsgesetz, Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer nationalsozialistischer Verfolgung vom 29.Juni 1956, Kommentar von Dr. Walter Brunn/Richard Hebenstreit unter Mitwirkung von Heinz Klee
- Busse, Christian Völkerrechtliche Fragen zur Rechtmäßigkeit des Kosovo-Krieges, ZRP 1999, S. 416
- Cavan, George W. Das Kriegs- oder Militär-Recht, wie es solches jetzt bei der Königlich Preußischen Armee besteht. I. Band, Neudruck der Ausgabe von 1801, Bad Honnef 1982
- Dam/Loos Bundesentschädigungsgesetz in der Fassung des 2. Änderungsgesetzes (BEG-Schlußgesetz), Kommentar von Dr. jur. H.G. van Dam, Dr. jur Heinz Loos unter Mitarbeit von Hermann Zorn, Bruno Sonnabend, W. Mehler, Georg Neumann, Dr. Friedrich Rosenhaft, Berlin u. Frankfurt a.M. 1957
- Deiseroth, Dieter „Humanitäre Intervention“ und Völkerrecht, NJW 1999, S. 3084 ff.

- Eck, Christina Die Wiedergutmachung zwischen 1945 und 1989 und die Regelungen der Ansprüche von Verfolgten des Nationalsozialismus in § 1 Absatz 6 VermG, Diss. Jur., München 1996
- Fahle, Günter „Verweigern-Weglaufen-Zersetzen“ Deutsche Militärjustiz und ungehorsame Soldaten 1939-1945. Das Beispiel Ems-Jade, Edition Temmen 1990
- Fikentscher/Koch Strafrechtliche Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts, Fikentscher, Wolfgang/Koch, Rainer, NJW 1983, S. 12 ff.
- Filbinger, Hans „Die geschmähte Generation“ Politische Erinnerungen, 3. Aufl., Esslingen, München 1994
- Franke, Hermann Handbuch der neuzeitlichen Wehrwissenschaften, Erster Band, Wehrpolitik und Kriegführung, Berlin u. Leipzig 1936
- Friedrich, Jörg „Freispruch für die Nazi-Justiz“ Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948, Eine Dokumentation, überarbeitete und ergänzte Ausgabe, Berlin 1998
- Garbe, Detlef „In jedem Einzelfall... bis zur Todesstrafe“ Der Militärstrafrechtler Erich Schwinge – Ein deutsches Juristenleben, Band 1, Kleine historische Bibliothek, Hamburger Stiftung für Sozialgeschichte des 20. Jahrhunderts, Hamburg 1990
- Gritschneider, Otto Furchtbare Richter: verbrecherische Todesurteile deutscher Kriegsgesichte, München 1998

- Gritschneder, Otto Im Ergebnis richtig – in der Begründung falsch. Die Aufhebung des Kriegsgerichtsurteils gegen Rainer Beck, NJW 1998, S. 2652 f.
- Gritschneder, Otto Das Grundsatzurteil des Bundessozialgerichts über Todesurteile der NS-Kriegsgerichte, SGB 1993, S. 603 ff.
- Gritschneder, Otto Entschädigung für Witwen hingerichteter Wehrpflichtiger, NJW 1993, S. 369 ff.
- Haase, Norbert „Deutsche Deserteure“, 1. Aufl., Berlin 1987
- Haase, Norbert „Gefahr für die Manneszucht“: Verweigerung und Widerstand im Spiegel der Spruchstätigkeit von Marinegerichten in Wilhelmshaven (1939-1945), Hannover 1996
- Hannemann, Ludwig C.R. „Die Justiz der Kriegsmarine 1939-1945“; im Spiegel ihrer Rechtsprechung, Regensburg 1993
- Hemken, R. (Hrsg.) Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven, Band 1, Stuttgart 1946
- Hennike, Otto Auszüge aus der Wehrmacht kriminalstatistik, ZfMg 1966, S. 444.
- Hitler, Adolf Mein Kampf, München 1938
- Ipsen, Knut Völkerrecht, 3. Aufl., München 1990
- Isensee/Kirchhof (Hrsg.) Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Josef Isensee und Paul Kirchhof, Band III, Heidelberg 1988

- Jaeger, Renate Die NS-Militärjustiz und ihre Opfer, ZRP 1996, S. 49 ff.
- Jahr, Christoph Gewöhnliche Soldaten – Desertion und Deserteure im deutschen und britischen Heer 1914-1918, Kritische Studien zur Geschichtswissenschaft, Band 123, Göttingen 1998
- Kammler, Jörg Ich habe die Metzelei satt und laufe über... – Kasseler Soldaten zwischen Verweigerung und Widerstand (1939-1945), 2. Aufl., Kassel 1985
- Kreikamp, Hans-Dieter Zur Entstehung des Entschädigungsgesetzes in der amerikanischen Besatzungszone, in: Wiedergutmachung in der Bundesrepublik, hrsg. von Herbst, Ludolf u. Goschler, Constantin, Schriftenreihe der Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte: Sondernummer, München 1989
- Leibholz/Rupprecht Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar von Dr. Gerhard Leibholz, Reinhard Rupprecht, Köln 1968
- Maar, Ernst-Dieter Das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung im rechtspolitischen Meinungsstreit und höchstrichterlicher Rechtsprechung – Darstellung der historischen Entwicklung der Kriegsdienstverweigerung im internationalen Vergleich und Untersuchung der Ursachen für die Entwicklung in Deutschland bis Ende 1992, Diss.rer. pol., Universität der Bundeswehr, München, Neubiberg 1997
- Marxen, Klaus Das Volk und sein Gerichtshof: eine Studie zum nationalsozialistischen Volksgerichtshof, Frankfurt a.M. 1994
- Maunz-Düring Kommentar zum Grundgesetz, Band V, Loseblattsammlung, München



- Direktiven aus den Bereichen Staat, Partei, Wirtschaft, Besatzungspolitik und Militärverwaltung, zusammengestellt und eingeleitet von Martin Moll, Stuttgart 1997
- Müller, Rudolf Fahnenflucht und eigenmächtige Abwesenheit in geschichtlicher Sicht, Wehrwissenschaftliche Rundschau 1960, S. 177 ff.
- Philippi, Nina Bundeswehr-Auslandseinsatz als außen- und sicherheitspolitisches Problem des geeinten Deutschland, Europäische Hochschulschriften: Reihe 31, Politikwissenschaft; Band 318, Frankfurt a.M. 1997
- Pietzner, Heinz Die Fahnenflucht im Wehrstrafrecht, Diss. jur., Königsberg 1939
- Poeppel/v. Preußen/v. Hase Die Soldaten der Wehrmacht, hrsg. von H. Poeppel, W.-K. Prinz von Preußen, K.-G. von Hase, 3. Aufl., München 1999
- Preußisches Militair-Strafrecht Trier 1845
- Priestoph, Matthias Nationalsozialistisches Unrechtsurteil gegen Widerstandskämpfer Dr. Goerdeler u.a., ZRP 1998, S. 209 ff.
- Proske, Rüdiger Vom Marsch durch die Institutionen zum Krieg gegen die Wehrmacht, 2. Aufl., Mainz 1997
- Rittau, Martin Militärstrafgesetzbuch mit Einführungsgesetz und Kriegssonderstrafrechtsverordnung, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1943
- Romen/Risson Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872, hrsg. von Dr. jur. A. Romen und Dr. jur. Carl Risson, 2. Aufl., Berlin 1916

- Roskothen, Ernst „Groß-Paris 1941-1944“ Ein Wehrmachtrichter erinnert sich, 3. Aufl., Tübingen 1989
- Rudolph, Kurt Die vergessenen Opfer der NS-Justiz, NJW 1999, S. 102 ff.
- Saathoff/Dillmann/Messerschmidt Opfer der NS-Militärjustiz – Zur Notwendigkeit der Rehabilitierung und Entschädigung, hrsg. vom Bundesverband Information und Beratung für NS-Verfolgte e.V. und Bundesvereinigung Opfer der NS-Militärjustiz e.V., Friedrich-Ebert-Stiftung e.V. Bonn, Schriftenreihe zur NS-Verfolgung, 1. Aufl., Köln 1994
- Sagmeister, Max. E. Das Delikt der Fahnenflucht in historisch-dogmatischer Darstellung mit Berücksichtigung des österreichischen, italienischen und französischen Militärstrafrechts, Diss. jur., Universität Erlangen, Landau 1908
- Scheurig, Bodo Desertion und Deserteur, Frankfurter Hefte 1979, Heft 4, S. 38 f.
- Schindler, Dietrich Abgrenzungsfragen zwischen ius ad bellum und ius in bello, in: Völkerrecht im Dienste des Menschen, Festschrift für Hans Haug, Bern u. Stuttgart 1986
- Schlochauer, Hans-Jürgen Wörterbuch des Völkerrechts, 2. Aufl., Erster Band, Berlin 1960
- Schmidt, Helmut Mensch und Mächte, Berlin 1987
- Schnackenberg, Markus „Ich wollte keine Heldentaten mehr vollbringen“ Wehrmachtdeserteure im II. Weltkrieg Motive und Folgen untersucht anhand von Selbstzeugnissen, Oldenburger

Schriften zur Geschichtswissenschaft, Heft 4, Oldenburg  
1997

- Schölz/Lingens Wehrstrafgesetz, Kurz-Kommentar zum Wehrstrafgesetz, erläutert von Joachim Schölz, fortgeführt von Eric Lingens, 3. Aufl., München 1988
- Schreiber, Jürgen Militärgerichte als Unrechtsjustiz? NZWehrr 1993, S. 236 ff.
- Schreiber, Jürgen Wehrmachtjustiz – Anmerkungen zu den „Enthüllungen“ von Messerschmidt-Wüllner, NZWehrr 1988, S. 100 ff.
- Schwarz, Alfons Rechtsprechung durch Sondergerichte – Zur Theorie und Praxis im Nationalsozialismus am Beispiel des Sondergerichts Berlin, Diss. jur., Augsburg 1992
- Schweling, Otto Peter Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus, bearb. und hrsg. von Erich Schwinge, 1. Aufl., Marburg 1977
- Schwind, Hans-Dieter Umfang und Träger der Wehrstrafgerichtsbarkeit; Historische, rechtsvergleichende und rechtstatsächliche Untersuchungen, Diss. jur., Hamburg 1966
- Schwind, Hans-Dieter Kurze Geschichte der deutschen Kriegsgerichte, München 1966
- Schwinge, Erich Verfälschung und Wahrheit – Das Bild der Wehrmachtgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Tübingen-Zürich-Paris 1992
- Schwinge, Erich Wehrmachtsgerichtsbarkeit eine Terrorjustiz? Gedanken zu einem Urteil des Bundessozialgerichts, Schriftenreihe des RDS, Band 3, 1993

- Schwinge, Erich Die Entscheidung des BSG zu den Todesurteilen der Wehrmachtgerichte – Die Urteile der Militärjustiz „offensichtliches unrechtmäßig“, NJW 1993, S. 368ff.
- Schwinge, Erich Militärstrafgesetzbuch nebst Kriegssonderstrafrechtsverordnung, Kommentar, 6. Aufl., Berlin 1944
- Schwinge, Erich Die Entwicklung der Manneszucht in der deutschen, britischen und französischen Wehrmacht seit 1914, Tornisterschrift des Oberkommandos der Wehrmacht, Abt. Inland, Heft 46, 1941
- Seidler, Franz W. Fahnenflucht – Der Soldat zwischen Eid und Gewissen, München-Berlin 1993
- Seidler, Franz W. Die Militärgerichtsbarkeit der Deutschen Wehrmacht 1939-1945 – Rechtsprechung und Strafvollzug, München-Berlin 1991
- Seifert/Hömig Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, hrsg. von Karl-Heinz Seifert und Dieter Hömig, 4. Aufl., Baden-Baden 1991
- Selle, Dirk von Zur Strafbarkeit des politisch motivierten Tötungsverbrechens, NJW 2000, S. 992 ff.
- Sikora, Michael Disziplin und Desertion – Strukturprobleme militärischer Organisationen im 18. Jahrhundert, Berlin 1996
- Soergel, Fritz Deserteure-Initiativen, in: Deserteure. Eine notwendige Debatte, 1.Aufl., Geschichtswerkstatt Heft 22, Hamburg 1990



- Vitzthum, Wolfgang Graf (Hrsg.) Völkerrecht, bearbeitet von Michael Bothe, Eckhart Klein, Meinhard Schröder, Kay Hailbronner, Philipp Kunig, Wolfgang Graf Vitzthum, Berlin-New York 1997
- Walmrath, Lothar „Iustitia et disciplina“: Strafgerichtsbarkeit in der deutschen Kriegsmarine 1939-1945, Frankfurt a.M. 1998
- Weckbecker, Gerd Zwischen Freispruch und Todesstrafe – Die Rechtsprechung der nationalsozialistischen Sondergerichte, 1. Aufl., Frankfurt a.M. und Bromberg 1998
- Wette, Wolfram (Hrsg.) Deserteure der deutschen Wehrmacht – Feiglinge – Opfer – Hoffnungsträger, Dokumentation eines Meinungswandels, 1. Aufl., Essen 1995
- Wilke, Gerhard Soziales Entschädigungsrecht, Handkommentar zum Bundesversorgungsgesetz, 6. Aufl., Stuttgart, München, Hannover 1987
- Wulfhorst, Traugott Soziale Entschädigung – Politik und Gesellschaft: Rechtssoziologisches zur Versorgung der Kriegs-, Wehr- und Zivildienst-, Impfschaden- und Gewalttaten-Opfer, 1. Aufl., Baden-Baden 1994
- Wüllner, Fritz Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung – Ein grundlegender Forschungsbericht, 2. Aufl., Baden-Baden 1997
- Zayas, Alfred Maurice de Die Wehrmachtuntersuchungsstelle – Deutsche Ermittlungen über alliierte Völkerrechtsverletzungen im Zweiten Weltkrieg, 5. Aufl., 1995
- Zuck, Rüdiger Danke, Richter Kirchhof, danke! NJW 2000, S. 1087 f.

## **Anlagen**

- 1) „SPD will auch Hinterbliebene der Deserteure entschädigen“, Frankfurter Rundschau vom 29.10.1997
- 2) „Erneute Demütigung“, Das Sonntagsblatt vom 13.06.1997
- 3) „Der Kommunist soll büßen“, Süddeutsche Zeitung vom 11.12.1997
- 4) „Sparmaßnahme für Deserteure der Wehrmacht“, Berliner Zeitung vom 12.12.1997
- 5) „Geis: Keine übereilte, automatische Aufhebung von NS-Unrechtsurteilen durch Bundesgesetz“, Pressedienst der CDU/CSU Fraktion im Deutschen Bundestag vom 22.01.1998
- 6) „Geis: Durchsichtiges Wahlkampfgetöse von BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN“, Pressedienst der CDU/CSU Fraktion im Deutschen Bundestag vom 03.02.1998
- 7) „Grüne: NS-Unrechtsurteile aufheben“, Frankfurter Allgemeine vom 24.01.1998
- 8) „Schmidt-Jortzig kann seine guten Vorsätze nicht einlösen“, Stuttgarter Zeitung vom 04.02.1998
- 9) „NS-Unrechtsurteile schnell aufheben“, Neue Osnabrücker Zeitung vom 22.12.1997
- 10) „Auch SPD will Aufhebung von NS-Urteilen“, Süddeutsche Zeitung vom 05.02.1998
- 11) Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile (NS-AufhG vom 28.05.1998) mit Anlage (zu Artikel 1 § 2 Nr. 3)