

HUBERT ROTTLEUTHNER

Hat Dreher gedreht?

Über Unverständlichkeit, Unverständnis und Nichtverstehen in Gesetzgebung und Forschung

§ 50 StGB lautete bis zum 30. September 1968:

„(1) Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar.

(2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.“

Ab 1. Oktober 1968 galt § 50 StGB in folgender Fassung:

„(1) Sind mehrere an einer Tat beteiligt, so ist jeder ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld strafbar.

(2) Fehlen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern.

(3) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.“¹

Beide Texte klingen irgendwie verständlich. Fremdwörter sind nicht enthalten. Aus der Sicht der „Lesbarkeits“-Forschung wäre sicherlich zu monieren, dass die Sätze, insbesondere Abs. 2 der neuen Version, zu lang geraten sind. Aber ist der Text wirklich verständlich? Nur ein Spötter und der BGH können sagen: „Der Gesetzestext ist klar und eindeutig.“² Die Prädikate „verständlich, klar, eindeutig“ – bezogen auf Texte – sind mindestens „zweistellig“: Sie sind es (oder auch nicht) immer *für jemanden*. Für einen juristischen Laien sind sie wohl ziemlich unverständlich; ein Zivil- oder Öffentlichrechtler könnte ins Grübeln kommen. Erläuterungsbedürftig wäre sicherlich die Unterscheidung

¹ § 50 StGB wurde im Jahr 1968 in Art. 1 Nr. 6 des Einführungsgesetzes zum OWiG geändert, in Kraft ab 1. Oktober 1968 (BGBl. I, 503).

² BGH Urteil des 5. Strafsenats v. 20.5.1969, NJW 1969, 1181, 1182.

von Täter und Teilnehmer, um die es hier zentral geht. Als „Teilnehmer“ sieht das StGB (§§ 26 f.) den Anstifter oder den Gehilfen an. Dass der Gehilfe – so die Rechtsprechung – die Tat auch selbst ausgeführt haben kann, der Täter dabei aber im Hintergrund keinen Finger, nur seinen autoritativen Mund gerührt haben mag, dürfte den Laien irritieren. Irgendwie geht es darum, dass jeder – Täter und Teilnehmer – jeweils nach seiner Schuld behandelt werden soll. Sie sitzen nicht in einem Boot – was die Schwere der zurechenbaren Schuld angeht.

Unklar ist auch, was unter „persönlichen Eigenschaften, Verhältnissen, Umständen“, kurz dann in der neuen Fassung „persönlichen Merkmalen“ zu verstehen ist. Das ist dem Text nicht zu entnehmen. Da müsste man irgendwo nachlesen. Der Jurist weiß, wo; der Laie steht im Wald, etwas exotischer ausgedrückt: im Paragraphendschungel. Da wir uns im Folgenden, wie in einem üblichen Krimi, nur mit Mordsachen befassen werden, sei an diesem Kapitalverbrechen erläutert, was sich hinter den „persönlichen Merkmalen“ verbirgt. Zugrunde liegt die Unterscheidung zwischen „täterbezogenen“ und „tatbezogenen“ Merkmalen. Jene sind die „persönlichen“ Merkmale. Im Fall von Mord sieht das dann so aus: „täterbezogen“ sind die Merkmale aus der 1. und 3. Gruppe in § 211: niedrige Beweggründe; die Absicht, eine andere Straftat zu verdecken³ oder zu ermöglichen; als „tatbezogen“ werden angesehen: eine heimtückische oder grausame Ausführung oder eine mit gemeingefährlichen Mitteln. Das war damals herrschende Rechtsprechung. Wie üblich gab es Gegenstimmen in der akademischen Lehre.

Was ist nun neu ab 1. Oktober 1968? Drei Dinge:

(1) Eingeführt wurden in Abs. 2 persönliche Merkmale, die die Strafbarkeit des Täters erst *begründen*. Das wird verständlich in der Gegenüberstellung mit den Merkmalen (in Abs. 3), die die Strafe *schärfen*, *mildern* oder *ausschließen*. Für den Laien tut sich hier wieder der Wald/Dschungel auf, der sich nur durch weitere Literaturstudien lichten lässt. Versuchen wir es wieder am Beispiel „Mord“ zu erläutern. Allerdings wird es hier ziemlich absurd. Entgegen der überwältigenden Mehrheit in der akademischen Doktrin hielt die Rechtsprechung, und d. h. vor allem der BGH, daran fest, dass „Mord“ nicht ein besonders schwerer „Totschlag“ sei, sondern etwas davon Verschiedenes, Selbstständiges. Im Fall von Mord wird die Strafbarkeit also nicht etwa durch eine Tötung (mindestens) begründet, sondern durch die „echten Tatbestandsmerkmale“, die eine vorsätzliche Tötung als Mord im Sinne von § 211 StGB kennzeichnen. „Niedrige Beweggründe“ z. B. sind demnach keine Merkmale, die die Strafe schärfen, sondern zu allererst die Straf-

³ So jedenfalls im Urteil des BGH, 5. Strafsenat v. 15.7.1969, JR 1970, 145.

barkeit nach § 211 StGB begründen. Kombiniert man das mit der Unterscheidung von Täter und Teilnehmer, so können beim Täter strafbegründende Merkmale vorliegen, beim Gehilfen oder Anstifter aber nicht oder andere als beim Täter. Der eine handelt aus Habgier, der andere nicht; vielleicht will er eine andere Straftat verdecken; vielleicht liegt bei ihm aber überhaupt kein strafbegründendes Merkmal vor.

(2) Eingeführt wurde der Oberbegriff „*Persönliche Merkmale*“. Dadurch sollte nach der amtlichen Begründung klargestellt werden, dass auch persönliche Umstände einbezogen sind, die nur vorübergehender Natur sein können, z. B. solche Haltungen wie „aus Habgier“, „böswillig“, „gewissenlos“.⁴

(3) *Zwingend* war nun eine Strafmilderung für den Gehilfen nach Grundsätzen für die Versuchsstrafe, wenn strafbegründende und persönliche Merkmale beim Haupttäter, aber nicht beim Gehilfen vorlagen. Wenn also dem Mordgehilfen keine niedrigen Beweggründe (= strafbegründendes, persönliches Merkmal) nachzuweisen waren, war nun die Strafe zwingend zu mildern nach den Vorschriften des Versuchs, d. h. höchstens eine 15-jährige Freiheitsstrafe auszusprechen. Liegen beim Täter strafbegründende persönliche Merkmale vor, diese aber nicht beim Gehilfen, bei diesem aber andere strafbegründende persönliche Merkmale, so ist § 50 Abs. 2 nicht anzuwenden.⁵

Das klingt alles vielleicht noch ziemlich nebulös, deutlich sollte aber geworden sein, dass eine Differenzierung zwischen den Merkmalen beim Täter und beim Teilnehmer (im Folgenden geht es immer um den Gehilfen, nicht um den Anstifter) durchaus sinnvoll ist. Warum sollte man einem Gehilfen alles das zurechnen, was dem Täter eignet?

Der Konsens unter den vernünftig und gerecht Denkenden war denn auch überwältigend. Der Alternativentwurf 1966 prominenter Strafrechtsprofessoren (und einer Professorin) sah in § 30 vor:

„Fehlen besondere persönliche Merkmale, welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 61 Abs. 1 [besondere gesetzliche Milderungsgründe, u. a. bei Versuch, § 25 Abs. 2] zu mildern. Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.“⁶

⁴ Vgl. E 1962, BT-Drs. IV/650, S. 152 und dann zum EGOWiG in BT-Drs. V/1319, 61 f.

⁵ Urteil des BGH, 5. Strafsenat v. 15.7.1969, JR 1970, 145.

⁶ *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*, vorgelegt von JÜRGEN BAUMANN, ANNE-EVA BRAUNECK u. a. Tübingen 1966, 11 f.

Diese Regelung entsprach dem amtlichen Entwurf 1962 (dort § 33).⁷ Begründet wurde die neue Bestimmung damit, dass sie

„die oft gerügte Ungereimtheit des geltenden Rechts (beseitigt), das beim Fehlen besonderer persönlicher Merkmale eine Strafferabsetzung nur dann zulässt, wenn es sich um strafscharfende, -mildernde oder -ausschließende, nicht aber, wenn es sich um strafbegründende Umstände handelt“.⁸

Mit der zwingenden Strafmilderung für den Teilnehmer kehrte man eigentlich nur zurück zu der gesetzlichen Situation vor 1939.⁹ Die Änderung von § 50 StGB war jedenfalls langjährige Forderung der Wissenschaft.

Auf diese Weise ist der normative Gehalt der Regelungen vielleicht etwas verständlicher geworden. Aber verstanden hat man eigentlich noch nichts. Wie sagt doch Robert B. Brandom so schön: Zu verstehen, was jemand gesagt hat, heißt in der Lage sein, festzustellen, zu was er sich verpflichtet hat, worauf sich jemand festgelegt hat, unter welchen Bedingungen jemand seine Ansprüche als gerechtfertigt ansieht.¹⁰ Das klingt nun seinerseits wieder nicht sehr verständlich. In unserem Anwendungsfall wird die Sache noch dadurch kompliziert, dass der Gesetzgeber als der Sprecher-Akteur anscheinend selbst nicht verstanden hat, worauf er sich eigentlich festgelegt hat. Evident hat er nämlich die nicht-empirischen Konsequenzen seiner Handlungen, d. h. die durch ein Normengeflecht, in dem er sich bewegte, produzierten Konsequenzen, gar nicht erkannt. Können wir jemanden verstehen, der selbst nicht weiß, wozu er sich verpflichtet hat?

Eine Rechtsnorm steht nie allein. Sie ist eingeflochten in ein Netz von Bestimmungen, aus dem sie selbst „Impulse“ empfängt und in dem sie ihrerseits Konsequenzen auslöst. In unserem Fall sind es die Regelungen zur Verjährung von Straftaten, in denen durch den neuen § 50 Abs. 2 Rechtsfolgen ausgelöst werden. Die obligatorische Strafmilderung für den Fall, dass strafbegründende persönliche Merkmale nur beim Täter, nicht aber beim Gehilfen vorlagen, hatte, wie gesagt, zur (normativen) Folge, dass für den Gehilfen höchstens 15 Jahre Freiheitsentzug in Betracht kamen. Dafür war aber die Verjährungsfrist am 8. Mai 1960 abgelaufen. Verfahren, für die die Verjährung zuvor nicht

⁷ Vgl. Alternativ-Entwurf (Fn. 6), 66. Der amtliche Entwurf 1962 findet sich in BT-Drs. IV/650.

⁸ Alternativ-Entwurf (Fn. 6), 67.

⁹ § 4 GewaltverbrecherVO v. 5.12.1939 (RGBl. I, 2378) hatte die zwingende Strafmilderung für Beihilfe beseitigt; für Beihilfe war die Strafe zulässig, die das Gesetz für die vollendete Tat vorsah. Mit der VO zur Durchführung der StrafrechtsangleichungsVO v. 29.5.1943 (RGBl. I, 341) wurde die Regelung in das StGB aufgenommen: §§ 44, 49 StGB.

¹⁰ ROBERT B. BRANDOM, *Expressive Vernunft*. Frankfurt am Main 2000.

durch entsprechende Maßnahmen (heute § 78 c StGB) unterbrochen worden war, mussten eingestellt werden.

Diese Konsequenz konnte sich vor allem im Bereich der Verfolgung von NS-Verbrechen ergeben. Dazu muss man wissen, dass nach der Rechtsprechung und der überwiegenden Meinung in der Doktrin fast alle „Täter“ in NS-Sachen – vom „Schreibtischtäter“ bis zum KZ-Wachmann – nur Mordgehilfen waren außer Hitler, Himmler und Heydrich. Bereits oben war darauf verwiesen worden, dass der BGH auch denjenigen als „Gehilfen“ ansah, der eine Tat selbst ausgeführt hatte, aber aufgrund eines irgendwie unwiderstehlichen Befehls.¹¹ Diese Mordgehilfen konnten nun unter die Verjährung fallen: wenn bei ihnen keine strafbegründenden, persönlichen Merkmale, also vor allem keine „niedrigen Beweggründe“ nachzuweisen waren und auch keine „tatbezogenen“ Merkmale (wie z. B. eine heimtückische oder grausame Tatausführung) gegeben waren; sonst war weiterhin Verfolgung möglich.¹²

Diese Konsequenz hinsichtlich der Verjährung ist im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens, d. h. der Änderung des OWiG, nicht thematisiert worden. Erst nach der – übrigens einstimmigen – Verabschiedung im Bundestag im Mai 1968 wurde öffentlich auf diese Folge hingewiesen. Es war die *Bild am Sonntag*, die im Dezember 1968 auf die möglichen Auswirkungen aufmerksam machte; der *Spiegel* schloss sich im Januar 1969 an.¹³

Am 6. Januar 1969 erging ein Beschluss des KG, mit dem der Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls gegen Otto Bovensiepen abgelehnt wurde.¹⁴ Als Leiter der Berliner Gestapo, beteiligt u. a. an der Deportation Berliner Juden ab 1941, sei er verdächtigt, selbst niedrige Beweggründe gehabt zu haben. Das KG hielt niedrige Beweggründe für ein tatbezogenes Merkmal und vertrat die Auffassung, dass der BGH bisher auch dieser Auffassung gewesen sei; der BGH werde nicht von dieser Rechtsprechung abgehen.

¹¹ Dafür wurde gerade für NS-Sachen das „Staschynskij-Urteil des BGH vom 19.10.1962 (NJW 1963, 355) herangezogen. Hier ging es um zwei Auftragsmorde in der BRD auf Befehl des sowjetischen KGB. Seitdem gab es Bemühungen unter den Verteidigern in NS-Sachen, über den Gehilfen-Status zu einer (Teil-)Amnestie für ihre Klienten zu kommen (vgl. ULRICH HERBERT, *Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903-1989*. Bonn 1996, 496, 507).

¹² Siehe dazu auch INGO MÜLLER, *Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*. München 1987, 249.

¹³ MICHAEL GREVE, *Amnestierung von NS-Gehilfen – eine Panne? Die Novellierung des § 50 Abs. 2 StGB und dessen Auswirkungen auf die NS-Strafverfolgung*, in: *Kritische Justiz* (2000), 412-424, 413.

¹⁴ Beschluss des KG vom 6.1.1969, JR 1969, 63 f.

„Auch der Gesetzgeber des EGOWiG dürfte nicht damit gerechnet haben. Andernfalls wäre die Einfügung des § 50 Abs. 2 StGB n.F. eine verschleierte Amnestie für den größten Teil der Gehilfen bei nationalsozialistischen Gewaltverbrechen, gegen die das Verfahren dann wegen Verjährung eingestellt werden müßte. Der Senat hält es für ausgeschlossen, daß der Gesetzgeber solche Konsequenzen der neuen Vorschrift, mit der lediglich für diesen Teilbereich die Große Strafrechtsreform vorweggenommen werden sollte (vgl. § 33 E 62), gewollt hat.“

Am 20. Mai 1969 erging aber die von manchen unerwartete, von vielen befürchtete (und von anderen wohl erhoffte) Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH unter Vorsitz von Werner Sarstedt.¹⁵ Das Schwurgericht Kiel hatte am 19. März 1968 den Angeklagten Hermann Heinrichs, in der NS-Zeit Beamter des Judenreferats beim Kommandeur der Polizei in Krakau, wegen Beihilfe zu Vernichtungsmaßnahmen gegen zahlreiche Juden zu sechs Jahren Zuchthaus verurteilt. Er wusste, dass die Opfer allein aus Rassenhass umgebracht wurden. „Er hatte jedoch selbst nicht diesen niedrigen Beweggrund“ – eine sicherlich abenteuerliche Motivrekonstruktion. Er übte nur Gehorsam als Polizeibeamter gegenüber Befehlen, „obwohl er sie als verbrecherisch erkannt hatte“. Auf die Revision vom November 1968 hin wurde das Verfahren gegen ihn wegen Verjährung vom BGH eingestellt, weil, wie das Schwurgericht festgestellt hatte, bei ihm als Gehilfen das persönliche Merkmal „niedrige Beweggründe“ fehlte. Der Generalbundesanwalt (Ludwig Martin) hatte zwar in einer ausführlichen Stellungnahme¹⁶ – wie schon das KG – zu begründen versucht, dass es sich bei niedrigen Beweggründen um tatbezogene Merkmale handele. Der BGH legte aber dar, dass er schon immer die Auffassung vertreten habe, dass sie als täterbezogene Merkmale anzusehen seien.

„Der GenBA vermißt einen einleuchtenden Grund, weshalb derjenige, der als Gehilfe bei einer aus Rassenhaß begangenen Tötung mitwirkt und dabei weiß, daß sie ein Beitrag zur Ausrottung einer ganzen Volksgruppe ist, besser gestellt sein soll als der Teilnehmer z. B. an einem heimtückisch begangenen Mord'. Das ist in der Tat nicht einzusehen. Das ungereimte Er-

¹⁵ NJW 1969, 1181 = BGHSt 22, 375 ff. Werner Sarstedt, geb. 15.10.1909, 2. Staatsexamen 29.11.1934, war ab 1.5.1939 Landgerichtsrat am LG Lüneburg. In der *Deutschen Justiz* v. 10.3.1944 wird seine Beförderung zum OLG-Rat am OLG Celle mitgeteilt (und vermerkt, dass er im Kriegswehrdienst stand oder steht). Für den 1.1.1953 ist er im ersten *Handbuch der Justiz* als Richter am BGH verzeichnet; für den 1.1.1958 als Senatspräsident. Zur Rolle Sarstedts in Verfahren wegen Rechtsbeugung gegen Personen, die im Nationalsozialismus als Richter tätig waren, vgl. HUBERT ROTTLEUTHNER, Krähenjustiz, in: DICK DE MILDT (Hrsg.), *Staatsverbrechen vor Gericht. Festschrift für Frederik Rüter zum 65. Geburtstag*. Amsterdam 2003, 158–172, 165 ff., und den Beitrag von WERNER SARSTEDT, Fragen zur Rechtsbeugung, in: HANS LÜTGER (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*. Berlin 1972, 427–444.

¹⁶ NJW 1969, 1157–1159.

gebnis hat seinen Grund darin, daß ,bei den Vorarbeiten zum EGOWiG offensichtlich übersehen worden ist, welche Konsequenzen die Neugestaltung des § 50 für die Verjährung hat, insbesondere für das Problem der Verjährung der Teilnahme am Mord' (Schröder, JZ 69, 132). Die ungleichen Folgen, die die Neuregelung für die Beihilfe zu verschiedenen Arten des Mordes hat, können daher bei der Auslegung nicht berücksichtigt werden.“¹⁷

Die Diskussion ging spätestens nach dieser höchstrichterlichen Entscheidung darum, ob es sich bei der Verabschiedung von § 50 Abs. 2 StGB um eine gesetzgeberische Panne handelte („offensichtlich übersehen“) oder ob nicht ganz gezielt das Parlament und die relevante juristische Fachöffentlichkeit von Drahtziehern überrumpelt wurden, um eine Art Teilamnestie für Gehilfen bei NS-Straftaten per Verjährung zu erreichen. Wie lässt sich dieser Vorgang nun in der zeitgeschichtlichen Forschung „verstehen“? Auf der einen Seite werden die Äußerungen derjenigen, die das Geschehen für eine gesetzgeberische Panne, für ein Versehen hielten, als ehrlich akzeptiert und nicht als „Haltet-den-Dieb“-Parolen. In der Bundestagsdebatte über das 9. Strafrechtsänderungsgesetz am 11. Juni 1969 kam man auch auf die Panne zu sprechen.¹⁸ Durchweg wurde betont, dass niemand von denen, die zum Entwurf des OWiG gehört worden waren, die Konsequenz bedacht hätten: der BGH, der Generalbundesanwalt, elf Landesjustizverwaltungen; und auch die Mitglieder des Bundestages, Bundesrates und ihrer Rechtsausschüsse hätten nichts bemerkt. Bundesjustizminister Horst Ehmke führte zur Entscheidung des 5. Strafsenats des BGH aus:

„Diese Auslegung des § 50 Abs. 2 bedeutet in dem vom Gesetzgeber nicht gewollten Ergebnis, daß Beihilfe zu einer vom Täter aus niedrigen Beweggründen begangenen Tötung nicht mehr verfolgt werden kann, wenn der Gehilfe selbst nicht aus niedrigen Beweggründen gehandelt hat und wenn die Verjährung nicht vor dem 8. Mai 1960 unterbrochen worden ist. Dieses Ergebnis wird zwar die Strafverfolgungsbehörden veranlassen, besonders sorgfältig zu prüfen, ob auch beim Gehilfen niedrige Beweggründe vorlagen und ob eine aus niedrigen Beweggründen begangene Tat gleichzeitig auch heimtückisch oder grausam begangen worden ist. Trotzdem kann nicht ausgeschlossen werden, daß nach dieser Entscheidung auch sogenannte Schreib-

¹⁷ NJW 1969, 1182 = BGHSt 22, 375 ff. Der BGH bezieht sich auf HORST SCHRÖDER, Der § 50 StGB und die Verjährung bei Mord, in: JZ 1969, 132-134. Vgl. auch GÜNTHER JAKOBS, Niedrige Beweggründe beim Mord und die besonderen persönlichen Merkmale in § 50 Abs. 2 und 3 StGB, in: NJW 1969, 489-493.

¹⁸ Deutscher Bundestag – 5. Wahlperiode – 236. Sitzung, 11. Juni 1969, *Protokoll* S. 3052 ff. (mit Beiträgen von Ehmke, Bundesjustizminister, SPD; Jaeger, CSU – er hatte seinerzeit als BMJ das EGOWiG dem Bundesrat zugeleitet; sein Nachfolger Heinemann hatte es dem Bundestag vorgelegt; Hirsch, SPD – er war Berichterstatter für das OWiG im Rechtsausschuss des Bundestages; Busse, FDP – jeweils auch zu § 50 Abs. 2 StGB. Hauptthema war eigentlich die Verlängerung der Verjährung von Mord von 20 auf 30 Jahre).

tischtäter, die nicht zu den kleinen Leuten gehörten, nicht mehr verfolgt werden können.“¹⁹

Die Redner im Bundestag stimmten darin überein, dass die Regelung des § 50 Abs. 2 an sich richtig sei. Jaeger (CSU) meinte, dass ein Versehen in der Gesetzgebung hinsichtlich der Konsequenzen unterlaufen sei. Wären diese klar gewesen, dann hätte man

„bei den Verjährungsfristen für den Gehilfen nicht nach seiner Tat, sondern nach der Tat des Haupttäters bemessen und damit das Problem umgehen können ... Nachdem diese Lösung aber zustande gekommen ist, geht sie sicherlich über alles das hinaus, an was in meiner Fraktion als Lösungsversuch gedacht war.“²⁰

Er tröstet sich und seine Fraktion schließlich:

„Dem, was uns in der CDU/CSU am Herzen lag, daß nämlich kleine Mittäter wie jene erwähnten Krankenschwestern oder wie Polizeibeamte, die nur aus einer mißverstandenen Gehorsamspflicht heraus gehandelt haben, nicht mehr mit der vollen Schärfe des Gesetzes getroffen werden, ist jedenfalls Rechnung getragen worden.“

Der SPD-Abgeordnete Martin Hirsch kritisierte die BGH-Entscheidung heftig und schlug eine andere Methode der Gesetzesauslegung vor: statt der nach dem objektivierten Willen des Gesetzgebers nach dessen Motiven.

„Hier ist es aber eklatant, daß überhaupt niemand daran gedacht hat. Der Senat stellt das in seinen Bemerkungen mit einer gewissen spöttischen Nuance ausdrücklich fest. Man sollte also doch einmal überlegen, ob es richtig ist, ein Gesetz so auszulegen, obgleich feststeht, daß der Gesetzgeber etwas anderes gewollt hat oder etwas Bestimmtes nicht gewollt hat.“²¹

Von den „Drahtziehern“ wird man natürlich kein Bekenntnis zu ihren Machenschaften erwarten dürfen, jedenfalls nicht in der damaligen Zeit. Vielleicht offenbart sich jemand in einer späteren Autobiographie ...

Die Gegenüberstellung von Ahnungslosen, überrascht von den unbedachten Konsequenzen, auf der einen Seite und heimlichen Manipulatoreuren im legislativen Hintergrund auf der anderen zeichnet die Situation wohl zu scharf. Zum einen war ja durchaus bekannt, dass eine Änderung der Behandlung des Teilnehmers, wie sie dann in § 50 Abs. 2 StGB erfolgte, auch Auswirkungen auf die Verjährungsfristen haben würde. Im StGB-Entwurf 1962 war durch die §§ 33 und 127 klargestellt, dass eine obligatorische Strafminderung nicht mit einer Verkürzung der Verjährungsfristen einherging; und auch im Alternativentwurf

¹⁹ Bundestag, 11.6.1969 (Fn. 18), 13055.

²⁰ Bundestag, 11.6.1969 (Fn. 18), 13062 f.

²¹ Bundestag, 11.6.1969 (Fn. 18), 13065.

1966 war dies bedacht.²² Zudem gab es Stimmen, die darauf hinwiesen, dass eine obligatorische Milderung der Bestrafung des Teilnehmers auch Konsequenzen für die Verjährung haben müsse. Rechtsanwalt Anton Roesen, Verteidiger in SS-Einsatzgruppen-Prozessen, sprach diese Frage in einem Beitrag in der NJW an: Wenn der Entwurf des StGB realisiert würde, der zur alten Fassung vor 1939/1943 zurückkehrte mit einer zwingenden Milderung für die Beihilfe,

„so müßte eine erst nach dem 8.5.1960 wegen Beihilfe zum Mord begonnene Strafverfolgung nach § 2 StGB eingestellt werden – es sei denn, man wollte bestimmte Gruppen unter ein Ausnahmerecht stellen“.²³

Diese Voraussicht war zwar falsch, weil im Entwurf 1962 eben auch jener § 127 aufgenommen worden war, der eine Verknüpfung von Strafminderung und Verkürzung der Verjährung nicht zuließ. Aber diesen „Fehler“ Roesens kann man durchaus als Wink verstehen.

Denn dies war dann genau die „Lösung“ des Problems: die allseits konsentiertere obligatorische Strafminderung für den Teilnehmer herauszulösen aus der allgemeinen Reform des StGB mit den vorgesehenen Verjährungsregelungen. Und hier kommt jetzt die Drahtzieher-Variante ins Spiel. Verschwörungstheorien machen aus einem dumpfen Geschehen einen durchsichtigen Vorgang. Wem eine solche gespaltene Lösung zugute kommen würde, ist klar. 1963 hatte die Berliner Staatsanwaltschaft Ermittlungen gegen leitende Mitarbeiter des Reichssicherheitshauptamtes (RSHA) eingeleitet.²⁴ Im Juli 1964 wurde von der Kommission des BMJ § 50 Abs. 2 StGB aus dem Entwurf 1962 (dort § 33) in den Entwurf des EGOWiG eingefügt. Manche (von den „Gefoppten“) meinten später, dass diese Regelung in der entlegenen Materie des OWiG versteckt worden sei. Dem ist aber nicht so, denn die Regelung des § 9 OWiG musste abgestimmt werden mit dem StGB hinsichtlich der Behandlung von Täter und Teilnehmer. Zu diesem Zweck wurde der für den StGB-Entwurf im BMJ verantwortliche Ministerialdirigent Dr. Eduard Dreher von dem Leiter der für das OWiG zustän-

²² Obligatorische Strafminderung in § 30 mit Verzicht auf eine besondere Verjährungsregelung, weil durch eine Auslegung des § 11 AE es klar sei, dass die Verjährung sich nach der Regelung für den Täter richtet; vgl. *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches* (Fn. 6), 173. Insofern ist die Darstellung bei GREVE, Amnestierung von NS-Gehilfen (Fn. 13), 18, falsch.

²³ ANTON ROESEN, Rechtsfragen der Einsatzgruppen-Prozesse, in: *NJW* 1964, 133–136, 136. Dies war kein Hinweis in einer entlegenen Veröffentlichung. Es war auch keine allgemeine Bemerkung zur Frage der Verjährung, sondern ganz ausdrücklich im Zusammenhang mit NS-Prozessen.

²⁴ Vgl. ULRICH HERBERT, Best (Fn. 11), 498 ff.

digen Kommission, Lackner, zu den Beratungen hinzugezogen.²⁵ Mit dem Namen Dreher ist die Person benannt, um die sich im Folgenden alle Spekulationen hinsichtlich einer möglichen Drahtzieherschaft rankten. Die Frage, die die zeitgeschichtliche Forschung zu beantworten suchte, ist eben die: Hat Dreher gedreht? In der NS-Zeit war Dreher Erster Staatsanwalt beim Sondergericht Innsbruck; in dieser Position hatte er in mehreren Fällen versucht, wegen Nichtigkeiten die Todesstrafe durchzusetzen.²⁶ Er wurde in der BRD Leiter der Strafrechtsabteilung des BMJ, aus dem der StGB-Entwurf 1962 (mit der Neuregelung des § 33) stammte. Vorbereitet worden war dieser Entwurf durch eine Große Strafrechtskommission, deren Leiter Dreher war. Er war mit der Materie bestens vertraut, auch was den Zusammenhang zwischen Teilnahmeregelung und Verjährung angeht. In einer Anmerkung zum Urteil des BGH (5. Strafsenat) v. 22.5.1962 hatte er u. a. den Zusammenhang von Änderung der Strafdrohung und Verjährungsfrist beim Teilnehmer angesprochen.²⁷ Bei einer Änderung der Strafdrohung bliebe es bei einer vor der Änderung begangenen Tat bei der ursprünglichen Verjährungsfrist. Das entsprach ja der Regelung des Entwurfs 1962. Was sich dann bei den entscheidenden Besprechungen zur Reform des OWiG abgespielt hat, lässt sich (bislang) nicht ermitteln: Die Unterlagen über die Abteilungsleiterbesprechungen im BMJ zum EGOWiG konnten nicht ausfindig gemacht werden.²⁸ Auf jeden Fall wird man annehmen können, dass Dreher die Zusammenhänge kannte. Insofern sind die Klagen, dass „die sonst so vorzügliche Strafrechtsabteilung des Bundesministeriums der Justiz“ (und andere prominente Stellen in den Justizverwaltungen und der Gerichtsbarkeit) auf das Problem der Aus-

²⁵ GREVE, Amnestierung von NS-Gehilfen (Fn. 13), 18. Dreher gehörte dem für das OWiG verantwortlichen Referentenstab nicht an.

²⁶ Eduard Dreher, geboren am 29.4.1907, 2. Staatsexamen 1933, bis Herbst 1938 Assessor im Bezirk des OLG Dresden, dann StA am LG Leipzig, Winter 1938 StA am LG Dresden, Winter 1939 StA am LG Innsbruck, Frühjahr 1944 Erster StA am OLG Innsbruck (vgl. *Deutsche Justiz* 1938, 1345, 1580; *Deutsche Justiz* 1939, 1776; *Deutsche Justiz* 1944, 67). Im ersten *Handbuch der Justiz* ist er zum 1.1.1953 als Oberregierungsrat im Bundesjustizministerium verzeichnet, für den 1.1.1954 als Ministerialrat. Zu Dreher vgl. EDUARD RABOFSKY/ GERHARD OBERKOFER, *Verborgene Wurzeln der NS-Justiz*. Wien 1985, 77 ff.; HELMUT KRAMER, Entlastung als System. Zur strafrechtlichen Aufarbeitung der Justiz- und Verwaltungsverbrechen des Dritten Reichs, in: MARTIN BENNHOLD (Hrsg.), *Spuren des Unrechts*. Köln 1989, 101-130, 109.

²⁷ NJW 1962, 2209 f. Auf diese Urteilsanmerkung hatte auch Roesen in seinem Artikel verwiesen.

²⁸ GREVE, Amnestierung von NS-Gehilfen (Fn. 13), 419, Fn. 45. Auch Herbert kann keine Unterlagen mit Belegen für die Schiene Best - Achenbach - Dreher nachweisen.

wirkung auf die Verjährung nicht hingewiesen haben,²⁹ etwas blauäugig.

Der zeitgeschichtlichen Forschung bleiben mangels Selbstbekundungen nur Unterstellungen, etwas gehobener ausgedrückt: eine rationale Rekonstruktion. Die sieht dann etwa so aus:

„Wollte man das Ende eines Großteils der NS-Verfahren herbeiführen, hätte man eine Konstruktion finden müssen, die es ermöglichte, daß weder die Bundestagsmehrheit noch die sozialdemokratische Führung des Bundesjustizministeriums gewahr werden würde, um was es wirklich ging.

Nachdem nun sowohl der Weg über die explizite Amnestie als auch derjenige über die Verjährung von Mord verbaut war, blieb nur noch die Möglichkeit, eine de-facto-Amnestie für ‚Beihilfe‘ dadurch herbeizuführen, daß die Beihilfe zum Mord vom Mord selbst strafrechtlich stärker abgekoppelt würde. Nach geltendem Recht war nämlich die Beihilfe zum Mord ebenso mit der Höchststrafe ‚lebenslänglich‘ bedroht wie Mord, wenn auch die Urteile wegen Beihilfe in der Praxis meist viel niedriger ausfielen, insbesondere bei den NSG-Verfahren. Dadurch aber lag auch die Verjährungszeit bei Beihilfe ebenso hoch wie bei Mord, nämlich bei 20 Jahren. Würde man nun aber die Beihilfe von vornherein mit geringeren Strafen bedrohen als Mord, wäre die Verjährungsfrist nicht erst bei 20, sondern schon bei 15 Jahren abgelaufen. Fand man nun weiter einen Weg, eine solche Gesetzesänderung an entlegener und von jeglichem Bezug zu NS-Verfahren entfernter Stelle zu plazieren und aussehen zu lassen wie eine strafprozessuale Formalie ohne konkrete Relevanz, so war vielleicht auf diesem Weg die ersehnte ‚Teilamnestie‘ erreichbar.“³⁰

Stützen für diese Rekonstruktion meint Herbert zu finden in folgenden Umständen³¹: Die Regelung war zeitlich vorgezogen, außerhalb der Großen Strafrechtsreform; sie war unauffällig, entlegen, unter irreführendem Titel verpackt; Dreher, „der seit jeher in Fragen der Amnestie für NS-Täter ebenso aufmerksam wie engagiert war“, war Leiter der Strafrechtsabteilung des BMJ, aus der der Referentenentwurf stammt; und auch die Tatsache, „daß die Presse wenige Wochen nach der Verabschiedung des Gesetzes sofort bemerkte, was zuvor alle jahrelang übersehen hatten“. (Alle ja eben nicht ...)

Der rational rekonstruierte Drahtzieher hat sich 1970 (nach Verabschiedung (1969), aber vor Inkrafttreten des 2. Strafrechtsreformgesetz-

²⁹ So Jaeger im Bundestag am 11.6.1969 (Fn. 18), 13062. Auch die Bemerkung des SPD-Abgeordneten Hirsch bei dieser Gelegenheit: „Ich weiß nicht ... , ob nicht der Umstand, daß alle Juristen in diesem Lande nicht zu dem Ergebnis gekommen sind, daß die Änderung der Beihilfebestimmungen, die richtig war, auch Konsequenzen für die Verjährungsbestimmungen haben würde, geradezu beweist, wie problematisch die Berliner Entscheidung ist“ verkennt, dass dies eben nicht für alle Juristen zutrifft.

³⁰ HERBERT, Best (Fn. 11), 508.

³¹ HERBERT, Best (Fn. 11), 510.

zes (1975)) als „Min.-Dirig. a.D. Dr. E. Dreher, Bonn“ noch einmal zur Problematik des § 50 Abs. 2 StGB zu Wort gemeldet in Form einer Anmerkung zum Urteil des BGH v. 15.7.1969:

„Die sogenannte gesetzgeberische Panne, die bei dessen Einführung unterlaufen sein soll, kann doch, wenn überhaupt, nur darin liegen, daß man verabsäumt hat, gleichzeitig schon § 78 IV StGB i. d. F. des 2. StrRG einzuführen, der die für § 1 StGB anerkannte abstrakte Betrachtungsweise auch für die Berechnung der Verjährungsfristen mit der Folge zum Gesetz erhebt, daß sich die Verjährungsfrist für die Beihilfe nach der für die Haupttat richtet. Nach meiner Auffassung sprechen durchschlagende Gründe dafür, diese Auslegung schon jetzt den §§ 50 II, 67 StGB zugrunde zu legen.“³²

Für das eigentliche Problem des § 50 StGB hält er die obligatorische Milderung. Er schlägt – gegen den BGH – eine andere Betrachtungsweise von tat- und täterbezogenen Merkmalen vor. Es käme auf die „Distanz zur Tat“ an. Er legt die Betonung auf „besondere persönliche Merkmale“, d. h., besondere Umstände, die den Gehilfen in weitere Distanz zum Täter rücken.

Hat Dreher hier nur abgewiegelt, Nebelkerzen geworfen? Immerhin gibt er ja sogar einen Hinweis, wie „die sogenannte gesetzgeberische Panne“ geheilt werden könnte. Die Gerichte haben diesen Ball aber nicht aufgenommen. Und das ist das eigentlich Auffällige, das in der Entgegensetzung von Panne und Drahtzieherei verloren geht: die große Bereitschaft, mit der die Regelung des § 50 Abs. 2 StGB benutzt wurde, um zu einer ziemlich umfangreichen Amnestie zu kommen. Für die Gerichte bestand doch die Alternative, entweder die Panne, wenn sie denn eine war, zu heilen oder sich zu Komplizen der oder des Drahtziehers zu machen. Der 5. Strafsenat des BGH hat sich im Mai 1969 klar entschieden – obwohl der Generalbundesanwalt einen anderen, „vertretbaren“ Weg gewiesen hatte. Auch in der Bundestagsdebatte vom 11. Juni 1969 findet sich eine Stimme, die nicht in das Muster der offiziellen Bestürzung ob der Panne passt. Der FDP-Abgeordnete Busse hielt, wie alle Vorredner, § 50 StGB für völlig richtig.

„Wir bejahen aber auch, daß der Ablauf der Verjährungsfrist differenziert sein muß nach der Schwere der Strafe, die für das Vergehen angedroht ist. Es ist also nur eine logische Konsequenz, daß dann die Strafe des Beihilfers, bei dem die subjektiven Voraussetzungen des Mörders eben nicht gegeben sind, früher verjähren muß. – Ob wir das gewollt haben, ob wir daran gedacht haben, ist gleichgültig. Es ist eine logische Konsequenz, die sich aus dem Tatbestand ergibt. Wenn wir nicht daran gedacht haben – Herr Hirsch, der logische Fehler in Ihrer Rede –, so haben wir auch nichts gewollt. Wir haben die Verjährung weder ändern noch verlängern wollen. Wir haben

³² JR 1970, 146 ff.

eben nicht daran gedacht und haben keinen Willen in dieser Hinsicht gehabt. Nur so kann man sagen, denn sonst wäre es wohl anders gewesen.“³³

Hier ist also jemand, der im Namen seiner Logik die Verjährungskonsequenz akzeptieren konnte. Und so taten es wohl auch die vielen Staatsanwälte und Gerichte, die mit NS-Straftaten befasst waren – ob aus Überzeugung, ob aus Gründen der Arbeitsentlastung, muss man wohl angesichts der Überdetermination menschlichen Strebens offen lassen. Über die tatsächlichen Auswirkungen der Novellierung von § 50 Abs. 2 StGB und des BGH-Urteils vom Mai 1969 herrscht allerdings einige Unklarheit. Ingo Müller behauptet, dass damit die Verbrechen sämtlicher Nazi-Mordgehilfen verjährt wären; insbesondere das größte Verfahren gegen NS-Verbrecher, das zur Anklagereife gediehen war – das gegen Mitglieder des RSHA – habe nun eingestellt werden müssen.³⁴ Nach Ulrich Herbert seien mit dem BGH-Urteil die meisten NSG-Verfahren mit einem Schlag an ihr Ende gekommen. Die überwiegende Zahl der eingeleiteten Verfahren gegen führende Mitarbeiter von Gestapo, SD und RSHA sei eingestellt worden.³⁵ Erst Michael Greve hat die Lage genauer untersucht.³⁶ Anfang Juni 1970 wurden Verfahren gegen acht Sachbearbeiter im Schutzhaftreferat des RSHA eingestellt; die StA war in der Anklageschrift selbst davon ausgegangen, dass keine niedrigen Beweggründe vorgelegen hätten. Weiter weist er sechs andere RSHA-Verfahren nach, die eingestellt wurden. Die Prognose von Horst Schröder, dass „bei den sogenannten Kriegsverbrecherprozessen, bei denen die Verjährung die Öffentlichkeit besonders bewegt hat“, relativ selten die neue Bestimmung des § 50 Abs. 2 StGB greifen werde – „Auch die sogenannten Schreibtischtäter dürften regelmäßig ihre Taten aus niedrigen Beweggründen begangen haben.“ –, trat freilich nicht ein.³⁷ Die Gerichte legten das Tatbestandsmerkmal „niedrige Beweggründe“ sehr eng aus. Wenn jemandem abgenommen wurde, dass er auch noch so verbrecherische Befehle nur befolgt habe, konnte wegen Verjährung eingestellt werden. Die Gerichte verneinten auch meist die Merkmale Grausamkeit und Heimtücke, die als tatbezogene Merkmale die Privilegierung der frühzeitigen Verjährung ausgeschlossen hätten. Es klingt nur noch zynisch, wenn es zur Standardformel von Gerichten wurde, dass Grausamkeit nicht vorliege, wenn den Opfern keine „über den Tötungszweck hinausgehenden Schmerzen, Qualen oder Leiden“ zuge-

³³ Bundestag, 11.6.1969 (Fn. 18), 13068 f.

³⁴ MÜLLER, Furchtbare Juristen (Fn. 12), 247 f.

³⁵ HERBERT, Best (Fn. 11), 510.

³⁶ GREVE, Amnestierung von NS-Gehilfen (Fn. 13), 421 ff.

³⁷ SCHRÖDER, Der § 50 StGB und die Verjährung bei Mord (Fn. 17), 134.

fügt wurden.³⁸ § 50 Abs. 2 StGB kam allen Gruppen von NS-Tätern zugute, denen es gelang, „niedrige Beweggründe“ auszuschließen; vor allem dem kleinen Täter, aber auch einigen Beschuldigten in leitenden Positionen. Wenn nicht schon die Tatbestandsmäßigkeit verneint wurde oder über die Verjährungsregelung eine Einstellung erreicht wurde, blieb schließlich noch die Beendigung wegen Verhandlungsunfähigkeit.³⁹

In der Zuspitzung auf Schludrigkeit bei den an der Gesetzgebung Beteiligten versus Schlitzohrigkeit bei den Drahtziehern geht der Aspekt der Bereitwilligkeit der Justiz verloren, mit der sie NS-Täter von Verfolgung und Strafe verschonte. Die Praxis folgte nicht irgendeiner Notwendigkeit, gar der Logik, allenfalls der des Abgeordneten Busse. Es gab andere Optionen. Der Generalbundesanwalt und das KG hatten niedrige Beweggründe als tatbezogene Merkmale behandelt; Dreher hatte eine Differenzierung innerhalb der besonderen persönlichen Merkmale vorgeschlagen. Er hatte auch auf die Möglichkeit hingewiesen, schon vor Inkrafttreten des neuen StGB die Verjährungsfristen an die Haupttat zu knüpfen. Man hätte § 211 StGB mit der herrschenden akademischen Lehre als Qualifizierung von Totschlag einstufen können; dann wäre der Bezug auf die strafbegründenden Merkmale entfallen. Der BGH hätte sich von der „subjektiven“ Teilnahmetheorie verabschieden können, auf deren Basis Strafmilderungen für NS-Gewaltverbrecher durch deren Einstufung als „Gehilfen“ möglich wurden.⁴⁰ Schließlich hätte man die Tatbestandsmerkmale „niedrige Beweggründe“ (wie von Horst Schröder angeregt) und „grausam“ in einer weniger täterfreundlichen Weise auslegen können. Unter welchen Bedingungen entfaltet sich juristische Phantasie?

³⁸ Vgl. BGH v. 20.5.1969, NJW 1969, 1182; GREVE, Amnestierung von NS-Gehilfen (Fn. 13), 423, Fn. 73.

³⁹ Etwa in den Verfahren gegen Werner Best und Bruno Streckenbach (Amtschef im RSHA und Einsatzgruppenleiter in Russland); vgl. MÜLLER, Furchtbare Juristen (Fn. 12), 249 und HERBERT, Best (Fn. 11), 511 ff.

⁴⁰ Im wissenschaftlichen Schrifttum war dagegen die Tatherrschaftslehre die absolut herrschende Auffassung. Speziell in NS-Prozessen wurde „die Gehilfenschaft ... als Ersatz für eine gesetzlich nicht vorgesehene Milderungsklausel verwendet“. Vgl. dazu CLAUS ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*. 6. Aufl., Berlin 1994, 624 ff., 625.