

**Schriftliche Stellungnahme von  
Richter am OLG a.D. Dr. Helmut Kramer  
zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung  
als Sachverständiger im  
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages  
am 5. Mai 2008**

**I. Zum Inhalt und zur Dogmatik des § 57 Militärstrafgesetzbuch .**

§ 57 Militärstrafgesetzbuch (Mil.StrG) lautet: „Wer im Felde einen Landesverrat nach § 91 b Abs. 1 des Strafgesetzbuchs begeht, wird wegen Kriegsverrats mit dem Tode bestraft“. Mit dieser Bezugnahme auf den Tatbestand des Landesverratsparagrafen (§ 91 b StGB) unterschied sich § 57 Mil.StrG grundsätzlich von den von 1872 (mit dem Mil.StrG vom 20.06.1872) bis 1933 geltenden Vorschriften über Kriegsverrat. Während jene den Kriegsverrat durch eine umfangreiche Aufzählung detaillierter Tatbestände konkret definierten, begnügte sich § 91 b StGB mit einer äußerst schwammigen Tatbestandsbeschreibung: „Wer im Inland oder als Deutscher im Ausland es unternimmt, während des Krieges gegen das Reich oder in Beziehung auf einen drohenden Krieg der feindlichen Macht Vorschub zu leisten oder der Kriegsmacht des Reichs oder seiner Bundesgenossen einen Nachteil zuzufügen, wird mit dem Tode oder mit lebenslangem Zuchthaus bestraft“.

Damit ist § 57 Mil.StrG das Extrembeispiel eines nationalsozialistischen Unrechtsgesetzes. Während § 91 b StGB immerhin neben der Todesstrafe die Verhängung von Zuchthausstrafe ermöglichte, wurde durch die Bezugnahme des Landesverrats für Kriegsverrat die Todesstrafe zwingend. Indem § 57 Mil.StrG ohne weitere Erfordernisse das Vorliegen eines Verrats i. S. von § 91 b StGB unabhängig vom Schweregrad der begangenen Tat zur zwingenden Verhängung der Todesstrafe genügen ließ, schloss es jede Möglichkeit einer differenzierten Strafbemessung aus, also auch die Möglichkeit, bei – nach äußerer Tathandlung und Grad des Verschuldens – geringerer Tatschwere eine sei es noch so lange Zuchthausstrafe zu verhängen.

Bereits die schwammige, Willkürurteile ermöglichende Tatbestandsfassung ist ein dem § 57 Mil.StrG anhaftender schwerwiegender Makel, der in Ergänzung der Anlage zu Art. 1 § 2 Nr. 3 NS-AufG vom 25.08.1998 eine Kennzeichnung als nationalsozialistisches Unrechtsgesetz rechtfertigt.

Von den zu einer pauschalen Aufhebung der auf sie gestützten Urteile führenden Unrechtsvorschriften, wie sie bereits zu den erwähnten Unrechtsaufhebungsgesetzen geführt haben, hebt § 57 Mil.StrG sich in seiner Rigorosität um so schärfer ab, als diese entweder die Todesstrafe nicht zwingend vorschrieben oder rechtsstaatlichen Mindeststandards durch präzisere Tatbestandsbeschreibungen entsprachen. Selbst die ähnlich pauschalen Tatbestände des § 5 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 der Kriegssonderstrafrechtsverordnung sahen in Fällen von geringerer Schwere im Strafmaß die Möglichkeit einer Korrektur durch Verhängung auch von Zuchthausstrafen vor. § 57 ist das extremste Beispiel in dem reichhaltigen Bestand nationalsozialistischer Unrechtsgesetze.

Auch die Tatbestände des politischen Strafrechts (§§ 80 - 93 StGB – Hochverrat und Landesverrat) sahen die Todesstrafe ohne Möglichkeit der Strafmilderung in minder schweren Fällen nur bei Tatbeständen mit konkret umschriebenen Tatbestandsmerkmalen vor. Das einzige nationalsozialistische Gesetz, das als einzige Strafe die Todesstrafe bestimmte, war die Metalldiebstahlsverordnung. Während es aber in der zivilen Strafjustiz aufgrund dieser Verordnung nur zu wenigen Todesurteilen kam, weil die Richter schon bei der Beweisaufnahme und Sachverhaltsfeststellung auf Auswege sannen, selbst wenn nach Aktenlage die Erfüllung des Tatbestandes offensichtlich war, weiteten das Reichskriegsgericht und andere Wehrmachtsgerichte in ihrer Willkürrechtsprechung das auslegungsbedürftige Tatbestandsmerkmal des „Verrats“ bis zur völligen Auflösung des Begriffs aus. Welche Möglichkeiten es gab, der Todesstrafe auszuweichen, zeigt der unterschiedliche Ausgang von wegen „Kriegsverrat“ eingeleiteten Strafverfahren, je nachdem ob ein einfacher Soldat oder ein ranghöherer Offizier vor Gericht stand. Das reichhaltige Arsenal des Militärstrafrechts mit seinen schwammigen Tatbeständen bot ergebnisorientierten und im Hintergrund politisch gesteuerten Richtern bei der Wahl der angewandten Strafnormen die Möglichkeit eines beliebigen Normzugriffs. Stand ein Offizier vor Gericht, wurde oftmals nur wegen Wehrkraftzersetzung angeklagt und verurteilt. Handelte es sich aber um einen Soldaten, kam zumeist unerbittlich der Tatbestand des Kriegsverrats zur Anwendung (vgl. Wolfram Wette / Detlef Vogel (Hg.), Das letzte Tabu. NS-Militärjustiz und Kriegsverrat, Berlin 2007, S. 32 f.) Eine ähnlich „elastische“ Rechtsprechung lässt sich übrigens auch in der Judikatur des Volksgerichtshofs und der Sondergerichte nachweisen. Ebenso rechtstechnisch begabte wie dienstbare Juristen ebneten in Kommentaren und Aufsätzen bereits für die Art der Anklageerhebung den Weg zu einer solchen differenzierten Praxis (vgl. Dr. Eduard Dreher, Konkurrenzverhältnisse im Heimtückegezet vom 20.12.1934 in: Deutsche Justiz 1940, S. 1189 f. Eduard Dreher zeigte sich als qualifizierter Jurist auch später als Generalreferent im Bundesjustizministerium für die große Strafrechtsreform und als Herausgeber des bekannten Kommentars von Schwarz-Dreher, später Dreher, dann Dreher-Tröndle).

Soweit unter den nationalsozialistischen Terrorgesetzen überhaupt noch eine Steigerung denkbar ist, übersteigt der Unrechtsgehalt des § 57 Mil.StrG viele der nach § 2 des NS-AufhG vom 25.08.1998 zu einer automatischen Urteilsaufhebung führenden NS-Gesetze, darunter §§ 80 - 94 StGB, einschließlich § 91 b StGB, der gesamten Kriegssonderstrafrechtsverordnung und der Volksschädlingsverordnung. Durch die Kombination extrem unpräziser Tatbestandsmerkmale mit der zwingend vorgeschriebenen Todesstrafe verstößt § 57 Mil.StrG eindeutig gegen die auch von einem Diktator zu respektierenden elementaren Menschenrechte, ohne dass es noch auf die rechtsstaatswidrige praktische Anwendung der Vorschrift durch die Wehrmichtsgerichte und darauf ankäme, dass die Wehrmichtsjustiz schon wegen der ihren Richtern fehlenden Unabhängigkeit (der „Gerichtsherr“ konnte jedes missliebige Urteil aufheben) insgesamt eine spezifische Institution des nationalsozialistischen Terrorsystems war und dass deshalb die Vermutung der offensichtlichen Ungerechtigkeit ihrer Todesurteile begründet ist (vgl. Urteil des Bundessozialgerichts vom 11.9.1991, NJW 1992, S. 934).

Selbst nach nationalsozialistischen Standards ist eine solche extreme Strafrechtsnorm einzigartig. Erklären lässt sich ihr Zustandekommen nur aus der nationalsozialistischen Ideologie. Danach war der Krieg ein allerhöchster Wert, im Unterschied zu allen anderen Werten, einschließlich der Menschenrechte, insbesondere auch des Lebensrechts aller Völker. Dabei respektierte die nationalsozialistische Rechtsauffassung nicht einmal das Recht auf das Leben der eigenen Bürger. Das Leben und die Rechte der Bürger missachtete sie, nach dem in vielen Ansprachen Hitlers und anderer nationalsozialistischer Ideologen bekundeten Grundsatz „Du bist nichts, Dein Volk ist alles“. Deshalb wurde die Todesstrafe wegen Begehung von „Kriegsverrat“ selbst dann verhängt, wenn das Tun des „Verräters“ auf nichts anderes gerichtet war, als in nun selbst für Blinde aussichtsloser Lage eine Großstadt wie Düsseldorf vor dem ohne freiwillige Übergabe unmittelbar drohenden Großbombardements zu retten (vgl. den Fall bei C. F. Rüter, Justiz und NS-Verbrechen, Bd. 4, Nr. 125, S. 191 ff.). Selbst in diesem Fall konnte der Bundesgerichtshof sich aber in seinem die das Todesurteil aussprechenden Richter freisprechenden Urteil nicht zu wenigstens einer moralischen Rehabilitierung der wegen Kriegsverrats verurteilten und hingerichteten Düsseldorfer Bürger entschließen; auch die Vollstreckung des Urteils, wenige Stunden vor dem erwarteten Einmarsch der amerikanischen Armee, sei nicht zu beanstanden; ebenso wie das Todesurteil selbst habe auch die Vollstreckung der „Aufrechterhaltung der militärischen Ordnung“ gedient.

## **II. Zum Aspekt des Rechts zum Widerstand gegen den verbrecherischen Angriffs- und Vernichtungskrieg des NS-Regimes**

In sämtlichen der von der historischen Forschung ermittelten Fällen einer Verurteilung nach § 57 Mil.StrG fehlten die zu einer solchen Verurteilung erforderlichen Voraussetzungen. Keiner dieser Fälle war geeignet, den Kriegsgegnern „Vorschub zu leisten“ oder „der Kriegsmacht des Reichs oder seiner Bundesgenossen einen Nachteil zuzufügen“. Diese Taten waren nicht einmal ein untauglicher Versuch im strafrechtlichen Sinn. Eine zur Verwirklichung des Tatbestandes untaugliche Handlung ist nicht strafbar.

Unter den niemals angeklagten Fällen mag es Beispiele gegeben haben, in denen der Tatbestand des § 57 Mil.StrG erfüllt war, wenn auch nur aus der Sichtweise der damaligen NS-Juristen.

Gerade in diesen Fällen, in denen ein solcher Verrat effektiv zur Abkürzung dieses Krieges hätte führen können – hätten die Regierungen der vor dem Überfall stehenden Länder solche Warnungen ernst genommen –, ist es aber nie zu einer Verurteilung gekommen. Der durch Oberstleutnant Hans Oster und andere Offiziere begangene Verrat deutscher Angriffspläne und Angriffstermine an die Niederlande, an Frankreich, Belgien, England, Dänemark, Norwegen und Jugoslawien, hat niemals eine Verfolgung ausgelöst. Weil es wegen „echten“ Kriegsverrats somit nie zu einer Anwendung des § 57 Mil.StrG gekommen ist, ist die Frage nach der juristischen und moralischen Bewertung solcher Taten rein fiktiv. Die folgenden Ausführungen verstehen sich deshalb nur hilfsweise.

Die Meinung, dass die Angriffspläne der Deutschen Wehrmacht, ihre Stellungen und Truppenbewegungen nicht hätten an den „Feind verraten“ werden dürfen, kann aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geteilt werden. Nach Art. 20 Abs. 4 GG hat jeder Deutsche das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist. Nach inzwischen einhelliger Auffassung, bestätigt durch die Entschließung des Deutschen Bundestages vom 15.05.1997, war der Zweite Weltkrieg ein von deutscher Seite entfesselter Krieg, ein „Angriffs- und Vernichtungskrieg, ein vom nationalsozialistischen Deutschland verschuldetes Verbrechen“. Gegen die Führung eines solchen Krieges war bereits vor dem Inkrafttreten des Art. 20 Abs. 4 GG Widerstand gerechtfertigt. Widerstand gegen ein Verbrechen, erst recht gegen ein Verbrechen dieses Ausmaßes, beseitigt die Rechtswidrigkeit einer den Tatbestand eines strafrechtlichen Delikts erfüllenden Tathandlung.

### III. Zum Vorwurf der Kameradengefährdung

Gegen die pauschale Rehabilitierung der „Kriegsverräter“ wird eingewandt, zu den Verurteilten hätten auch solche Soldaten gehört, die in „verbrecherischer Weise“ die eigenen Kameraden in Lebensgefahr gebracht hätten, insbesondere dadurch, dass sie nach einem Überlaufen zum Gegner die deutschen Frontstellungen und Pläne von Truppenbewegungen an den Feind verraten hätten. In der Tat ist derartiges behauptet worden. So hat der wegen seiner Mitwirkung an den Todesurteilen des Reichskriegsgerichts angeklagte Generalrichter Dr. Manfred Roeder in dem Verfahren der ihn exkulpierenden Staatsanwaltschaft Lüneburg behauptet, der „Verrat“ durch Mitglieder der „Roten Kapelle“ hätte mindestens 200.000 deutschen Soldaten das Leben gekostet. Nach der gesamten Literatur und nach intensiven eigenen Forschungen ist mir aber kein einziger Fall bekannt geworden, in dem ein deutscher Soldat zu den von Deutschland zum „Feind“ erklärten und völkerrechtswidrig angegriffenen Gegner übergelaufen ist und dann solche Angaben über die verlassene Truppe gemacht hätte, in deren Gefolge deutsche Soldaten tatsächlich ernsthaft gefährdet worden sind oder gar ihr Leben verloren haben. Auch Günter Spendel konnte in seiner unhistorischen Darstellung (Zeitschrift für Rechtspolitik 1997, S. 42 ff., S. 44) kein einziges konkretes Beispiel angeben. Auch unter den zahlreichen von Wolfram Wette (in: Das letzte Tabu. NS-Militär-Justiz und Kriegsverrat. Berlin 2007, S. 89 - 428) aufgeführten 39 Todesurteilen wegen Kriegsverrat befindet sich kein einziges Beispiel einer solchen ernsthaften Gefährdung von Kameraden. Selbst nach nationalsozialistischem Recht erfüllten die darin festgestellten Sachverhalte nicht die Tatbestandsvoraussetzung des § 57 Mil.StrG und des § 91 b StGB. Die Sachverhalte unterschieden sich grundsätzlich nicht von den Fällen, in denen nach der damaligen Auslegung des Begriffs der „Wehrkraftzersetzung“ in nicht minder rechtsbeugender Rechtsprechung Soldaten nach § 5 Kriegssonderstrafrechtsverordnung verurteilt worden sind. Der einzige mir bekannte Fall einer äußerlichen Erfüllung des Tatbestandes des § 57 Mil.StrG war die bereits erwähnte Verurteilung des Polizeioberstleutnants Jürgens in Düsseldorf. Die zu einer Verurteilung erforderliche Rechtswidrigkeit der Tat – kampflose Übergabe an den Gegner – war bei dieser Rettungstat unbestreitbar nicht gegeben.

Entgegen der längst überholten Rechtsansicht des Bundesgerichtshofs (u. a. Urteil des BGH vom 24.06.1964, Deutsche Richterzeitung 1964, 313) kann die Berechtigung einer Kriegsdienstverweigerung oder einer mit dem Frontenwechsel möglicherweise verbundenen „Zusammenarbeit mit dem Feind“ verbundenen Desertion nicht einheitlich für alle Zeiten und für alle Kriege beurteilt werden, unabhängig von dem diametralen Unterschied zwischen dem verbrecherischen Angriffskrieg der Nationalsozialisten und einem völkerrechtlich zulässigen Krieg.

Nach der damaligen Auffassung des Bundesgerichtshofs waren aber Kriegsdienstverweigerungen im Zweiten Weltkrieg nicht anders als „Vorgänge zu betrachten, die sich in einem Rechtsstaat abgespielt haben“. Von den konkreten Zeitumständen müsse abgesehen werden, auch davon, dass es der NS-Staat gewesen sei, der den Angriffskrieg geführt habe. Selbst eine Kriegsdienstverweigerung in den Jahren 1939 - 1945 sei eine „ernsthafte Gefahr für den Staat“. Mit dieser Begründung rechtfertigte der BGH ein kriegsgerichtliches Todesurteil gegen einen Zeugen Jehovas. Demgegenüber verdient aber eine Handlung, die auf Beendigung, zumindest aber auf eine Abkürzung jenes verbrecherischen Angriffs- und Vernichtungskrieges abzielte, niemals das Verdikt „verbrecherisch“.

Das gilt auch für solche Fälle, in denen eine solche Haltung mit der Inkaufnahme einer Schädigung Unschuldiger an Leib und Leben verbunden gewesen wäre. Mit Recht gibt es heute keinen Zweifel mehr an der Zulässigkeit des Widerstandes des 20. Juli 1944. Das Sprengstoffattentat im Führerhauptquartier und das von Georg Elser am 9. November 1939 im Bürgerbräukeller in München verübte Attentat werden heute weder juristisch noch moralisch in Frage gestellt, obgleich bei beiden Attentaten voraussehbar zahlreiche Unbeteiligte ums Leben kamen. Dasselbe trifft auch für den von General Oster und anderen Offizieren durch die Preisgabe von Angriffsplänen an die „Feindmächte“ begangenen Kriegsverrat zu. Dazu braucht man nur die Frage zu stellen, „was wäre geschehen, wenn“, wenn also die Westmächte rasch und effektiv auf die Warnungen reagiert hätten. Wahrscheinlich wären dann an Stelle vieler ausländischer Soldaten und Bürger (allein bei dem deutschen Bombenangriff auf Rotterdam starben etwa 80.000 Niederländer) auch deutsche Soldaten ums Leben gekommen. Indessen hätte dann der deutsche Angriff auf Holland, Belgien und Frankreich und damit möglicherweise sogar der gesamte Zweite Weltkrieg ein vorzeitiges Ende gefunden.

Hinsichtlich der Inkaufnahme nachweislich mit verursachter Tötung Unbeteiligter bei den erwähnten Attentaten besteht über die Unrechtmäßigkeit der Todesurteile gegen die Verschwörer des 20. Juli heute kein Zweifel. Für den bislang bloß fiktiven Sachverhalt der „Kameradengefährdung“ kann nichts anderes gelten.

Von einer solchen Bewertung widerständigen Verhaltens als unehrenhaft dürfen einfache Bürger nicht ausgeschlossen bleiben. Unter der – hypothetischen – Annahme, deutsche Stellungen oder Frontbewegungen wären durch Überläufer an den „Feind“ verraten worden, wären in Folge eines anschließenden zielgerichteten gegnerischen Angriffs vielleicht deutsche Soldaten ums Leben gekommen. Abgesehen davon, dass auch von diesen Soldaten viele die folgenden, immer blutigeren Kriegsjahre nicht überlebt hätten, hätte jeder erfolgreiche Vorstoß der alliierten Truppen zu einer rascheren Herbeiführung des Kriegsendes und damit

zur Rettung sowohl von Millionen deutscher Soldaten als auch einer noch größeren Anzahl von Soldaten und Bürgern der alliierten Staaten beigetragen. Allein an jedem einzelnen Tag der Jahre 1942 - 1945 starben durchschnittlich mehr als 4.000 deutsche Soldaten, in noch größerer Anzahl Soldaten der Alliierten, insbesondere der Sowjetunion und in noch größerer Zahl in Auschwitz und anderen Orten täglich Tausende völlig unbeteiligter Juden und andere Zivilisten. Nach seriösen neueren Schätzungen wird die Zahl der im Zweiten Weltkrieg umgekommenen Sowjetbürger auf 27 Millionen beziffert. Der Hinweis auf eine „Kameradengefährdung“ würde in diesem Zusammenhang eine unzulässige Sachverhaltsverkürzung vornehmen.

Die Männer des 20. Juli mit ihrem spektakulären „Kriegsverrat“ dienen uns heute als großes Vorbild. Die „Kriegsverräter“ in den unteren Rängen verdienen angeblich keine Ehrung. Diese Unterscheidung isoliert die der militärischen Hierarchie zugehörige Offiziersprominenz von dem „Fußvolk“. Allerdings war vielen einfachen Soldaten nach Herkunft und mangels akademischer Vorbildung oftmals der intellektuelle Zugang versperrt, sich in langen Diskussionen und einer bewusst gemachten Gewissensprüfung Rechenschaft über jedes einzelne Motiv eines Frontwechsels abzulegen.

Selbst der auf den ersten Blick unter § 91 b StGB fallende „Kriegsverrat“ des Oberstleutnant Hans Oster und anderer Offiziere erfüllte die Tatbestandsvoraussetzungen der Vorschrift nicht. Die „feindlichen“ Mächte, denen sie Vorschub leisteten, waren nicht nur zur eigenen Verteidigung, sondern im Ergebnis auch zur Befreiung Deutschlands von dem nationalsozialistischen Unterdrückungs- und Terrorregime angetreten. Auch hätten Hans Oster und seine Offizierskollegen bei Eintritt der von ihnen erhofften Reaktion der Westmächte zwar der Kriegsmacht des deutschen Reiches einen erheblichen Nachteil zugefügt. Das wäre aber bei einer sinnvoll einschränkenden Auslegung des § 91 b StGB kein Nachteil gewesen, sondern ein in seinen Auswirkungen nicht zu überschätzender Vorteil sowohl für das deutsche Reich als auch für das gesamte deutsche Volk. Der Verrat jener Offiziere war kein Verbrechen, kein strafbarer Kriegsverrat, sondern eine höchst ehrenwerte Rettungstat.

Schon bei der Behandlung auch der Wehrmachtsdeserteure wurde als weiteres Bedenken vorgebracht, sie hätten ihre Kameraden „im Stich gelassen“. Mit Recht hat der Rechtsausschuss des Bundestages bereits bei der Rehabilitierung der Deserteure diesen Einwand zurückgewiesen. Er trifft nicht einmal moralisch zu. Man kann schon begrifflich nur untereinander freundschaftlich oder kameradschaftlich freiwillig in Verbindung stehende Menschen im Stich lassen. Bei der Wehrmacht, der man sich mangels jedes Rechts zur Kriegsdienstverweigerung nicht entziehen konnte, handelte es sich aber um einen reinen Zwangsverband.

Gerade die Mitglieder derjenigen Einheiten, von denen es die meisten Überläufer gab – die Strafkompagnien und die Bewährungsbataillone mit ihren Minenräumkommandos, von denen manche praktisch an der Front wandernde Konzentrationslager waren – galten aber ihrer Behandlung nach nicht als „Kameraden“. Mit entsetzlichen Schikanen wurden sie oft noch schlimmer behandelt, als andere Wehrmachtsangehörige.

In Moraltheorie und Rechtstheorie ist anerkannt, dass nicht jede Opferrückkehr eines Menschenlebens zwecks Rettung eines anderen Lebens gerechtfertigt ist. Gegen diesen Grundsatz verstießen bundesdeutsche Gerichte, als sie mit Unterstützung prominenter Rechtswissenschaftler in der frühen Bundesrepublik wegen Mordes an Geisteskranken angeklagte Ärzte mit der Begründung exkulperten, bei der Wahl zwischen den ihnen zugemuteten Tötungen einerseits und der mit ihrer Versetzung in eine andere Funktion verbundenen Weigerung andererseits hätten sie dem Weitermachen den Vorzug geben dürfen, um „Schlimmeres zu verhindern“. In einer unvermeidbaren Pflichtenkollision hätten sie damit rechnen können, dass bei einer Abberufung von ihrem Posten ein Kollege an ihre Stelle getreten wäre, der eine noch größere Anzahl von Patienten umgebracht hätte (vgl. dazu Susanne Benzel, *Justiz und Anstaltsmord, Kritische Justiz* 1998, S. 137 ff). Diese Art apologetischer Rechtsanwendungssakrobatik ist in späteren Jahren der Bundesrepublik mit Recht scharf kritisiert worden. Niemand darf sich zum Entscheider über Leben und Tod ihm anvertrauter Menschen aufschwingen. Von dieser Fallgestaltung würde sich der Fall eines folgenschweren Verrats deutscher Truppenstellungen und -bewegungen durch zum Gegner übergelaufene Soldaten grundlegend unterscheiden, wenn es einen solchen Fall gegeben hätte. Im Unterschied zu jenen Ärzten oder – ein ähnlicher Fall: den Beamten des Reichsjustizministeriums und Gefängnisleitern, die zur Auslieferung an die Gestapo und damit zur „Vernichtung durch Arbeit“ bestimmte Justizgefangene selektierten – waren die Kameraden den wider ihren Willen zur Mitwirkung an dem Wehrmachtsverbrechen gezwungenen Überläufern nicht anvertraut. Auch diente im Zweiten Weltkrieg jede auf ein vorzeitiges Kriegsende gerichtete Handlung der Rettung von Millionen von Menschenleben. Dagegen würde ein mit der Ablehnung des Rehabilitierungsantrags verbundenes moralisches Unwerturteil auf das Ergebnis hinauslaufen: Wer in dem verbrecherischen Angriffs- und Vernichtungskrieg Hitlers mit dem „Feind“ zusammenarbeitete und dadurch das Ziel des nationalsozialistischen Endsieges irgendwie gefährdete, handelte verwerflich, obwohl sein Handeln Tausenden, vielleicht Millionen, von Menschen das Leben gerettet hätte.

#### IV. Diffamierung der Opfer – Erhöhung der Täter

Bislang zu wenig Beachtung geschenkt worden ist dem Umstand, dass den hingerichteten „Kriegsverrätern“ und anderen Opfern der Wehrmachtsjuristen und ihren Hinterbliebenen über das ihnen im Dritten Reich widerfahrene Unrecht selbst nach dem Ende des NS-Regimes zusätzliches Unrecht angetan worden ist, das endlich wenigstens einer moralischen Wiedergutmachung bedarf.

Während die Opfer der Wehrmachtsjustiz auch nach dem Ende der NS-Diktatur als „Verräter“ diffamiert wurden und die Hinterbliebenen sich ähnlichen Schmähungen ausgesetzt sahen, genossen die Täter im öffentlichen Ansehen meist große Anerkennung.

Erklären lässt sich die Diskreditierung der Opfer, insbesondere der nach § 91 b StGB Verurteilten, schon aus den in breiten Kreisen bereits in den Metaphern „Verrat“ und „Kriegsverrat“ angelegten Vorverständnissen. Hinzu kam die lebensgeschichtliche Grundierung bei den Angehörigen der Kriegsgeneration. Dieser Suggestivkraft der Begriffe bedienten sich die NS-Durchhaltepolitiker mit Schildern „Ich habe mit dem Feind (oder mit den Bolschewiken) paktiert“, Schilder, die erhängten Deserteuren umgehängt wurden. Nach 1945 setzten Apologeten der NS-Kriegsgerichtsbarkeit weiterhin auf solche sich automatisch einstellende Vorurteile, unabhängig davon, gegen welches Regime sich der „Verrat“ gerichtet hat, sei es auch gegen das NS-Regime. Auch denjenigen, die sich an den NS-Verbrechen nicht beteiligt, das NS-Regime als Soldaten oder einfache Bürger aber mitgetragen hatten und nicht selten den verbrecherischen Angriffskrieg kritiklos hingenommen hatten, fiel emotional die furchtbare Einsicht schwer, dass ihre unvorstellbaren Anstrengungen und Leiden, einschließlich der in Kriegsgefangenschaft auf Jahre eingebüßten Freiheit, eines großen Lebensabschnitts sinnlos gewesen sein sollten. Diese auf wichtige politische Entscheidungen ausstrahlende Volksstimmung führte einerseits zu der durch Art. 131 GG begründeten Praxis bei der Wiedereinsetzung fast aller Beamten der Jahre 1933 - 1945 sowie zu der gesetzlich festgeschriebenen Amnestierung und Rehabilitierung selbst von „Kriegsverbrechern“, andererseits zur Diffamierung solcher Bürger, die dem NS-Regime mutig widerstanden hatten. Norbert Frei hat dies am Beispiel der damaligen Bundestagsdebatten akribisch geschildert (vgl. Norbert Frei, *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*. München 1996).

Wenn der Begriff „Verrat“ unabhängig von dem Ausgangssachverhalt, auch davon, gegen welches Regime er sich gerichtet hat, selbst nach einem Regimewechsel negativ besetzt ist, hat dies in Deutschland Tradition. So musste sich in der Weimarer Republik Reichspräsident Friedrich Ebert wiederholt gegen den Vorwurf des Landesverrats zur Wehr setzen.

In dem berüchtigten Prozess gegen einen rechtsradikalen Journalisten wurde Ebert vom Schöffengericht Magdeburg bescheinigt, mit seinem Eintritt in die Streikleitung eines Munitionsarbeiterstreiks im Jahre 1918 habe er tatsächlich der Landesverteidigung Schaden zugefügt und Landesverrat begangen. Die Staatsanwaltschaft Lüneburg begründete im Jahre 1951 die Einstellung des Verfahrens gegen den schon erwähnten Generalrichter Manfred Roeder damit: „Landesverrat hat immer und zu allen Zeiten als das schimpflichste Verbrechen gegolten“. Dem gegenüber hatte schon Fritz Bauer im Prozess gegen den die Verschwörer des 20. Juli 1944 als „Landesverräter“ schmähenden Major Ernst-Otto Remer festgestellt: „Ein verbrecherischer Staat ist nicht hochverratsfähig“. Das gilt erst recht für den Verrat in einem verbrecherischen Angriffs- und Vernichtungskrieg.

Sämtlichen Opfern der Wehrmachtsjustiz wurde jahrzehntelang jegliche Art von Genugtuung verwehrt. Sogar die Hinterbliebenen des am 14. Dezember 1942 vom Reichskriegsgericht wegen seiner mit dem Widerstand des Generaloberst Hans Oster vergleichbaren Auslandskontakten zum Tode verurteilten Diplomaten Rudolf von Scheliha mussten vergeblich um eine Rente kämpfen. von Scheliha wurden kritiklos die ihm von der Gestapo unterstellten niederen Motive unterstellt. Dagegen genossen selbst die wenigen in die Richterschaft der Bundesrepublik nicht übernommenen Kriegsrichter ungeschmälerte Pensionen.

Verdoppelt wurde das Unrecht durch die Begünstigung der Täter. Dies gilt insbesondere für die Juristen der ehemaligen Wehrmachtsjustiz. Im Unterschied etwa zu den Richtern des Volksgerichtshofs galten sie jahrzehntelang als über jeden Tadel erhaben. Als Chronisten ihrer Funktion im Dritten Reich gelang es ihnen, die Deutungshoheit über die Geschichte der Wehrmachtsjustiz zu erlangen und diese Justiz als unabhängige, von jedweder politischen Einflussnahme freie Institution hinzustellen.

Während ihre Opfer mit dem Makel ihrer Verurteilung behaftet blieben, erfuhren die Täter vielfältige Anerkennung und Förderung. In den ersten Jahrzehnten war die Justiz der Bundesrepublik mit ehemaligen Wehrmachtsjuristen stark durchsetzt. Es gab eine deutliche Neigung, Schlüsselpositionen mit höheren Kriegsrichtern zu besetzen. Sie arbeiteten in der „Dienststelle Blank“, dem späteren Bundesverteidigungsministerium. Vor allem bekleideten sie hohe Ämter im Bundesjustizministerium, beim Bundesgerichtshof und den Oberlandes- und Landgerichten. Weil sich nur wenige Rechtshistoriker, einschließlich der Historiker des militärgeschichtlichen Instituts in Potsdam, für die Wehrmachtsjustiz interessierten und die große Bedeutung der mit umfangreichen Befugnissen ausgestatteten Wehrmachtsrechtsabteilung und der Rechtsabteilungen der einzelnen Wehrmachtsteile nicht erkannten, konnten insbesondere gerade die führenden Wehrmachtsjuristen sich unangefochten in hohen Äm-

tern der deutschen Justiz behaupten. Unter den zahlreichen Beispielen seien nur einige wenige herausgegriffen:

Dr. Werner Hülle stieg in der Rechtsabteilung des Oberkommandos der Wehrmacht (OKW) zum Leiter der wichtigsten Abteilung, nämlich der Gesetzgebungsabteilung, auf. Damit war Hülle maßgeblich an Hunderten von militärischen Unrechtsgesetzen, Verordnungen und Erlassen beteiligt. Dazu gehörte auch der sog. Barbarossa-Kriegsgerichtsbarkeitserlass, der große Teile der sowjetischen Zivilbevölkerung, darunter die Juden, Zigeuner und psychisch Behinderte zu ungeschützten Opfern des einkalkulierten Massenmordes machte. Hülle hat auch an der Formulierung und Durchführung des völkerrechtswidrigen mörderischen „Nacht und Nebel“-Erlasses mitgewirkt. Nach dem Krieg setzte Werner Hülle seine Karriere unaufhaltsam fort. Bereits im Jahre 1950 zum Richter am Bundesgerichtshof ernannt, wurde er 1955 Präsident des Oberlandesgerichts Oldenburg. Sein einstiger Kollege Dr. Hans Meier-Branecke war als Oberstkriegsgerichtsrat Leiter der Gnadenabteilung der Rechtsabteilung des Heeres. In seinen Händen lag u. a. die Bestätigung Tausender von kriegsgerichtlichen Urteilen, insbesondere vieler Todesurteile. Als bald nach Kriegsende stieg er in Braunschweig zum Senatspräsidenten und Vorsitzenden des Strafsenats des Oberlandesgerichts und zum Vorsitzenden des Senats für Entschädigungssachen auf.

Gerade wegen ihrer Vergangenheit galten die höheren Juristen der Militärjustiz für die Beförderung in wichtige Positionen der Justiz als besonders ausgewiesen. Dr. Erich Lattmann ist nur eins von vielen Beispielen. Bis zum Jahre 1944 brachte er es bis zum Generalrichter, dem höchsten Rang in der Wehrmachtgerichtsbarkeit. Am Reichskriegsgericht wirkte er an 23 Todesurteilen, auch gegen „Kriegsverräter“ mit. Viele Begründungen seiner Todesurteile umfassen nicht mehr als eine halbe Schreibmaschinenseite. Als Chef der Heeresrechtsabteilung bestätigte er viele weitere Todesurteile. Auch hatte er den berüchtigten Kommissarbefehl mit entworfen. Danach waren die sogenannten politischen Kommissare der Sowjetarmee „unauffällig (...)“ zu erschießen. Auf einer Besprechung im Kreis von Heeresführern erläuterte er den Kommissarbefehl und den Barbarossa-Kriegsgerichtsbarkeitserlass. Nach 1949 fand Lattmann eine Einstellung als Oberamtsrichter in Clausthal-Zellerfeld. Seine Dienstvorgesetzten am OLG Celle hielten ihn für Höheres bestimmt: „Für Strafsachen ist er dadurch besonders qualifiziert, dass er seit dem 1. März 1934 bis zum Zusammenbruch in der Heeresjustiz beschäftigt war, und zwar seit 1. Oktober 1942 als Reichskriegsgerichtsrat. Diese seine mehrjährige Tätigkeit am Reichskriegsgericht dürfte ihn für ein Mitglied des Strafsenats des Bundesgerichtshofs besonders qualifizieren.“

Zum Richter am Bundesgerichtshof befördert wurde auch Ernst Mantel. In der Heeresrechtsabteilung brachte er es an führender Stelle zum Generalrichter. Er und ein Kollege schworen am 10. Juli 1941 auf einer Kommandeurbesprechung in Russland die noch widerstrebenden Generale auf die konsequente Umsetzung des Kommissarbefehls ein. Als er sich am 31. August 1959 vorzeitig pensionieren ließ, verlieh ihm Bundespräsident Theodor Heuss das Große Verdienstkreuz des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland, in Kenntnis der Funktionen Mantels in der Zeit bis 1949.

Es gab niemals einen ernsthaften Versuch, wenigstens die furchtbarsten Juristen der Wehrmachtsjustiz strafrechtlich oder disziplinarrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen.

Nicht einmal die gegen Deserteure, die sich erst am 9. Mai 1945, also nach der endgültigen Kapitulation, von ihrer Truppe getrennt hatten, ergangenen Todesurteile wurden gesühnt (vgl. Helmut Kramer, Karrieren und Selbstrechtfertigungen, in: Wolfram Wette (Hg.): Filbinger – eine deutsche Karriere, Springe 2006, S. 116).

Die Staatsanwaltschaft Kassel, die das einzige strafrechtliche Ermittlungsverfahren gegen hohe Wehrmachtsjustizbeamte geführt hat, konnte irgendeinen Tatbeitrag der Beschuldigten zu den nationalsozialistischen Massenverbrechen nicht feststellen: Die vielen von Dr. Werner Hülle formulierten Erlasse und Befehle seien „eindeutig dem Gehirn Hitlers entsprungen“. Für solche Unrechtsnormen seien allein Hitler oder Himmler verantwortlich zu machen. Die Tatsache, dass kein Staat, auch kein Unrechtsstaat, ohne ein arbeitsteiliges Zusammenwirken aller Institutionen funktionieren kann, überstieg das Vorstellungsvermögen der Kasseler Juristen (vgl. Kramer, ebenda, S. 117 f.).

Die großflächige nach zweierlei Maß verfahrenende Vergangenheitsaufarbeitung jener Jahre bedeutet für die Opfer und Hinterbliebenen eine schwere bis heute nachwirkende Kränkung. Sie ruht aber auch als Belastung auf der Geschichte der Bundesrepublik. Diese Hypothek können wir zwar nicht einfach von uns abwerfen. Wir können sie aber abzubauen versuchen. Die Chance dazu haben wir, wenn wir uns nicht nur zu den Verbrechen der Nationalsozialisten, sondern – rückhaltlos und ohne den Vorbehalt hinsichtlich der „Kriegsverräter“ – auch zu den Verbrechen der Wehrmachtsjustiz und zu dem beklagenswerten unterschiedlichen Umgang nach dem Krieg mit den Opfern und Tätern bekennen. Eine Weigerung, die „Kriegsverräter“ zu rehabilitieren, würde den Opfern Unrecht tun und jene verfehlte Vergangenheitsaufarbeitung bis in die Gegenwart verlängern.

# **Ergänzende schriftliche Stellungnahme von Richter am OLG a.D. Dr. Helmut Kramer zur Vorbereitung der öffentlichen Anhörung als Sachverständiger im Rechtsausschuss des Deutschen Bundestag am 5. Mai 2008**

I.

Auseinandersetzung mit der Stellungnahme des Sachverständigen

Professor Dr. Rolf-Dieter Müller

Das von dem Sachverständigen Müller erstellte Gutachten des Militärgeschichtlichen Forschungsamtes (MFGA) beschränkt sich, ohne dies allerdings ausreichend kenntlich zu machen, mit Ausnahme von zwei Fällen auf Fälle und Fallgestaltungen, die nicht Gegenstand des dem Rechtsausschuss vorliegenden Antrags auf Rehabilitierung der „Kriegsverräter“ sind. Sieht man von den beiden auf S. 3 f von Müller erwähnten Fällen ab, beschränkt er sich, ohne diesen Mangel seines Gutachtens ausreichend kenntlich zu machen, auf nicht einschlägige Fälle, nämlich auf Urteile, die nicht auf den Tatbestand des Kriegsverrats (§57 Mil.StrGB), sondern z.B. auf die Tatbestände der Wehrkraftzersetzung und der Fahnenflucht gestützt sind, also auf Urteile, die bereits durch die NS-Aufhebungsgesetze von 1998 und 2002 gestützt sind. In einem spekulativen Vorgehen ins Blaue hinein behauptet er lediglich das Vorhandensein zahlreicher weiterer **vielleicht** auf § 57 Mil.StrG gestützte Urteile, und zwar solcher Art, dass eine Rehabilitierung nicht gerechtfertigt sei. Irgendwelche Belege, die auf die Existenz solcher Urteile hindeuten könnten, bringt er nicht. Dagegen geht er auf die in der umfangreichen Veröffentlichung von Wolfram Wette detailliert aufgeführten kriegsgerichtlichen Urteile und Anklageschriften

exzessiv rechtsbeugenden Inhalts mit keinem Wort ein. Der gegen den Sachverständigen Wette erhobene Vorwurf, die Zahl der in Frage stehenden Fälle sei nicht zuverlässig zu ermitteln, müsste der Sachverständige Müller gegen sich selbst richten. In den Jahrzehnten seines Bestehens seit 1959 hat man es im Militärgeschichtlichen Forschungsamt (MFGA) aus welchen Gründen auch immer nicht für nötig gehalten, das Unrecht der Wehrmachtsjustiz aufzuarbeiten und wenigstens den inzwischen in das Bundesarchiv - Militärarchiv überführten Aktenbestand zum Gegenstand einer Forschungsarbeit zu machen oder wenigstens archivalisch zu erschließen, um die Akten anderen Historikern und Rechtshistorikern zugänglich zu machen. Nicht einmal nach Verstärkung der Debatte um die Rehabilitierung der Opfer der Wehrmachtsjustiz und nicht einmal seit Beginn der Beratungen des Bundestages im Jahre 1998 darüber ist das MFGA dieser Aufgabe nachgekommen.

Allerdings ist es wenig wahrscheinlich, daß sich in dem Bestand des Militärarchivs in Freiburg überhaupt weitere Todesurteile wegen Kriegsverrat befinden. Sonst hätte der Sachverständige Müller solche Fälle nennen können und müssen. Außer den zwei von Müller erwähnten Beispielen beruft er sich ausschließlich auf nicht einschlägige Fälle, und zwar auf Todesurteile und Ermordungen durch die SS oder Gestapo (ferner auf überhaupt nicht zu einer Verfolgung führende Taten), die nicht auf § 57 Mil.StrG gestützt worden sind. Der in dem von Ressentiment und Polemik gefärbten Gutachten des Sachverständigen Müller gegen den Sachverständigen Wette erhobene Vorwurf, er habe in einem selektiven Vorgehen diese Fälle „ausgespart“, ist deshalb nicht nur unbegründet, sondern auch wissenschaftlich unseriös.

Überdies hat Müller die in seinen von ihm stark gekürzten Tatbeschreibungen angegebenen (nicht einschlägigen) Fälle in dem unter dem Briefkopf des MFGA und der Humboldt-Universität eingereichten Gutachten mit keinerlei Quellenangabe versehen, anstatt sich die professionelle Arbeitsweise des Sachverständigen Wette zum Vorbild zu nehmen. Wette hat die von ihm aufgeführten Fälle mit ausführlichen Quellenangaben belegt und somit eine kritische Überprüfung ermöglicht.

## **Zwei noch heute aufrechtzuerhaltende Todesurteile wegen Kriegsverrats?**

1.

Zum Fall des Feldwebels B. (Fall 1, S. 3 f des Gutachtens des Sachverständigen Müller):

Warum der Feldwebel B. in ein Strafbataillon kam – das war der Ausgangspunkt seiner Abkehr von der Wehrmacht und seiner Desertion, darüber schweigt das Gutachten Müller. Bestanden bereits die vorausgegangenen „militärischen Auffälligkeiten“, beispielsweise in einer Aufsässigkeit gegen schikanöse Befehle im Rahmen einer allzu rigoros durchgesetzten „Mannszucht“? Was war, wenn man den Gesamtvorgang würdigt, an der Fahnenflucht des Feldwebels B. schlechthin ehrenrührig? Auf die Frage, ob ein ehrenrühriges Begleitgeschehen ein Todesurteil wegen Kriegsverrats rechtfertigte, werde ich noch eingehen.

2.

Der Fall des Generals Edgar Feuchtinger (Fall 2).

General Feuchtinger hat den Tatbestand des Kriegsverrats nicht verwirklicht. Da die Freundin des Generals die ihr vertraulich gemachten Mitteilungen an niemand, insbesondere nicht an feindliche Stellen, weitergeleitet hat, konnte weder der Kriegsmacht des Deutschen Reichs ein Nachteil noch einer feindlichen Macht ein Vorschub geleistet werden. Selbst wenn die Freundin entgegen der Erwartung des Generals geplaudert hätte, hätte es an einer vorsätzlichen Begehungsweise des Generals gefehlt. Im Unterschied zu rechtsfremden militärischen Vorstellungen, nach denen auch jede unter Freunden oder Familienangehörigen ausgetauschten Information einen „Verrat“ darstellt, war eine kriegsgerichtliche Verurteilung auch nach nationalsozialistischem Recht von der Feststellung vorsätzlichen Handelns abhängig. Für das Todesurteil vom 19. März 1945 könnten der Handel des Generals mit 20 Pelzen und das Verschenken von Benzingutscheinen an die Freundin ausschlaggebend gewesen sein. Weil es aber auch hier an einer Tatbestandsmäßigkeit im Sinne des § 57 Mil.StrG fehlt, hat das Reichsgericht auch im Fall Feuchtinger Rechtsbeugung begangen. Ebenso wenig steht einer Rehabilitierung Feuchtingers entgegen, daß er persönliche Beziehungen zu Hitler hatte, dass er nach seinem Strafaufschub Fahnenflucht beging, sich nach Kriegsende als politisch Verfolgter ausgab und Bundeswehrunterlagen an den Nachrichtendienst der DDR weitergegeben haben soll. Eine Überprüfung darauf, ob über die nach dem Sachverhalt indizierte Feststellung eines rechtswidrigen Todesurteils hinaus, der Lebenslauf des Betroffenen vom Anfang bis zum Ende makellos ist (oder ob etwa der eigentliche Kriegsverrat unschöne Begleitumstände hatte) – wie etwa

als Voraussetzung einer Ordensverleihung – ist weder nach dem Katalog der NS-Aufhebungsgesetze von 1998 und 2002 erforderlich noch kann dies zur Voraussetzung einer Aufhebung der wegen Kriegsverrats verhängten Todesurteile gemacht werden.

### **Zum „Verrat“ durch sog. Überläufer und durch Soldaten in sowjetischer Gefangenschaft**

Zu Unrecht wertet der Sachverständige Müller jede Zusammenarbeit eines deutschen Soldaten mit der sowjetischen Armee als todeswürdigen Kriegsverrat. Auszugehen ist hier von dem Recht eines jeden Staates und – jedenfalls im Fall eines Angriffskrieges von der Brutalität des nationalsozialistischen Vernichtungskrieges – auch von dem Recht von dessen Bevölkerung, sich gegen einen völkerrechtswidrigen Überfall zur Wehr zu setzen. Das ergibt sich aus dem auch völkerrechtlich anerkannten Recht zur Notwehr.

Entsprechendes gilt auch für das Recht zur Nothilfe des rechtswidrig Angegriffenen, und zwar nicht nur im Bereich individueller Beziehungen als auch im Bereich des Überfalls mit militärischen Mitteln. Nach heutiger, wenn auch nicht unumstrittener Meinung vieler Völkerrechtler berechtigen sogar Menschenrechtsverstöße geringeren Ausmaßes zu einer sog. humanitären Intervention. Wohl darf der Nothelfer sich nicht aufdrängen. Auf die Bitte der Überfallenen darf er sich aber an dessen Seite stellen.

Dasselbe gilt auch für das von Müller erwähnte Beispiel deutscher Soldaten, die sich in einem besetzten, mit zahlreichen an der Zivilbevölkerung terrorisierten Gebiet einem Partisanenverband anschlossen hatten und dann hingerichtet wurden. Wegen der angeblich

besonderen Unehrenhaftigkeit eines Übertritts zum Feind wurden in derartigen Fällen von den SS- und Polizeigerichten verhängte Todesurteile oft mit der Weisung vollstreckt „erst halbtot prügeln, dann erst hinrichten“. Der SS-Jurist, SS-Standartenführer Burmeister, der als Chef des Amtes III im Hauptamt SS-Gericht alle Strafvollstreckungen im Rahmen des SS-Gerichtsbarkeit bearbeitete und der diese Art der Urteilsvollstreckung ausdrücklich empfahl, konnte bis zu seiner planmäßigen Pensionierung im Jahre 1975 als Richter am Oberlandesgericht Schleswig amtieren (vgl. dazu Klaus-Detlev Godau Schüttke, Ich habe nur dem Recht gedient. Die „Renazifizierung der Schleswig-Holsteinischen Justiz nach 1945, 1. Auflage, Baden-Baden 1993, S. 172-180).

Das Recht auf Nothilfe zu Gunsten eines völkerrechtswidrig angegriffenen Staates mag, wenn es als Rechtfertigung für „humanitäre Interventionen“ oder für die Befreiung eines Landes von einem Diktator im 21. Jahrhundert problematisch geworden sein, vor allem wenn mit einem solchen Angriff die Tötung Tausender von Soldaten des angegriffenen Staates und Tausender, vielleicht Hunderttausender Zivilisten verbunden ist. Die Beteiligung deutscher Soldaten an der Unterstützung der Sowjetunion gegen den nationalsozialistischen Angriff war aber nach damals und heute gültigen Maßstäben rechtswidrig und erst recht kein strafbarer Kriegsverrat. Gewiss mögen im Zusammenhang mit in der Sowjetarmee kämpfenden deutschen Soldaten und durch den Verrat von Frontstellungen deutsche Soldaten umgekommen sein. Es bedarf aber, wie bei jedem Notwehrakt und jeder Nothilfe, einer Abwägung des Gesamtgeschehens. Die Tatsache, dass an jedem einzelnen Tag, ja zu jeder Stunde zahlreiche deutsche Soldaten gefallen sind und in noch größerer Zahl viele Juden und

Zivilisten ermordet oder sonst getötet wurden, gerät nicht in das Blickfeld des Militärhistorikers Müller. Den Begriff des „Kollateralschadens“, der in den Kriegen des 21. Jahrhunderts zu einer erschreckenden Ausweitung und zur Inkaufnahme der Tötung Tausender unbeteiligter Zivilisten geführt hat, gab es damals zwar noch nicht. Wenn aber eine solche Inkaufnahme jemals als zulässig angesehen werden kann, dann sicherlich für den Widerstand einschließlich der Nothilfe gegen den verbrecherischen nationalsozialistischen Vernichtungskrieg.

Mit der Klassifizierung eines Frontenwechsels durch Eintritt in eine fremde Armee als „Kriegsverrat“ (z.B. durch das von dem Sachverständigen Müller für besonders ehrenrührig gehaltene Anziehen einer sowjetischen Uniform) stellt der Sachverständige sich in mehrfacher Hinsicht auch gegen die Entscheidungen des Deutschen Bundestages von 1998 und 2002. Wer mit Recht – in diesem Fall unter dem Gesichtspunkt der Nothilfe – in einer fremden Armee kämpft, darf dies nämlich nach dem Völkerrecht nur in Uniform. Nicht uniformierte Kämpfer galten als Freischärler und wurden nach § 3 KSSVO mit dem Tode bestraft. Der durch Nr. 30 der Anlage zu § 2 Nr. 5 des Gesetzes vom 25.8.1998 aufgehobene § 3 KSSVO galt sowohl für ausländische als auch für deutsche Freischärler. Entsprechendes würde für den Fall der Spionage durch deutsche Soldaten zu Gunsten eines der überfallenen Staaten gelten (vgl. § 2 KSSVO). Zwar hat auch ein Soldat, der gegen das eigene Land Spionage betreibt, die Fronten gewechselt. Ob aber jemand mit der Waffe in der Hand oder mit den Mitteln der Intelligenz die eigene Armee bekämpft, kann keinen Unterschied machen.

Die wichtige Rechtsfrage nach einer Abwägung zwischen den von „Verrätern“ in der Sowjetunion erhofften Beitrag zu einer Abkürzung des Krieges einerseits und einer mit ihrem Verrat verbundenen Lebensgefahr für deutsche Soldaten andererseits hat der Sachverständige Müller ausgespart.

Den Beweggrund der betroffenen deutschen Soldaten, zur Abkürzung des Krieges beizutragen, verwirft der Sachverständige Müller mit der Behauptung, im Unterschied zum einfachen Landesverrat und zum Hochverrat, der auf planmäßigen Umsturz und Regierungswandel abziele, hätten einfache Landesverräter und Kriegsverräter allein die Tötung deutscher Soldaten herbeiführen, nicht aber dem deutschen militärischen Apparat mehr als taktische und kurzfristige Nachteile zufügen können. Mit dieser Spekulation diskreditiert er zum einen den Widerstand der „kleinen Leute“, denen es von ihrer Position her nicht gegeben ist, mit einer Einzeltat den Lauf der Geschichte ändern zu können. So wie es Claus Schenk Graf von Stauffenberg und Philipp Freiherr von Boeselager versucht haben, allerdings mit dem einzigen Erfolg, dass sie mit ihren Attentaten zahlreiche Unschuldige getötet haben, ohne dass dies ihre Verdienste schmälern darf. Mit der Behauptung, die einfachen Soldaten hätten dem militärischen Apparat allenfalls taktische und kurzzeitige Nachteile zufügen können, widerspricht Müller auch sich selbst. Indem er nämlich behauptet oder von der bloßen „Möglichkeit“ spricht, dass der Verrat durch Überläufer zu „erheblichen Verlusten unter der eigenen Truppe“ geführt hat. Auch eine solche Schädigung der Wehrmacht war ein Beitrag zur vorzeitigen Beendigung des verbrecherischen Krieges, sei es um eine Beendigung von nur wenigen Wochen oder Tagen, in denen viele deutsche Soldaten und noch mehr unbeteiligte Zivilisten nicht umgekommen wären.

## **Zweierlei Maß in der Bewertung widerständiger Soldaten**

Anstatt sich auf anerkannte juristische Standards zu stützen, arbeitet Müller ausschließlich mit moralischen Wertungen.

Mit Ausnahme von Überläufern zur Résistance gilt seine Verachtung ausschließlich den deutschen Soldaten, die zu der sowjetischen Armee überliefen oder mit ihr zusammenarbeiteten. Bei einem Mitarbeiter des MFGA kann vorausgesetzt werden, dass Tausende deutscher Emigranten in der amerikanischen, im letzten Kriegsjahr auch in der französischen Armee dienten und gegen Deutschland kämpften. Später marschierten sie mit den künftigen Besatzungsmächten in Deutschland ein. Auch sie sämtlich mit der festen Entschlossenheit, die meisten von ihnen auch mit dem Beweggrund, die NS-Herrschaft mit allen Mitteln zu bekämpfen. Weniger bekannt ist, dass in der britischen Armee rund 10 000 Deutsche dienten und auch sie seit dem 6. Juni 1944 in Frankreich gegen die Wehrmacht kämpften, wie kürzlich die britische Historikerin Helen Fry in einer umfangreichen Dokumentation nachgewiesen hat (vgl. dazu Helen Fry, *The Kings most loyal enemy aliens*, London 2008).

Entgegen Müller kann – unter dem Gesichtspunkt der Notwehr und der Nothilfe – das Recht zum Frontenwechsel in dem verbrecherischen nationalsozialistischen Angriffskrieg auch denjenigen nicht abgesprochen werden, die sich in Frankreich oder Griechenland mit der überfallenen und oft von Ermordung bedrohten Bevölkerung solidarisierten und sich der französischen Résistance oder den griechischen Partisanen anschlossen. Was in der Gemengelage von Motivationen dabei überwog, ist für die juristische Bewertung irrelevant:

die Bereitschaft, dem terrorisierten Volk beizustehen oder, weil die schikanöse, oft grausame Behandlung durch Vorgesetzte ein Verbleiben insbesondere in Bewährungsbataillonen und Strafeinheiten unerträglich machte.

Auf die Idee, insbesondere den in britischer oder amerikanischer Uniform in Deutschland einmarschierten Deutschen einen strafrechtlichen Vorwurf zu machen, ist niemand gekommen. Allerdings wurden viele von ihnen in der Nachkriegszeit deshalb als „Verräter“ diskriminiert. Ein Beispiel ist Willi Brandt, der in norwegischer Uniform als Beobachter an den Nürnberger Kriegsverbrecherprozessen teilnahm.

Während der Sachverständige Müller den „Kriegsverrättern“ auf sowjetischen Boden ein besonders ehrloses Verhalten vorwirft, läßt er die in amerikanischer, britischer und französischer Uniform gegen Deutschland kämpfenden Deutschen unerwähnt. Misst er hier mit zweierlei Maß? Kann es auf die Himmelsrichtung ankommen, aus der und in welcher Richtung deutsche Kriegsgegner das nationalsozialistische Regime bekämpften und zu einem vorzeitigen Ende des verbrecherischen Krieges beizutragen versuchten? Ist es für den sachverständigen Müller der Umstand, dass sie damit vermeintlich oder wirklich kommunistische Bestrebungen begünstigten? Damit würde das dem Briefkopf nach als Stellungnahme des Militärgeschichtlichen Forschungsamtes ausgegebene Gutachten sich in die Tradition des Reichskriegsgerichts und des Professors Erich Schwinge stellen. Bei einer gewissen Nachsicht bei der Beurteilung von Verratshandlungen zu Gunsten der westlichen Alliierten genügte nämlich in dem von Deutschland im Osten geführten Rassen- und Weltanschauungskrieg jegliche Begünstigung des Kommunismus. So hieß es in den weitgehend

von den Kriegsgerichten übernommenen Ausführungen Erich Schwinges: „Seit dem Krieg mit Russland genügt jegliche Unterstützung der Ziele des Bolschewismus“ (vgl. Militärstrafgesetzbuch nebst Kriegssonderstrafrechtsverordnung. Erläutert von Dr. Erich Schwinge, 6. Auflage, Berlin 1944, S. 155).

Auch die in suggestiver Absicht gegen Mitglieder des „Nationalkomitees Freies Deutschland“ erhobenen Vorwürfe, sie hätten zu späterer Zeit im geteilten Deutschland in der NVA gedient, leistet keinen Beitrag zu einer sachgerechten Diskussion. Zum einen kann der Sachverständige Müller kein einziges gegen solche Wehrmachtsangehörige ergangenes Urteil wegen Kriegsverrat nachweisen. Zum anderen ist dem deutschen Recht der Grundsatz fremd, das einem Bürger durch ein ungerechtes Urteil angetane Unrecht könne durch ein im sonstigen Lebenslauf des betreffenden beobachtetes wirkliches oder vermeintliches Fehlverhalten beseitigt werden. Mit seinem polemischen Messen mit zweierlei Maß ist der Sachverständige Müller anscheinend in die Schützengräben des Kalten Krieges zurückgekehrt.

### **Diskriminierung des Widerstandes der „kleinen Leute“**

Sich mit dem „Kriegsverrat“ im Osten zuwendend, erklärt Müller diese Fälle nicht etwa mit den von Kriegsjahr zu Kriegsjahr auch für die deutschen Soldaten immer unmenschlicher werdenden Anforderungen und aus der wachsenden Einsicht in der verbrecherischen Charakter dieses Krieges. Den Grund für den Frontenwechsel sieht er allein darin, dass jene Soldaten „im Bewusstsein der absehbaren Niederlage“ sich „durch die Preisgabe von Informationen Vorteile in der Lagerhaft und eine frühzeitige Entlassung zum Kriegsende (...) erkaufen“ wollten. Dass

ein deutscher Soldat sich schlicht einfach aus überzeugter politischer Gegnerschaft gegen das nationalsozialistische Regime zur Unterstützung der sowjetischen Armee entschlossen haben könnte, hält Müller wohl für unvorstellbar. So aber fordert er für eine Aufhebung der von ihm nur gemutmaßten Kriegsverratsurteile den Nachweis eindeutig ehrenhaften Verhaltens.

Mit diesen Maßstäben, an denen Müller die gegen die NS-Herrschaft und den verbrecherischen nationalsozialistischen Angriffskrieg gerichteten Widerstandsaktivitäten beteiligte Personen gemessen haben möchte, müsste er auch vielen am Widerstand des 20. Juli 1944 beteiligten Persönlichkeiten den Anspruch auf (die längst erfolgte) Rehabilitierung absprechen. Im Unterschied zu den Diffamierungsversuchen Müllers sind die folgenden Ausführungen allein dazu gedacht, dem Sachverständigen Müller ein Messen mit „zweierlei Maß“ nachzuweisen. Die hohe Wertschätzung der Widerstandskämpfer des 20. Juli durch den Verfasser wird dadurch nämlich nicht berührt.

Es ist bekannt, dass viele, die sich erst in den 18 Monaten vor dem 20. Juli 1944 dem Widerstand des 20. Juli anschlossen, dies erst angesichts des sich nach der Niederlage in Stalingrad abzeichnenden Kriegsendes taten. Bekannt ist auch, dass viele der Offiziere des 20. Juli nicht nur bedenkenlos die „Blitzkriege“ Hitlers der ersten Kriegsjahre mittrugen, solange die deutschen Erfolge anhielten, sondern einige auch angesichts des Massenmords an den Juden von antisemitischen Ressentiments erfüllt waren.

Um nur einige Namen der nach dem 20. Juli 1944 zum Tode Verurteilten und Hingerichteten, deren Todesurteile inzwischen aufgehoben worden sind, zu nennen:

Arthur Nebe: SS-Gruppenführer Nebe war von Juni bis November 1941 als Führer der Einsatzgruppe B für die in dieser Zeit nach Nebes eigenen Angaben erfolgten Ermordung von 45.467 Personen, meist Juden, verantwortlich (vgl. Hermann Weiß, Biographisches Lexikon zum Dritten Reich, S. 333).

Generaloberst Erich Hoepner: Er war maßgeblich an der Erarbeitung der Angriffspläne und deren Durchführung in den ersten Kriegsjahren einschließlich des Überfalls auf die Sowjetunion beteiligt. Erst in der Krise des Winters 1941/1942 überwarf er sich mit Hitler (vgl. Weiß, ebenda, S. 226).

Hans Günter Kluge: Generalfeldmarschall Kluge vermied es über Jahre hinweg, sich den ihm bekannten Aktivitäten des Widerstandes anzuschließen. Erst ungefähr seit dem Gelingen der angloamerikanischen Invasion im Juni 1944 schloß er sich dem Widerstand an (einer Verurteilung kam er durch Selbstmord zuvor), (vgl. Weiß, ebenda, S. 258).

Fritz Fromm: Generaloberst Fromm war schon vor dem 20. Juli 1944 in die Attentatspläne eingeweiht. Als sich am Abend des 20. Juli 1944 das Scheitern des Attentats abzeichnete, ließ er sechs der Hauptverschwörer, darunter den Grafen Stauffenberg verhaften und standrechtlich erschießen (vgl. Weiß, ebenda, S. 136).

Eine Reihe der deutschen Soldaten, die in der Sowjetunion die Fronten wechselten, mögen dies aus kommunistischer Gesinnung getan haben. Bekanntlich strebten aber auch die Offiziere des 20. Juli keine parlamentarische Demokratie, sondern eine straff autoritär organisierte Staatsform mit sehr eingeschränkten Freiheitsrechten an (vgl. Hans Mommsen, Gesellschaftsbild und Verfassungspläne des deutschen Widerstandes in: Widerstand im Dritten Reich. Probleme, Ereignisse, Gestalten, hrsg. von Hermann Graml. Frankfurt 1984, S. 14 ff). Nach seinen eigenen Maßstäben, will er nicht mit zweierlaß Maß, je nach politischer Grundhaltung, vorgehen, müßte Müller auch den Widerstandskämpfern des 20. Juli 1944 und vielen anderen, die heute wegen ihres Widerstandes mit Recht hochgehrt werden, diese Ehre und den Anspruch auf Rehabilitierung absprechen.

II.

Zu den an das Gutachten des Sachverständigen Müller anknüpfenden Ausführungen des Sachverständigen Neitzel genügt die Bemerkung, dass er nicht einmal einen einzigen Fall benennt, in dem ein Todesurteil auf § 57 Mil.StrG gestützt worden ist.

Mit seiner Behauptung, all die von ihm erwähnten, aufgrund von Tatbeständen der Kriegssonderstrafrechts-VO verurteilten Täter hätten sich des Kriegsverrats schuldig gemacht, versucht Neitzel lediglich ein vermeintliches Versäumnis der Wehrmichtsgerichte nachzuholen.

Im übrigen verzichtet auch er in seiner für Historiker ungewöhnlichen Arbeitsweise auf jegliche Quellenangaben.

Mit der vagen Behauptung, auch bei den frontnahen Kriegsgerichten könne es zu Urteilen wegen Kriegsverrats gekommen sein, übersieht er zum einen, dass Fälle, für die eine Verurteilung nach § 57 Mil.StrG in Betracht kam, in der Regel an das Reichskriegsgericht abgegeben worden sind. Zum anderen stellt er sich mit der Berufung auf unbekannte Fälle gegen das Grundsatzurteil des Bundessozialgerichts vom 11.9.1991 (NJW 1992, S. 934). Dessen Auffassung, dass bei unbekanntem Grund eines Todesurteils die Rechtswidrigkeit des Urteils zu vermuten ist, ist inzwischen feste Rechtsprechung. Sie war auch eine der Grundlagen der NS-Aufhebungsgesetze von 1998 und 2002. Von der Indizierung einer Rechtswidrigkeit ist erst recht bei den von Neitzel lediglich vermuteten Todesurteilen auszugehen.