

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 478

Rechtsbegriff und Widerstandsrecht

Notwehr gegen rechtswidrige Ausübung
von Staatsgewalt im Rechtsstaat
und unter dem Nationalsozialismus

Von

Burkhard Koch



Duncker & Humblot · Berlin

BURKHARD KOCH

Rechtsbegriff und Widerstandsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 478

Rechtsbegriff und Widerstandsrecht

Notwehr gegen rechtswidrige Ausübung von Staatsgewalt
im Rechtsstaat und unter dem Nationalsozialismus

Von

Dr. Burkhard Koch



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Koch, Burkhard:

Rechtsbegriff und Widerstandsrecht: Notwehr
gegen rechtswidrige Ausübung von Staatsgewalt
im Rechtsstaat u. unter d. Nationalsozialismus /
von Burkhard Koch. — Berlin: Duncker und Humblot,
1985.

(Schriften zum Öffentlichen Recht; Bd. 478)

ISBN 3-428-05734-1

NE: GT

Alle Rechte vorbehalten

© 1985 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1985 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3-428-05734-1

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommer-Semester 1983 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als Dissertation angenommen.

Herrn Prof. Dr. Dieter Grimm, der die Arbeit betreut hat, möchte ich für die aufgewendete Mühe und vielfältige Anregungen danken.

Danken möchte ich auch Herrn Ministerialrat a. D. Prof. Dr. Dr. h. c. J. Broermann für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Burkhard Koch

Inhaltsverzeichnis

1. Fragestellung, Abgrenzungen, Gliederung der Arbeit	13
1.1. Rechtspositivismus als Begrenzung ideologischen Verfügungsanspruchs	13
1.1.1. Rechtspositivismus und ideologische Umdeutung des Rechts	13
1.1.2. Beispiel: Die Widerstandsnorm	32
1.2. Widerstand und Notwehr	37
1.2.1. Normierbarkeit des Widerstandes	37
1.2.2. Widerstandsbegriff und Notwehr	39
1.2.3. Voraussetzungen der Notwehr als Widerstandsnorm	43
1.3. Die Frage nach der Zulässigkeit von Notwehr gegenüber rechtsstaatlich gebundener Staatsgewalt als Vorfrage für die Untersuchung ideologischer Umdeutung unter dem NS — Gliederung der Arbeit	45
2. Notwehr und Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB)	47
2.1. Begrenzung der Notwehr gegenüber rechtmäßiger Amtsausübung	47
2.2. Die Voraussetzungen rechtmäßiger Amtsausübung	48
2.2.1. Die Gesetzmäßigkeitstheorie	48
2.2.2. Die Amtspflichtstheorie	49
2.2.3. Die Wirksamkeitstheorie und ähnliche Vorschläge	52
2.3. Rechtmäßigkeit der Amtsausübung und Rechtswidrigkeit des Angriffs in § 32 StGB	56
2.3.1. Das Verhältnis der Begriffe nach der unterschiedlichen Auslegung und dogmatischen Einordnung der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung	56
2.3.2. Auslegung des Begriffs der Rechtswidrigkeit des Angriffs in § 32 StGB	58
2.3.3. Relativität der Rechtsbegriffe und Einheit der Rechtsordnung	64
2.4. „Gebotensein durch Notwehr“ (§ 32 Abs. I StGB) als Anknüpfungspunkt für die § 113 StGB zugrunde liegende Wertentscheidung	66

2.5. Das Rechtsstaatsprinzip als Kriterium dafür, wann eine Widerstandshandlung durch Notwehr geboten ist	71
2.5.1. Die Rechtsprechung des BGH	72
2.5.2. Die geschichtliche Entwicklung des Widerstandsrechts	74
2.6. Notwehr und Rechtsbegriff	78
3. Positives Recht und NS-Ideologie	80
3.1. Die Bedeutung nationalsozialistischer Rechtsanschauungen für die Auslegung des Begriffs „durch Notwehr geboten“	80
3.1.1. Rechtsstaatsprinzip und völkischer Führerstaat	80
3.1.2. Der völkische Führerstaat	84
3.1.3. Ausschluß eines Notwehrrechts gegen den Führer	91
3.2. Der nationalsozialistische Rechtsbegriff	98
3.2.1. Das Recht als der Norm vorgegebene Ordnung	98
3.2.2. Alle Überlegungen enden beim Führer	103
3.2.2.1. Freisler zum Verhältnis von Recht, Richter und Gesetz	104
3.2.2.2. Die Ableitung allen Rechts vom Führerwillen	107
3.2.3. Neuer Positivismus oder Vorrang der Ideologie?	108
3.3. Recht und „nationalsozialistische Weltanschauung“	110
3.3.1. Die Bindung des Führers an ein „höheres Gesetz“	110
3.3.2. Gleichsetzung des „höheren Gesetzes“ mit der nationalsozialistischen Rassenideologie	113
3.3.2.1. Volksbegriff und Rasse	113
3.3.2.2. Der Gleichheitssatz in der NS-Rechtslehre	117
3.3.2.3. Rasse und Recht	118
3.3.3. Die nationalsozialistische Rassenideologie	123
3.3.4. Recht und Rassenideologie	125
3.4. Hat die Wirklichkeit des NS-Staates zu einer Begrenzung der nationalsozialistischen Ideologie geführt?	130
3.4.1. Normative Ordnung und Führergewalt	131
3.4.1.1. Der „Doppelstaat“	131
3.4.1.2. Die Strukturlosigkeit des NS-Herrschaftssystems ..	136
3.4.1.3. Die Zerstörung des Gesetzesbegriffs	139
3.4.2. Die nationalsozialistische Rassenideologie als wesentliche Antriebskraft politischen Handelns im NS-Staat	148
3.4.1.4. Fortsetzung: Die Zerstörung des Rechts und NS-Ideologie — Die Entwicklung der Polizei zur rechtlich ungebundenen Führerexekutive	152
3.5. Was bedeuten die Ergebnisse dieser Untersuchung über das Verhältnis von Recht und nationalsozialistischer Weltanschauung für die Auslegung positiver Normen, insbesondere des Begriffs „durch Notwehr geboten“?	160

4. Notwehr und Interessenabwägung	165
4.1. Folgen des Widerstandes für Dritte und die Allgemeinheit	165
4.2. Ergänzung der Notwehr durch Interessenabwägung	166
4.3. Interessenabwägung und Widerstandsrecht	167
4.3.1. Pflichtgemäße Prüfung der Widerstandslage	167
4.3.2. Erfolgsaussicht des Widerstandes	169
4.4. Einheitlichkeit der Bewertung einer Notwehrhandlung	171
Literaturverzeichnis	174

Abkürzungsverzeichnis

AÖR	= Archiv für öffentliches Recht
ARSPh	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
BEG	= Bundesgesetz zur Entschädigung für Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung vom 29. 6. 1956
BGH St	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGH Z	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
DJ	= Deutsche Justiz
DJZ	= Deutsche Juristenzeitung
DR	= Deutsches Recht
DRW	= Deutsche Rechtswissenschaft
DRZ	= Deutsche Rechts-Zeitschrift
DStR	= Deutsches Strafrecht
DV	= Deutsche Verwaltung
DVB1.	= Deutsches Verwaltungsblatt
GA	= Archiv für Strafrecht und Strafprozeß
GerS	= Gerichtssaal
Gestapa	= Geheimes Staatspolizeiamt
GS	= Preußische Gesetzsammlung
GuG	= Geschichte und Gesellschaft
GWU	= Geschichte in Wissenschaft und Unterricht
HessLV	= Verfassung des Landes Hessen vom 1. 12. 1946
HZ	= Historische Zeitschrift
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JÖR	= Jahrbuch für öffentliches Recht
JR	= Juristische Rundschau
Jus	= Juristische Schulung
JW	= Juristische Wochenschrift
JZ	= Juristenzeitung
KJ	= Kritische Justiz
L-M	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier-Möhring
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OGH St	= Sammlung der Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Strafsachen
PrALR	= Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten von 1794
PrOTr	= Königliches Ober-Tribunal
PrOVG	= Preußisches Oberverwaltungsgericht
PrPVG	= Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. 6. 1931
PrStGB	= Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten

RG St	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RG Z	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
R.St.G.B.	= Reichsstrafgesetzbuch
RverwBl.	= Reichsverwaltungsblatt
RzW	= Rechtsprechung zum Wiedergutmachungsrecht
Seuff.Arch.	= Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SG	= Sondergericht
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
VA	= Verwaltungsarchiv
VHfZ	= Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte
ZAkDR	= Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
ZfDKPh	= Zeitschrift für Deutsche Kulturphilosophie
ZStrW	= Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

1. Fragestellung, Abgrenzungen, Gliederung der Arbeit

1.1. Rechtspositivismus als Begrenzung ideologischen Verfügungsanspruchs

1.1.1. Rechtspositivismus und ideologische Umdeutung des Rechts

Mit dem Ende der nationalsozialistischen Herrschaft wurde auch wieder die Frage nach einem Widerstandsrecht gestellt, nachdem es seit der Mitte des 19. Jahrhunderts aus der deutschen Staatsrechtslehre verschwunden war¹. Im 19. Jahrhundert hatte sich in Deutschland der Rechtspositivismus durchgesetzt, der „sich stets mit besonderer Schärfe gegen ein Widerstandsrecht (richtete)“². Eine positivistische Begründung des Widerstandsrechts galt auch nach 1945 nicht als möglich³. Eine Lehre, die Recht und staatliche Setzung gleichsetze, schließe ein Widerstandsrecht aus⁴. Nehme man an, daß nur der staatliche Gewalthaber Recht setzen könne und dabei an keine ihn bindenden vorgegebenen Normen gebunden sei, könne es kein Widerstandsrecht geben⁵.

¹ Heyland, Das Widerstandsrecht des Volkes gegen verfassungswidrige Ausübung der Staatsgewalt im neuen deutschen Verfassungsrecht, 1950, S. 76 f. Heyland macht darauf aufmerksam, daß in den führenden Kommentaren zur Weimarer Reichsverfassung ein Widerstandsrecht nicht erwähnt wurde, und auch die repräsentativen staatsrechtlichen Lehrbücher der Kaiserzeit und der Weimarer Republik auf das Widerstandsrecht entweder überhaupt nicht oder nur als rechtshistorisches Institut hinwiesen (S. 81 f. FN 4).

² Kriele, Recht und praktische Vernunft, 1979, S. 111; Weinkauff, Über das Widerstandsrecht, 1956, S. 10. Ein Widerstandsrecht galt zudem als entbehrlich, da der Schutz der bürgerlichen Freiheit durch andere Rechtsbehelfe und die Organisation des Rechtsstaates mit Gewaltenteilung, Beteiligung des Volkes an der Gesetzgebung und unabhängigen Gerichten gewährleistet schien. (P. Schneider, Widerstandsrecht und Rechtsstaat, AÖR 1964, S. 8; Heyland, S. 83; Weinkauff, S. 10; vgl. auch Kriele, S. 124.)

³ Weinkauff, S. 10; P. Schneider, S. 8; E. v. Hippel, Zum Problem des Widerstandes gegen rechtswidrige Machtausübung, in: Kaufmann, Arthur (Hrsg.), Widerstandsrecht, 1972, S. 416; Even, Das Widerstandsrecht des Staatsbürgers, Diss. Köln 1951, S. 144. Vgl. dazu, daß die Nachkriegsjurisprudenz sich darauf festgelegt hatte, „daß nur mit dem Naturrecht eine juristische Bewältigung der nationalsozialistischen Vergangenheit möglich sei, während ein ‚Festhalten‘ am Rechtspositivismus bedeute, daß man auch nach dem Zusammenbruch der NS-Herrschaft auf die Geltung des NS-Rechts für die Fälle aus jener Zeit ausweglos festgelegt und jedem künftigen Hitler widerstandslos ausgeliefert sei“, Kirn, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?, 1972, S. 87 f.

⁴ P. Schneider, S. 8; E. v. Hippel, S. 416.

⁵ Weinkauff, S. 10.

Der Rechtspositivismus wird von einer bis heute weit verbreiteten Meinung in gleicher Weise für das Versagen der deutschen Justiz gegenüber dem Nationalsozialismus verantwortlich gemacht. Die Ausbildung in den Lehren des Rechtspositivismus habe den deutschen Juristenstand gegen nationalsozialistische Gesetze wehrlos gemacht⁶. Weinkauff fordert die „Erarbeitung einer naturrechtlichen Grundlage des Rechts“, welche allein zu einer „wirklichen Erneuerung von Recht und Gericht“ führen könne, die in der Lage sei, „der totalitären Bedrohung schon in ihrem Anfangsstadium (zu) widerstehen“⁷.

Der diesen Auffassungen zugrunde liegende Begriff des Rechtspositivismus kommt in der Definition zum Ausdruck, daß Recht schafft, wer die Macht hat, Normen zu setzen und durchzusetzen⁸. Daraus ist gefolgert worden, der Machthaber sei in der Lage, seine Herrschaft rechtlich abzusichern und seine Machtausübung zu legalisieren⁹. Der Nationalsozialismus hat einen solchen Gesetzespositivismus aber eher als unnötige Einschränkung empfunden¹⁰. Obwohl die NS-Herrschaft eine Flut von Gesetzen, Verordnungen und Verwaltungsbestimmungen mit sich brachte, blieb eine grundlegende Umgestaltung der Rechtsordnung aus. Die nationalsozialistische Staatsrechtslehre ging von einer neuen Verfassung aus, ohne daß die Weimarer Reichsverfassung formell aufgehoben wurde und es zur Ausarbeitung einer neuen geschriebenen Ver-

⁶ Radbruch, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, S. 105; F. v. Hippel, Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung als Warnung und Lehre, 1946, S. 28 ff.; Weinkauff, Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Bd. 1, 1968, S. 28 ff.; ders., Widerstandsrecht, S. 11 f.; Echterhölter, Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat. Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Bd. 2, 1970, S. 327; Schorn, Der Richter im Dritten Reich, 1952, S. 28; Kelsen, Was ist juristischer Positivismus?, JZ 1965, S. 465 (468); vgl. auch Welzel, Naturrecht und Rechtspositivismus, in: Festschrift für Hans Niedermeyer zum 70. Geburtstag, 1953, S. 279.

⁷ Weinkauff, Die deutsche Justiz, S. 182.

⁸ Rütters, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 1968, S. 93 unter Hinweis auf Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl., 1950, S. 179: „Wer Recht durchzusetzen vermag, beweist damit, daß er Recht zu setzen berufen ist.“ Vgl. auch Kelsen, S. 467: Recht ist allein deshalb verbindlich, weil es als Recht gesetzt wurde und eine gewisse soziale Wirksamkeit erlangt hat.

⁹ Vgl. zu dem „Übergewicht, das der bloße Besitz der legalen Machtmittel in einem von dieser Art Legalität beherrschten Staatswesen mit sich bringt“, C. Schmitt, Legalität und Legitimität, 1932, S. 30 ff. (35).

¹⁰ Rütters, S. 99; Broszat, Zur Perversion der Strafjustiz im Dritten Reich, VfZ 1958, S. 393 f.; Buchheim, Die SS — Das Herrschaftsinstrument, in: Buchheim / Broszat / Jacobsen / Krausnick, Anatomie des SS-Staates, Bd. I, 1965, S. 19; Diehl-Thiele, Partei und Staat im Dritten Reich, 1969, S. 10; Fest, Das Gesicht des Dritten Reiches, 6. Aufl., 1977, S. 290; Johe, Die gleichgeschaltete Justiz, 1967, S. 46 ff.; Reitter, Franz Gürtner, 1976, S. 187; Adam, Judenpolitik im Dritten Reich, 1972, S. 112; Rauschnig, Gespräche mit Hitler, 1973, S. 189.

fassung gekommen wäre¹¹. Eine Reform des Strafrechts wurde seit Anfang der nationalsozialistischen Herrschaft in mehreren Kommissionen beraten, und es wurden mehrere Entwürfe verabschiedet¹². Gesetz wurden aber nur Einzelregelungen. Auch das Privatrecht wurde nur in Einzelheiten gesetzlich unmittelbar geändert¹³. Die Frage nach dem Verhältnis von Rechtspositivismus und Widerstand im NS-Staat müßte daher anders gestellt werden.

Bisher geltendes Recht galt entweder — so wesentliche Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung — als durch die nationalsozialistische Revolution aufgehoben oder wurde — so die Masse des bisherigen Rechts — durch eine Auslegung im Sinne der neuen Wertgrundlagen umgedeutet¹⁴. Der Nationalsozialismus, der eine bestehende Rechtsordnung vorfand, hat versucht — unter Mitwirkung der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung — die geltenden Normen im Sinne der nationalsozialistischen Vorstellungen umzuformen. Rüthers zeigt am Beispiel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, wie eine Rechtsordnung durch einen Wandel der politisch bestimmten Wertgrundlagen mit den Mitteln der überkommenen Methodenlehre inhaltlich umgedeutet und ohne Änderung des Wortlautes zu einem Instrument der gesellschaftlichen Durchsetzung neuer Ordnungsvorstellungen werden kann¹⁵. Die Wertgrundlage der Gesamtrechtsordnung bestimmt die Auslegung und Anwendung einzelner Vorschriften: Normierte, in die Rechtsordnung aufgenommene neue Maßstäbe beeinflussen als fernwirkende gesetzliche Wertungen alle relevanten Einzelwertungen, noch nicht normierte, aber sozial herrschende Wertvorstellungen wirken methodisch einwandfrei bei der Ausfüllung von Wertbegriffen¹⁶. Der Umdeutung des Rechts bei einem Wandel der grundlegenden politischen

¹¹ Huber, Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches, 2. Aufl., 1939, S. 48 ff.

¹² Schulz, Die Anfänge des totalitären Maßnahmenstaates, in: Bracher / Sauer / Schulz, Die nationalsozialistische Machtergreifung. Studien zur Errichtung des totalitären Herrschaftssystems in Deutschland 1933/34, 2. Aufl., 1962, S. 528 ff.

¹³ Stoll, Die Gesetzgebung des Dritten Reiches auf dem Gebiete des Privatrechts, ZAKDR 1934, S. 138; ders., Die nationale Revolution und das bürgerliche Recht, DJZ 1933, Sp. 1229 (1232).

¹⁴ Vgl. Huber, Verfassungsrecht, S. 245: Der „vollständige Wegfall alter Rechtssätze (ist) auf wenige besonders eklatante Fälle beschränkt. Viel umfassender ist der zweite Grundsatz, der sich auf die Auslegung und Anwendung vorrevolutionärer Gesetze bezieht. Sie sind stets aus dem Geist der neuen Gemeinschaftsordnung zu verstehen und zu erklären. ... Die Aufgabe der freien und sinnvollen Auslegung des alten Gesetzesrechts muß mutig und entschlossen angepackt werden. Es werden dann nur selten Fälle bleiben, in denen ein befriedigendes Ergebnis nicht erzielt werden kann“.

¹⁵ Rüthers, S. 431 ff.

¹⁶ Ebd., S. 439.