



universität
wien

MASTERARBEIT / MASTER'S THESIS

Titel der Masterarbeit / Title of the Master's Thesis

„Wolfgang Schefflers historisches Rechtsgutachten im
österreichischen Nachkriegsprozess gegen den
Transportoffizier Franz Novak: die Frage des
Befehlsnotstands aus Sicht der Zeitgeschichte“

verfasst von / submitted by

Richard Wiesmann, BA

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Master of Arts (MA)

Wien, 2021 / Vienna 2021

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 066 803

Studienrichtung lt. Studienblatt /
degree programme as it appears on
the student record sheet:

Geschichte (Master)

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof.in Dr.in Kerstin von Lingen, MA

Inhalt

Einleitung	5
Fragestellung und Forschungsziel	6
Quellen	9
Methode	9
Forschungsstand	11
Die österreichische Nachkriegsjustiz	14
Ermittlungen nationalsozialistischer Verbrechen	15
Ahndung nationalsozialistischer Verbrechen	16
Die Zivilakteure Simon Wiesenthal und Hermann Langbein	19
Der Befehls- und Putativnotstand	20
Juristische Kategorie	20
Historische Situation?	23
Die Legende des Josef Schulz	24
Befehlsnotstand im Fernsehen: Standpunkt-Reportage „Befehl ist Befehl?“	25
Historische Gutachten: Geschichte vor Gericht	26
Gutachten aus Sicht des Gesetzes	27
Gutachten aus Sicht der Auftragsseite	28
Gutachten aus Sicht der sachverständigen Historiker	29
Der Gutachter Wolfgang Scheffler	32
Zeitgeschichte in Österreich	34
Analyse: Historisches Rechtsgutachten von Wolfgang Scheffler	36
Strafsache Franz Novak	36
Vorgeschichte des Gutachtens	40
Quellenbeschreibung	42
Kurzzusammenfassung	43
Benutzte Quellen und Methoden	44
Aufbau und Inhalt	46
Historische Problem- und Themenstellung: „Vorbemerkungen“	47
Erster Abschnitt: „Zur SS- und Polizeigerichtsbarkeit“	48
Zweiter Abschnitt: „Zur Regelung der Gerichtsbarkeit für Angehörige der Sicherheitspolizei und des SD“	50
Dritter Abschnitt: „Befehlsnotstand und die Situation der Zeit“	52
Argumentationsstrategie	54
Erstes Argument: SS- und Polizeigerichtsbarkeit begründete keinen Befehlsnotstand	56

Zweites Argument: Außergerichtliches Disziplinarverfahren bedeutete keinen Befehlsnotstand	58
Drittes Argument: Einstellung der Täter ließ Befehlsnotstand gar nicht erst zu.....	59
Sprachlichkeit und Verständlichkeit	62
Gerichtliche Rezeption.....	65
Wirkung auf das Urteil.....	68
Nichtigkeitsbeschwerde.....	69
Kosten.....	72
Historische Rechtsgutachten zum Befehlsnotstand im kurzen Vergleich.....	73
Historisches Rechtsgutachten von Hans Buchheim	75
Historisches Rechtsgutachten von Hans-Günther Seraphim.....	80
Zusammenfassung und Schlussbetrachtung.....	83
Quellen- und Literaturverzeichnis	85
Primärquellen	85
Sekundärliteratur	85
Internetquellen.....	91
Anhang	92
Abstract	92

Einleitung

Die vorliegende Arbeit setzt sich mit dem historischen Rechtsgutachten Wolfgang Schefflers auseinander, das zur Frage des Befehlsnotstandes für einen österreichischen Nachkriegsprozess 1969 in Auftrag gegeben wurde. Verfahren wegen nationalsozialistischer Verbrechen behandelten mitunter verworrene Tatkomplexe. Die strafbaren Handlungen erfolgten einst unter verschiedenen historischen Bedingungen, Umständen und Hintergründen. Zudem war ein typisches Verteidigungs- und Rechtfertigungsmuster der Angeklagten das vorgebliche Handeln unter einem Befehlszwang. Es handelte sich dabei um eine Berufung ex post auf eine objektiv gegebene oder subjektiv angenommene Zwangslage, wonach im Falle einer Verweigerung gegenüber einer verbrecherischen Weisung eine Todesgefahr bestanden habe. Ein tiefgehendes Verständnis für die damaligen Verhältnisse in den am Holocaust beteiligten Organisationen schien daher in einigen Fällen unabdingbar. Um dieser Schwierigkeit beizukommen, nutzten Gerichte sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in Österreich Expertisen der Zeitgeschichte zur Erweiterung ihres Blickwinkels. Die Historiker¹ wurden dabei als Sachverständige in den Zeugenstand gerufen, trugen ihr Fachwissen in Form von Gutachten vor und stellten dabei ein Beweismittel der Anklage dar. Sie unterstützten den Gerichtssenat bei der Aufklärung der historischen Sachlage, in welcher sich die Verbrechen abgespielt hatten, jedoch ohne die Individuen und ihre Taten selbst rechtlich zu bewerten. Zwischen der westdeutschen und österreichischen Nachkriegsjustiz zeichnet sich allerdings ein deutliches Gefälle ab. Während im Nachbarland historische Gutachten beständiger Teil der Gerichtsverfahren waren, kamen hierzulande in den insgesamt 34 geführten Prozessen zwischen 1956 und 1975 zumindest zwei Historiker persönlich zu Wort. Oftmals verfügten die hiesigen Gerichte über „fremde“ Gutachten in schriftlicher Kopie, die ursprünglich für ähnlich

¹ Die Geschichte der gutachterlichen Zeitgeschichte sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in Österreich ist bis in die neueste Zeit hinein eine männliche dominierte Sphäre. Ihre bekanntesten Vertreter waren Hans Buchheim, Martin Broszat, Hans-Günther Seraphim und Wolfgang Scheffler. Erst mit der deutschen Militärgeschichtlerin Kerstin von Lingen, die im Rahmen von Strafverfahren wegen nationalsozialistischer Kriegsverbrechen in Italien von 2006 bis 2012 historische Gutachten erstellte, kam es zu einem Bruch dieser männerdominierten Erzählung. Vgl. die Gemeinschaftsarbeit, welche die Gutachten zusammenfasst, von Hennig Radtke, Kerstin von Lingen, Christopher Theel, „Straffreiheit durch Führerbefehl? Die Rechtswirkung von nationalsozialistischem Rechtsverständnis in der Militärjustiz am Beispiel von SS- und Polizeigerichtsbarkeit sowie Wehrmachtjustiz, 1939 – 1945,“ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 129 (2012): 214 – 266. Da in Zukunft wegen des fortgeschrittenen Abstandes zu Holocaust und Porajmos allerdings keine Nachkriegsverfahren wegen nationalsozialistischer Verbrechen zu erwarten sein werden, wird diese diversifizierende Auflockerung wohl einmalig gewesen sein. Im Folgenden wurde daher, sofern es nicht um allgemeine Annahmen ging oder sich nicht auf die neueste Zeit bezogen wurde, auf eine gendersensible Sprache zweckgemäß verzichtet.

gelagerte Strafsachen angefertigt worden waren. Ausnahmslos handelte es sich dabei um Beiträge der bundesdeutschen Zeitgeschichtsforschung.

Zum umfangreichsten Gutachten, das in der österreichischen Nachkriegsjustiz eingesetzt wurde, ist das Rechtsgutachten des deutschen Politikwissenschaftlers, Holocaust- und Antisemitismusforschers Wolfgang Schefflers zu zählen. Das Wiener Landesgericht beantragte seine Hinzuziehung für den dritten Prozessanlauf 1969 gegen den Österreicher Franz Novak. Es handelte sich dabei um den ehemaligen Transportoffizier Adolf Eichmanns und Schutzstaffel- (SS) und Sicherheitsdienst-Angehörigen (SD) im Reichssicherheitshauptamt (RSHA)². Als Bürokrat organisierte er Züge der deutschen Reichsbahn in ganz Europa, um die Deportationen jüdischer Menschen in die östlichen Vernichtungs- und Konzentrationslager im Rahmen der „Endlösung der Judenfrage“ durchzuführen. Im letzten Verfahren erging für Novak jedoch ein Geschworenenfreispruch wegen der Annahme eines Befehlsnotstands. Scheffler erstellte hierzu in kürzester Zeit ein auf den Fall abgestimmtes Gutachten, das eine wissenschaftliche Einschätzung über die Hintergründe des Befehlsnotstands lieferte. Das Ziel der vorliegenden Arbeit war, erstmals ein historisches Rechtsgutachten selbst als Geschichtsquelle zu betrachten und anhand mehrerer Gesichtspunkte zu analysieren. Dabei wurde der Versuch unternommen, die Vorgänge vom Zeitpunkt der staatsanwaltlichen Beantragung, über strafrechtliche Rezeption, bis hin zum Kostenbeschluss zu rekonstruieren. Struktur und Aufbau, verwendete Quellen und Argumentationstechnik des Gutachtens wurden anschließend einer Analyse unterzogen. Zuletzt wurde die Gesamtsituation der gutachterlichen Zeitgeschichte in den Blick genommen, um ein neues Forschungsfeld über die Geschichte vor Gericht in den wichtigsten Strafverfahren der Zweiten Republik schlaglichtartig zu erschließen.

Fragestellung und Forschungsziel

Historische Rechtsgutachten dienten der Abklärung teils diffiziler, verworrener oder bis dahin wenig bekannter Sachgegenstände. Die Beantwortung spezieller historischer Fragen überstieg in der Regel die Kompetenz von Gerichten. An Gutachten wurde daher die Erwartung gerichtet, Wissenslücken, Zweifel oder Irrtümer in einem Nachkriegsverfahren bestenfalls endgültig zu beseitigen. Nicht weniger schwer wog die Tatsache, dass die Expertisen darüber hinaus Einfluss

² Im Folgenden wurden die Eigenbezeichnungen nationalsozialistischer, historischer oder sonstiger Institutionen ohne jedwede Markierung als zeitgeschichtliche Begrifflichkeit übernommen. Nach der erstmaligen vollständigen Nennung erfolgte aus Platzgründen die Benutzung von Abkürzungen, die zu diesem Zweck zuvor in Klammern markiert wurden. Der Autor distanziert sich angesichts der Verwendung der Quellenbegriffe ausdrücklich von den verbrecherischen Organisationen, Akteur*innen und ihren Handlungen.

auf ein späteres Urteil nehmen konnten. Es kamen dabei für die Nachkriegsjustiz also nur jene zeitgeschichtlichen Forschende als Sachverständige in Frage, die sich bereits intensiv mit der Thematik auseinandergesetzt hatten.

Die als Sachverständige beeideten Historiker waren in solchen Verfahren doppelt gebunden. Die eigene wissenschaftliche Disziplin setzte den Gutachtern verbindliche Vorgehensweisen anfangen von anleitendem Erkenntnisinteresse, über vollständige Quellensammlung, analytische Interpretation bis schließlich zur systematischen Darstellung der Ergebnisse, die in jedem Forschungsprozess anwesend sind. Die Darstellung der Ergebnisse hatte einer Struktur zu entsprechen, die nicht bloß zielgenaue Antworten auf die im Gericht aufgeworfenen Zweifelsfälle lieferte, sondern vorteilhafterweise eine verständliche Sprache verwendete, um das Wissen aller Parteien im Gerichtssaal auf ein gemeinsames Niveau anzuheben. Die geladenen Historiker waren jedoch auf gerichtlicher Seite weiteren Maßgaben unterworfen. Die Fragestellung entsprang nicht einem freien Forschungswillen, sondern einem konkreten Auftrag mit Pflichtcharakter. Sie standen unter Eid und Wahrheitspflicht. Somit bestimmte die Justiz zu einem gewissen Teil die Forschungstätigkeit der Zeitgeschichte mit. Die Aufgabe der Gutachter war aber nicht, eine individuelle Tatschuld zu klären, sondern bloß die Umstände und Bedingungen der handelnden Täter*innen zu beleuchten, unter denen die gegenständlichen Verbrechen stattgefunden hatten.

Vor dem Hintergrund dieser Überlegungen drängt sich die Frage auf, wie historische Rechtsgutachten zustande kamen, gestaltet und rezipiert wurden. Die Beantwortung dieser Ausgangsüberlegungen wurde am Beispiel des umfangreichen Rechtsgutachtens von Wolfgang Scheffler mit dem Titel „Zum Problem des sogenannten Befehlsnotstandes“ für den dritten Prozess 1969 gegen Franz Novak umgesetzt. Hierzu wurde im Folgenden ein detaillierter Fragenkatalog erstellt, der mehrere Aspekte aufzugreifen vermag. Der erste Fragekomplex zielt auf den Kern des Gutachtens ab:

- Wie war das Gutachten aufgebaut? Wie wurde die Problematik des Befehlsnotstandes umrissen, sich ihr genähert und welche Argumentationsweisen wurden zu deren Aufklärung angewandt? Wie wurde die juristische Problemstellung am Ende beantwortet, blieben bestimmte Fragen offen? Welche Quellen wurden verwendet und auf welche Art auf sie zugegriffen? Wurde mit eindeutigen oder mehrdeutigen, einfachen oder komplexen Begriffen und Theorien gearbeitet? Gab es sprachliche

Besonderheiten? Erfüllte das Gutachten darüber hinaus die Norm, die individuelle Schuld der Angeklagten nicht zu bewerten?

Die Gutachtertätigkeit begann mit der Bestellung Schefflers durch die Staatsanwaltschaft Wien. Damit stand das Gutachten auf der Anklageseite als eine Form des Beweismittels durch sachverständige Zeugenschaft. Bereits vor der eigentlichen Hauptverhandlung ergaben sich interessante gerichtliche Antrags- und Beschwerdestellungen. In der Hauptverhandlung wurde das Gutachten mündlich vorgetragen und im Anschluss einer Befragung ausgesetzt. Nach der Urteilsfindung wurde das Gutachten Gegenstand weiterer juristischer Vorgänge. Daher war zusätzlich nach der gesamten Kommunikation, dem juristischen Umgang und der gerichtlichen Rezeption in folgender Weise zu fragen:

- Durch wen und wie kam es zur Bestellung Wolfgang Schefflers als Gutachter? Welche Reaktionen oder Einwände rief dessen Hinzuziehung hervor? Worauf gründeten sich etwaige Beanstandungen gegen dessen Bestellung? Wie wurde das Gutachten in der Hauptverhandlung rezipiert? Welche Diskussion entspannte und wie gestaltete sich diese nach Hörung des Gutachtens? Wie gut konnte der Sachverständige seine Expertise verteidigen?

Im letzten Fragekomplex wurde die juristische Wirkung des Gutachtens anhand des gefällten Urteils durch den Geschworenensenat eingeschätzt. Außerdem wurde für ein größeres Bild die Situation der gutachterlichen Zeitgeschichte in der österreichischen Nachkriegsjustiz anhand eines oberflächlichen Vergleichs anderer Gutachten und deren Verwendung nachgezeichnet:

- Wie ist die Wirkung der vom Historiker vorgetragenen Expertise einzuschätzen? Fanden die Ergebnisse Eingang in die Beratungsprotokolle der Geschworenen oder in die Urteilsbegründung? Gab es in anderen österreichischen Verfahren ähnliche Gutachten? Wie argumentierten diese? Welche Wirkung entfalteten sie? Welche Bedeutung hatten Gutachten in der österreichischen Nachkriegsjustiz überhaupt?

Die Beantwortung der oben genannten Fragenkomplexe zielt darauf ab, den Aufbau, Gestaltungsweise, Argumentationsform, gerichtliche Rezeption und die juristische Wirkung nacheinander systematisch und detailliert auszuwerten, um erstmals die Geschichte über das zeitgeschichtliche Gutachterwesen am Beispiel eines österreichischen Nachkriegsprozesses in umfangreicher Weise zu erschließen.

Quellen

Als Primärquellen der Arbeit wurden zahlreiche Materialien herangezogen. Den Hauptuntersuchungsgegenstand bildet hierzu das historische Rechtsgutachten Wolfgang Schefflers im Umfang von 68 Seiten mit dem Titel „Zum Problem des sogenannten Befehlsnotstandes“. Dieses wurde ausschließlich für das Landesgericht Wien für den dritten Prozess gegen Franz Novak 1969 angefertigt. Die Auswahl leitet sich aus vier wesentlichen Merkmalen ab, die einer Analyse zu lohnen schienen. Es handelt sich beim Gutachten um ein selbständiges und schriftliches Dokument. Es weist einen hohen Umfang, Qualität und Überzeugungskraft auf. Zudem wurde es speziell auf den Fall hin angefertigt und es erfuhr eine lebendige Rezeption vor Gericht. Dieses Gutachten befindet sich in der entsprechenden Strafsakte gegen Novak. Diese ist beim Wiener Stadt- und Landesarchiv vorfindlich. Des Weiteren wurden relevante Noten, Anträge oder Beschlüsse derselben Gerichtsakte zur Rekonstruktion der Gerichtsvorgänge untersucht. Betrachtet wurden auch andere Gutachten und deren Verwendung ebenfalls in österreichischen Nachkriegsverfahren zur allgemeinen Einschätzung der gutachterlichen Zeitgeschichte. Historische Gesetzestexte dienten der Sichtung der damaligen Rechtslage. Zur Begrifflichkeit des Befehlsnotstands wurde darüber hinaus eine zeitgenössische Filmreportage des öffentlich-rechtlichen Fernsehsenders ORF aus dem Jahr 1966 gesichtet.

Methode

Die methodische Herangehensweise stützt sich auf eine Form der qualitativen Analyse des Gutachtens nach eigenständig entwickelten Fragestellungen, die eine Reihe von Gesichtspunkten hinsichtlich des Aufbaus, Argumentation, Sprachlichkeit und Rezeption betreffen. Sie wurden systematisch ausgearbeitet, dass sich ein zusammenhängendes Bild über das Gutachten und dessen Verwendung ergab. Jedoch mussten Quellenprodukte aus der Hand justizieller Behörden einer quellenkritischen Sichtung unterzogen werden. Nachfolgend wurden mit Hilfe von Literatur einige Überlegungen zum Umgang mit Justizakten angestellt.

Ein unverzichtbarer Grundsatz der historischen Forschung ist der kritische Umgang mit seinen Quellen. Die Ebenen der Entstehung, der Formalien und des Inhalts müssen notwendigerweise einer kritischen Betrachtung unterzogen werden, die traditionellerweise in eine äußere und innere Quellenkritik eingeteilt wird. Dadurch werden unter anderem die Echtheit der auszuwertenden Dokumente oder die Plausibilität der darin vorliegenden Informationen

gesichert. Dieses Leitprinzip der Quellenkritik zeichnet die Disziplin der Geschichte und ihre strenge Methodik als eine Wissenschaft aus. Zur Arbeit mit Justiz- und Gerichtsakten wurden bereits einige Beiträge verfasst. Martin F. Polaschek versteht unter dem Begriff Gerichtsakt zunächst „all jene Akten [...], die im weiteren Rahmen eines Strafverfahrens produziert und gesammelt worden sind.“³ Bevor sie nach Ablauf einer Sperrfrist unter die Zuständigkeit der Archive fallen, bleiben sie im Gewahrsam der Justizbehörden.⁴ Diese Quellengattung war also während ihres Entstehungsprozesses formaljuristischen Rahmenbedingungen unterworfen, ihre Existenz einer Zweckgerichtetheit geschuldet. Das Strafverfahren selbst, in dem sie verwendet wurden, hatte stets ein Straferkenntnis zum Ziel.⁵ Das umschließt, dass Justizakten nur insoweit Informationsmaterial in sich tragen, sofern dies zur strafrechtlichen Beurteilung beitrug. Claudia Kuretsidis-Haider hält hierzu fest, dass zur Erreichung eines Schuldspruches nur die hierzu notwendigen Materialien ausgeschöpft, andere hingegen ignoriert wurden. Folglich gibt es für die Justiz irrelevante, für die Geschichtswissenschaften allerdings Quellen von unverzichtbarer Bedeutung.⁶ Eine weitere Überlegung zeigt, dass sich einzelne Teildokumente in gewissen Graden voneinander unterscheiden. Polizeiliche und gerichtliche Vernehmungsprotokolle, Zeug*innenaussagen ohne oder mit Gegenüberstellung, kopierte Originaldokumente, Referenzen auf andere Verfahren, diverse Anträge, Beschwerden, Beschlüsse, amtliche Vermerke, Gutachten oder Urteile liegen unterschiedlichen Entstehungszusammenhängen zugrunde. Protokolle, sei es, dass sie die Hauptverhandlung festhalten, sei es, dass sie polizeiliche Aussagen aufnehmen, sind zuweilen unvollständig erfasst, aus unterschiedlichen Gründen umschrieben, aber auch von der notierenden Seite bereits zu einem gewissen Grad vorinterpretiert. Darüber hinaus befinden sich auch oft gerichtsferne Materialien in einem Justizakt. So etwa private Aufzeichnungen von Angeklagten.⁷

Zu berücksichtigen bei der Forschung mit Justizakten der Nachkriegsjustiz sind die politischen und gesellschaftlichen Bedingungen, die die Strukturen der Verfolgung nationalsozialistischer Verbrechen prägten. In nicht wenigen Fällen zogen sich in Österreich Ermittlungen über Jahre

³ Martin F. Polaschek, „Rechtliche Fragen im Umgang mit Gerichtsakten als historischer Quelle,“ in *Keine „Abrechnung“: NS-Verbrechen, Justiz und Gesellschaft in Europa nach 1945*, hrsg. von Claudia Kuretsidis-Haider und Winfried R. Garscha (Leipzig, Wien: Akademische Verlagsanstalt, 1998), S. 285.

⁴ Ebda., S. 301.

⁵ Heinrich Gallhuber, „Anmerkungen zur Arbeit mit gerichtlichen Strafakten in der zeitgeschichtlichen Forschung (Teil 1),“ *Rundbrief, Verein zur Erforschung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen und ihrer Aufarbeitung, Verein zur Förderung Justizgeschichtlicher Forschungen* 1 (1999): S. 6 – 9, 6.

⁶ Claudia Kuretsidis-Haider, „Das Volk sitzt zu Gericht“. *Österreichische Justiz und NS-Verbrechen am Beispiel der Engerau-Prozesse 1945 – 1954* (Innsbruck, Wien, Bozen: Studienverlag, 2006), S. 21.

⁷ Polaschek, „Rechtliche Fragen,“ S. 285.

hin, ohne dass in der Zwischenzeit nennenswerte Ergebnisse erzielt worden wären. Aber auch in gerichtlichen Urteilen selbst spiegelt sich die Auffassung von Recht und Unrecht eines Landes wider, dies umso deutlicher, wenn Laienrichter*innen schwere Entscheidungen zu fällen hatten.⁸ Henry Friedländer zählt drei die Geschichtswissenschaft interessierende Aspekte auf, die aus diesen Dokumenten meist als einzige Quelle extrahiert werden können: die Beschreibung des Hintergrundes der Tat, wenn auch meist nur verengt, die Rekonstruktion der Tat und schließlich die Biografie und Motive der beschuldigten, angeklagten bzw. verurteilten Personen. Letztlich aber räumt Friedländer ein, dass Staatsanwaltschaften oder Gerichtssenate oftmals von bestehenden Fällen gegenseitig abschrieben.⁹

Es ist leicht erkennbar, dass sich aus Justizakten der Nachkriegsjustiz unterschiedliche Informationen gewinnen lassen, sich aber gleichzeitig auch bestimmte Grenzen auftun. Forschende müssen sich außerdem stets vergegenwärtigen, dass die beauftragten Gerichte bei der Aufgabe der Ahndung nationalsozialistischer Verbrechen, die nicht selten durch ein hohes Spektrum an grausamen Menschlichkeits- und Kriegsverbrechen charakterisiert sind und größte Abneigung hervorrufen, ausschließlich Recht gegenüber dem Gesetz, jedoch nicht immer Gerechtigkeit für die Opfer sprachen.¹⁰

Forschungsstand

Der Forschungsstand zur Geschichte vor Gericht scheidet sich in zwei unterschiedliche Perspektiven. Einerseits berichteten jene Historiker, die einst selbst als Sachverständige ihre Spuren in der Nachkriegsjustiz hinterlassen hatten, von ihren Erfahrungen, reflektierten die Bedeutung solcher Verfahren oder schätzten den Beitrag der Zeitgeschichte als Rechtshelferin ein. Die wohl hierzu erste wissenschaftliche Reflexion zur Bedeutung der deutschen Nachkriegsjustiz für die Zeitgeschichtsforschung stammt vom Historiker und Gutachter Hans-Günther Seraphim aus dem Jahr 1954¹¹, noch bevor er im Ulmer Einsatzgruppen-Prozess einige Jahre später ein wichtiges Gutachten abliefern wird. Er zeichnet ein Spannungsfeld zwischen Justiz und Geschichtswissenschaft und macht einige kritische Anmerkungen zum erzeugten

⁸ C.F. Rüter, "Erfassen – Erhalten – Erschließen. Erfahrungen und Erkenntnisse bei der Edition deutscher Urteile wegen NS-Gewaltverbrechen," in *Keine „Abrechnung“*, S. 267.

⁹ Henry Friedländer, "Der deutsche Strafprozeß als historische Quelle," in *Keine „Abrechnung“*, S. 281.

¹⁰ Ebda., S. 280.

¹¹ Vgl. Hans-Günther Seraphim, "Nachkriegsprozesse und zeitgeschichtliche Forschung," in *Mensch und Staat in Recht und Geschichte. Festschrift für Herbert Kraus zur Vollendung seines 70. Lebensjahrs dargebracht von Freunden, Schülern und Mitarbeitern*, hrsg. Der Göttinger Arbeitskreis (Kitzingen/Main: Holzner-Verlag, 1954).

Geschichtsbild aus dem Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess. Martin Broszat, der als Historiker vom Institut für Zeitgeschichte (IfZ) in München im Frankfurter Auschwitz-Prozess als Gutachter tätig war, äußerte sich 1976 zum Verhältnis von Justiz und Geschichte, die wiederum im Einklang operieren können.¹² Der Beitrag endet mit der interessanten Bestandsaufnahme, dass Gerichte, Justiz- und Verwaltungsbehörden durch Strafrechtsverfolgung, Wiedergutmachung und anderen Rechtsfragen ein gründlicheres Geschichtsbild konstruierten, als es die Geschichtswissenschaft selbst vermocht hatte, und darüber hinaus riesige Quellenbestände erschlossen. Ebenfalls aus einer Nahperspektive wirft Wolfgang Scheffler in einem Beitrag¹³ von 1984 die Frage nach der Leistung der deutschen Zeitgeschichte in der Nachkriegsjustiz auf. Für ihn steht fest, dass die Nachkriegsjustiz die Voraussetzungen für weitere wissenschaftliche Forschung schuf, da die justiziellen Recherchearbeiten zeithistorische Fragen erstmals greifbar machten. Zugleich gibt Schefflers Beitrag einen spannenden Einblick in die Tätigkeit und Erfahrung als Zeithistoriker vor Gericht.

Andererseits stieg das Interesse von Seite der nachgewachsenen Generation für die eigene Disziplin und ihre Tätigkeit für die Nachkriegsjustiz seit Ende der 1990er-Jahre an. Das Hauptaugenmerk der allermeisten Studien liegt dabei auf dem ersten Frankfurter Auschwitz-Prozess von 1963 bis 1965, dessen Wichtigkeit für die deutsche Zeitgeschichtsforschung einhellig herausgestrichen wird. Allerdings sind alle Beiträge auf die Bundesrepublik Deutschland zentriert. Von Norbert Frei erschien 1996 ein Artikel¹⁴, der sich mit der Geschichte der historischen Gutachten auseinandersetzt. Als Beispiel für ein frühes historisches Gutachten nennt Frei das Verfahren gegen Otto Ernst Remer, der im Jahr 1952 wegen Verunglimpfung der Beteiligten um das Attentat vom 20. Juli 1944 angeklagt wurde.¹⁵ Eine intensive Zusammenarbeit zwischen Zeitgeschichte und Justiz lässt sich aus seiner Sicht allerdings erst ab dem Frankfurter Auschwitz-Prozess feststellen. Der hessische Staatsanwalt Fritz Bauer bestellte für den offiziell als „Strafsache gegen Mulka u.a.“ bezeichneten Prozess insgesamt vier Historiker als Sachverständige. Dazu gehörten drei Historiker des IfZ, Martin Broszat,

¹² Martin Broszat, „Juristische und zeitgeschichtliche Bewältigung der Vergangenheit (1976),“ in *Nach Hitler. Der schwierige Umgang mit unserer Geschichte. Beiträge von Martin Broszat*, hrsg. von Hermann Graml und Klaus-Dietmar Henke (München: Oldenburg, 1987), S. 45 – 46.

¹³ Wolfgang Scheffler, „Der Beitrag der Zeitgeschichte zur Erforschung der NS-Verbrechen – Versäumnisse, Schwierigkeiten, Aufbau,“ in *Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren? NS-Prozesse in der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von Jürgen Weber und Peter Steinbach (München: Günter Olzog Verlag, 1984).

¹⁴ Norbert Frei, „Der Frankfurter Auschwitz-Prozess und die deutsche Zeitgeschichtsforschung,“ in *Auschwitz. Geschichte, Rezeption und Wirkung. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust*, hrsg. von Fritz Bauer Institut (Frankfurt, New York: Campus Verlag, 1996).

¹⁵ Ebda., S. 126.

Hans Buchheim und Helmut Krausnick, der zu diesem Zeitpunkt die Leitung der Einrichtung innehatte. Zudem wurde Hans-Adolf Jacobsen von der Universität Bonn geladen.¹⁶ Vor dem Prozess wurden zwischen Bauer und den Wissenschaftlern insgesamt sieben Themen vereinbart, die von Verfolgungs- bis hin zur Institutionengeschichte reichten.¹⁷ Einige der Gutachten wurden anschließend im Sammelwerk *Anatomie des SS-Staates* veröffentlicht, das rasch zum Grundlagenwerk aufstieg. Frei schätzt den Prozess in Frankfurt als wissenschaftlichen Höhenpunkt der deutschen Zeitgeschichte ein, jedoch ist diesem Wissenssprung unmittelbar danach keine weitere Forschungswelle nachgefolgt.

Im Jahr 1999 veröffentlichte Irmtrud Wojak einen ähnlichen Artikel¹⁸, der die Rolle der Historiker im Auschwitz-Prozess in Frankfurt beleuchtet. Die Autorin arbeitet dabei heraus, dass jene für den Prozess insgesamt sieben vorzutragenden Gutachten hauptsächlich einen aufklärerischen Zweck erfüllten. Durch sie sollten die Grundzüge der deutschen Vernichtungspolitik auch außerhalb des Gerichtssaals aufgezeigt werden.

Als wichtige Studie über Geschichte vor Gericht ist Eric Haberers *History and Justice, Paradigms of the Prosecution of Nazi Crimes* herauszustreichen.¹⁹ Ihn interessiert die Interaktion zwischen Justiz und Geschichte. Deren Verbindung versucht er, anhand der Beispiele des Nürnberger Tribunals gegen die Hauptkriegsverbrecher sowie des Frankfurter Auschwitz-Prozesses zu erklären. Einen Erfolg der Zeitgeschichte und ihrer Sachverständigen erblickt Haberer unter anderem in der Entmythisierung des Befehlsnotstands. In Frankfurt konnte sogar der weitaus diffiziler abzuweisende Putativnotstand widerlegt werden.²⁰ Die Geschichte der nationalsozialistischen Verfolgung erhielt wegen der Gutachten mehr an Individualität, bekam nun ein Gesicht von „gewöhnlichen Männern“ statt von bis dahin stilisierten „Monstern“.²¹

Dieter Pohl schildert 2009 in seinem Beitrag²² die frühe Situation der sich erst allmählich etablierenden Zeitgeschichte. Das zur Erforschung des Nationalsozialismus eingerichtete IfZ

¹⁶ Ebda., S. 127.

¹⁷ Ebda., S. 129.

¹⁸ Irmtrud Wojak, „Herrschaft der Sachverständigen? Zum ersten Frankfurter Auschwitz-Prozeß,“ *Kritische Justiz* 32, 4 (1999): S. 605 – 616.

¹⁹ Haberer, „History and Justice. Paradigms of the Prosecution of Nazi Crimes,“ *Holocaust and Genocide Studies* Vol. 19, 3 (2005): S. 487 – 519.

²⁰ Ebda., S. 501.

²¹ Ebda., S. 505 – 506.

²² Dieter Pohl, „Prosecutors and Historians. Holocaust Investigations and Historiography in the Federal Republic 1955 – 1975,“ in *Holocaust and Justice. Representation and Historiography of the Holocaust in Post-War Trials*, hrsg. David Bankier and Dan Michman (Jerusalem: Yad Vashem, Berghahn-Books, 2010), S. 118.

kümmerte sich bald nach seiner Gründung um behördliche Anfragen zu kleinteiligen Rechtsfragen sowie um Entschädigungssachen in Form historischer Rechtsgutachten. Pohl lenkt vom forschungsgeschichtlichen Schlaglicht des Auschwitz-Prozesses weg, da es bereits im Ulmer Einsatzgruppen-Prozess 1958 zur systematischen Zusammenarbeit zwischen Justiz und Geschichte kam. Der mit dem Fall betraute Staatsanwalt Erwin Schüle benötigte Beweismaterial, das ihm Helmut Krausnick und Hans-Günther Seraphim in Form von Gutachten lieferten. Im Aufsatz wird zudem betont, dass die zeitgeschichtliche Forschung allerdings kein eigenes Forschungsinteresse am Nationalsozialismus entwickelte und stattdessen längere Zeit lediglich im gerichtlichen Auftragsraum verharrte.²³

Von Malte Beeker erschien 2016 ein Artikel²⁴, der sich erstmals mit der strafrechtlichen Rezeption von historischen Gutachten auseinandersetzt. Hierzu betrachtet er juristische Debatten über Buchheims Gutachten im Auschwitz-Prozess sowie über die Rechtsgültigkeit von „Führerbefehlen“.

2018 legte Mathew Turner die jüngste Studie²⁵ über die historischen Sachverständigen vor. Mit dem Anspruch, erstmals eine umfangreiche Untersuchung der Beziehung zwischen dem Frankfurter Gericht, der IfZ-Historiker und der *Anatomie des SS-Staates* zu schreiben, unternimmt Turner eine Wirkungsgeschichte der historischen Gutachten.

Eine umfangreiche Geschichte der gutachterlichen Zeitgeschichte in österreichischen Nachkriegsprozessen fehlt allerdings. Sie war bisher höchstens Nebenschauplatz.²⁶

Die österreichische Nachkriegsjustiz

Die Begriffe Nachkriegsjustiz, Befehlsnotstand, Gutachten sowie Zeitgeschichte spielen in der vorliegenden Arbeit eine zentrale Rolle. In diesem Kapitel wurde sich daher mit deren

²³ Ebda., S. 120 – 121.

²⁴ Malte Beeker, „‘Führerbefehl‘ und ‚suspendiertes Unrechtsbewusstsein‘? Das zeitgeschichtliche Gutachten Hans Buchheims im Auschwitz-Prozess und seine strafrechtswissenschaftliche Rezeption,“ *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 64, 5 (2016): 464 – 483.

²⁵ Mathew Turner, *Historians at the Frankfurt Auschwitz Trial. Their Role as Expert Witnesses* (London, New York: I.B. Tauris, 2018).

²⁶ Beiläufig erwähnt wurden historische Gerichtsgutachten und ihre Verwendung in der Strafsache gegen den Gaswagenfahrer Josef Wendl. Vgl. Claudia Kuretsidis-Haider, „‘Einsatz in Maly Trostinec‘. Der Gaswagenfahrer Josef Wendl vor Gericht,“ in *Deportation und Vernichtung – Maly Trostinec*, hrsg. von Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes (Wien: doew.at, 2019).

Definitionen, Bedeutungen und Geschichten, aber auch Facetten und Perspektiven auseinandergesetzt.

Der Begriff der Nachkriegsjustiz ist zunächst als Sammelwort für all jene Strafverfahren zu verstehen, die nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs in den Nachfolgestaaten des „Dritten Reichs“ oder der ehemals besetzten Gebiete wegen nationalsozialistischer Gewalt- und Kriegsverbrechen zur Herstellung von Recht, Gerechtigkeit und Aufklärung durchgeführt worden sind. Die Strafverfolgung erstreckte sich dabei von nationalen Justizbehörden bis hin zu internationalen Militärgerichtshöfen. Die zu ahndenden Verbrechen zeichnet dabei aus, dass sie vom Regime entweder staatlich angeordnet oder zumindest gebilligt wurden.²⁷

Ermittlungen nationalsozialistischer Verbrechen

Ende der 1950er-Jahre wurde in der Bundesrepublik Deutschland die Zentrale Stelle Ludwigsburg (ZStL) als justizielle Behörde mit ausschließlich juristisch geschultem Personal zur Ermittlung nationalsozialistischer Verbrechen gegründet. Sie bildete fortan den Dreh- und Angelpunkt der Nachkriegsjustiz. Heute stellt sie einen wichtigen Anlaufpunkt für Forschende dar. Annette Weinke beschäftigte sich intensiv mit der Geschichte der ZStL.²⁸ Obwohl sowohl Österreich als auch Deutschland gleichermaßen Verantwortung für nationalsozialistische Verbrechen zu tragen haben, wurde hierzulande lange keine ähnliche Behörde installiert. Erst im Mai 1963 wurde mit der Abteilung 2C im österreichischen Bundesinnenministerium eine ständige Ermittlungsstelle gegründet, die aber in Umfang und Kompetenz in keinem Vergleich stand. Eva Holpfer und Sabine Loitfellner erarbeiteten die kleine Geschichte zur Abteilung in einem kompakten Kapitel. So gehörte die Abteilung nicht zur Säule der Justiz, sondern stand auf jener der Exekutive. Zudem waren die nötigen Ressourcen nicht nur beschränkt, sondern erfuhren über die Jahre sogar Streichungen. Ein frappierendes Problem stellte mithin die Tatsache dar, dass innerhalb dieser Polizeidienststelle Beamte mit kritischen Biografien im Nationalsozialismus angestellt waren. So sollten laut Autorinnen ehemalige Nationalsozialisten die Ermittlungsarbeiten behindert haben. Darüber hinaus wurde auf die Abteilung hin und wieder politisch mit negativen Folgen für die Verbrechensaufklärung eingewirkt. Während die

²⁷ Claudia Kuretsidis-Haider und Winfried R. Garscha, „Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Entnazifizierung, Nachkriegsprozesse und ‚Wiedergutmachung‘ als Transitional Justice,“ *Mitteilungen, DÖW, Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes* 197 (2010): S. 1 – 12, 1.

²⁸ Vgl. Annette Weinke, *Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst. Die Geschichte der Zentralen Stelle Ludwigsburg 1958 – 2008*, 2. Auflage (Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2009).

ZStL mittlerweile zu einer veritablen Ermittlungseinrichtung angewachsen war, fand die Abteilung 18, wie sie später nach einer Umbenennung hieß, schließlich im Jahr 1975 ihr abruptes Ende.²⁹ Damit wurde ein klares Zeichen eines „Schlussstriches“ unter die österreichische Nachkriegsjustiz gesetzt.

Ahndung nationalsozialistischer Verbrechen

Die Ahndung nationalsozialistischer Verbrechen in der Zweiten Republik Österreich als Teilnachfolgestaat des „Dritten Reichs“ muss rückblickend als unbefriedigend beschrieben werden. Trotz der hohen österreichischen Beteiligung³⁰ an Verfolgung, Holocaust und Porajmos, wurden die Täter*innen nur in ungleich hohem Maße dem Gesetz zugeführt. Unmittelbar nach der Befreiung Österreichs im April 1945 erfolgte die Einrichtung der sogenannten Volksgerichtsbarkeit. Die Volksgerichte basierten zum einem auf dem Verbotsgesetz (VerbotsG) vom 8. Mai 1945. Das VerbotsG regelte den Umgang mit Angehörigen der nationalsozialistischen Arbeiterpartei Deutschlands (NSDAP) und deren Teilorganisationen. Das Kriegsverbrechergesetz (KVG) vom 26. Juni 1945 ahndete zum anderen die nationalsozialistischen Kriegs- und Völkermordverbrechen. Zu den strafrechtsrelevanten Delikten zählten unter anderem Quälereien, Misshandlungen, Verletzung der Menschlichkeit und Menschenwürde, Vertreibung, Bereicherung und Denunziation. Zumeist waren diese Verbrechen mit der Todesstrafe bedroht, diese konnte aber laut Brigitte Rigele nach Gerichtsbeschluss auf eine längere schwere Kerkerstrafe umgelegt werden.³¹ § 1, Absatz 3 des KVG bestimmte außerdem, dass Taten, die auf Befehl erteilt worden waren, nicht entschuldbar waren. Die Geltung des KVG kannte keine räumliche Beschränkung. Sowohl Taten im In- als auch im Ausland gegen österreichische Staatsangehörige wurden geahndet. Für gegen „Ausländer*innen“ begangene Verbrechen waren nach wie vor alliierte Kriegsgerichtshöfe zuständig. Sämtliche Urteile wurden in der *Wiener Zeitung* öffentlich kundgemacht.³² Die Rechtsinstitution des Volksgerichtes, von denen es zuerst in Wien, danach

²⁹ Eva Holpfer und Sabine Loitfellner, „Holocaustprozesse wegen Massenerschießungen und Verbrechen in Lagern im Osten vor österreichischen Geschworenengerichten. Annäherung an ein unerforschtes Thema,“ in *Holocaust und Kriegsverbrechen vor Gericht. Der Fall Österreich*, hrsg. von Thomas Albrich, Winfried R. Garscha, Martin F. Polaschek (Innsbruck, Wien, Bozen: Studienverlag, 2006), S. 5.

³⁰ Bertrand Perz, „Der österreichische Anteil an den NS-Verbrechen. Anmerkungen zur Debatte,“ in *Österreichische Nation – Kultur – Exil und Widerstand. In memoriam Felix Kreissler*, hrsg. von Helmut Kramer, Karin Liebhart und Friedrich Stadler (Wien, Berlin: LIT Verlag, 2006), S. 223.

³¹ Brigitte Rigele, *Verhaftet. Begnadigt. Davongekommen. Verfahren vor dem Volksgericht Wien 1945 – 1955* (Wien: Wiener Stadt- und Landesarchiv, 2010), S. 6.

³² Ebda.

in Graz, Linz und Innsbruck je einen Standort gab, befand sich zwischen Sondergerichtsbarkeit und ordentlicher Gerichtsbarkeit. Es galt die Strafprozessordnung (StPO) in der Version vor dem „Anschluss“. Allerdings fehlten zugunsten eines schnelleren Ablaufs gewisse rechtliche Mittel.³³ Während zu Beginn der Volksgerichtsbarkeit eine beachtliche Zahl von Personen verurteilt werden konnte, war diese Tendenz in den Folgejahren stark rückläufig. Die meisten Verurteilungen erfolgten zwischen 1945 bis 1948, danach sank politisches und gesellschaftliches Interesse rapide ab. Eine Statistik zeigt, dass insgesamt 52601 Verfahren anfielen. In 13651 Fällen wurde tatsächlich Anklage erhoben und wiederum 6701 Schuldsprüche gefällt.³⁴ Die nachfolgenden Jahre bis zur Unterzeichnung des österreichischen Staatsvertrages sind von einer Reihe von weiteren Erleichterungen für die ehemaligen Nationalsozialist*innen geprägt. Die erste Amnestierungswelle erfolgte bereits 1947, im Dezember 1955 wurde die Volksgerichtsbarkeit aufgehoben und schließlich markiert die letzte Amnestie von 1957 das endgültige Ende der Entnazifizierung in Österreich.³⁵ Die Ursache hierfür muss neben den Dynamiken des Kalten Krieges auch in der nationalen Identität der Zweiten Republik gesucht werden, die durch den schon in der österreichischen Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945 kodifizierten „Opferstatus“ eine heftige Abwehr der eigenen nationalsozialistischen Vergangenheit hervorrief.³⁶

Nach Stilllegung der Volksgerichtsbarkeit war eine Vielzahl nationalsozialistischer Verbrechen noch immer ungeklärt. Außerdem hatten sich durch Verfahren im Ausland neuerliche Verdachtsmomente ergeben, da immer wieder strafrechtlich relevantes Material oder Hinweise auf verdächtige Personen aus Österreich durch die ZStL übermittelt wurden.³⁷ Die Verbrechensahndung bildete nun Gegenstand der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Form des Strafrechts. Laut Statistik der Forschungsstelle Nachkriegsjustiz kamen zwischen 1956 und 1975 lediglich 35 Verhandlungen vor Schwurgerichte gegen ausschließlich 48 männliche Personen zustande. Davon wurden 20 rechtskräftig verurteilt und 23 ebenso rechtskräftig freigesprochen.³⁸ Als besonders skandalös sticht hierbei der Freispruch Franz Murers, des

³³ Ebda., S. 7.

³⁴ Ebda., S. 13.

³⁵ Oliver Rathkolb, *Die paradoxe Republik. Österreich 1945 bis 2015* (Wien: Paul Zsolnay Verlag, 2015), S. 398.

³⁶ Sabine Loitfellner, „Hitlers erstes und letztes Opfer? Zwischen ‚Anschluss‘ und Auschwitz-Prozess. Zum Umgang Österreichs mit seiner NS-Vergangenheit,“ in *Kriegserfahrung und nationale Identität in Europa nach 1945. Erinnerung, Säuberungsprozesse und nationales Gedächtnis*, hrsg. von Kerstin von Lingen (Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 2009), S. 169.

³⁷ Holpfer, Loitfellner, „Holocaustprozesse vor österreichischen Geschworenengerichten,“ S. 4.

³⁸ W. R. Garscha, „Verfahren wegen NS-Gewaltverbrechen vor österreichischen Gerichten seit 1956.

Statistischer Überblick,“ März 2007, online unter

<http://www.nachkriegsjustiz.at/prozesse/geschworeneng/statistik56_04.php> (abgerufen am 20.09.2021).

„Schlächters von Wilna“, hervor.³⁹ Es ist allerdings unklar, wie viele Strafverfahren noch vor Anklageerhebung eingestellt oder überhaupt gar nicht erst aufgenommen wurden. Mit Beginn der 1970er-Jahre war das Interesse an der Aufklärung jedenfalls auf einen Tiefpunkt gesunken. Die Alleinregierung des sozialdemokratischen Bundeskanzlers Bruno Kreiskys schlug einen politischen Kurs des „Schlussstriches“ ein⁴⁰, welche Amnestie bis zur Jahrtausendwende anhalten sollte. In dieser Zeit wurde auch eine Mehrzahl von Tätern begnadigt. Das letzte österreichische Strafverfahren wegen nationalsozialistischer Verbrechen wurde 2006 eingestellt.⁴¹ Angesichts dieser unrühmlichen Bilanz seit Einstellung der Volksgerichtsbarkeit zeigt sich die offensichtliche Tatsache, dass das zuständige Strafgesetz samt Geschworenengerichtsbarkeit die Aufgabe der Nachkriegsjustiz nur in unzulänglichem Maße bewältigen konnte. Es war von vornherein nicht für den außerordentlichen Charakter des geschichtlich singulären Genozids des Nationalsozialismus ausgelegt.

Nach dem alten Strafgesetz wären ab Mitte 1965 außerdem keine Anklagen wegen nationalsozialistischer Verbrechen möglich gewesen. Verhindert hätten dies Verjährungsfristen, die nach Ablauf einer Zeit abhängig von der Strafandrohung eines Delikts die Strafverfolgung vollständig aussetzen. Die Verjährung von Mord, dem schwersten Verbrechen, betrug seit Abschaffung der Todesstrafe in Österreich 20 Jahre. Zwischen 1963 und 1965 wurden allerdings auf Grund internationalen Drucks parlamentarische Debatten geführt, um der drohenden Strafflosigkeit zahlreicher nationalsozialistischer Täter*innen beizukommen. Sarah Stutzenstein⁴² zeichnet diese politische Entwicklung ausführlich nach. 1963 beschloss das Parlament ein erstes Verjährungshemmnis, wonach der Verjährungsbeginn von Mord zunächst auf den 29. Juni 1945 aufgeschoben wurde. Justizminister Christian Broda (SP) musste den Entwurf gegen die Volkspartei und Freiheitlichen verteidigen.⁴³ Bereits verjährte Straftaten waren davon aber nicht erfasst. Da damit das Problem der Verjährung aber keineswegs gelöst war, meldeten schon im Frühjahr 1964 ähnlich wie in der Bundesrepublik Deutschland, die parallel vor derselben Situation stand, internationale Opferorganisationen ihren Protest an. Sie fürchteten ein Ende der Strafaufklärung und damit das Einsetzen des Vergessens. Ende 1964 stellte sich Broda der Bundesregierung neuerlich mit einem finalen

³⁹ Vgl. Johannes Sachslehner, „Rosen für den Mörder“. *Die zwei Leben des NS-Täters Franz Murer* (Graz: Verlagsgruppe Styria, 2017).

⁴⁰ Loitfellner, „Zwischen ‚Anschluss‘ und Auschwitz-Prozess“, S. 162.

⁴¹ Dabei handelt es sich um das Strafverfahren gegen den Arzt Dr. Heinrich Gross. Ihm wurden schwere Euthanasie- und Missbrauchsverbrechen an behinderten Kindern in der Wiener Spiegelgrund-Klinik vorgeworfen.

⁴² Sarah Stutzenstein, „Schlussstrich unter die NS-Verbrechen? Die verdeckte Lösung der Verjährungsfrage in Österreich“, *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 1 (2020): S. 124 – 148.

⁴³ Ebda., S. 130 – 131.

Gesetzesentwurf zur Verfügung. Ein Argument war die Wahrung des internationalen Ansehens Österreichs, auch wenn befürchtet wurde, dass es zukünftig aufgrund des zeitlichen Abstands zu Beweisschwierigkeiten kommen könnte.⁴⁴ 1965 wurde schließlich ein Teil der geplanten Strafrechtsreform vorgerückt. Die Verjährungsfrist erfuhr keine Verlängerung, sondern es wurden mit dem Strafrechtsänderungsgesetz neue Delikte mit besonderen Ablauffristen definiert.⁴⁵ So ist bis heute vorgesehen, dass Straftaten, die mit einer lebenslangen Haft bedroht sind, niemals verjähren. Die Verfolgung von Kriegs- und Völkermordverbrechen war damit weiterhin gewährleistet. Gleichzeitig wurde außerdem die Unverjährbarkeit rückwirkend für schon verjährte Delikte eingeführt, womit sich der tote Winkel, wie ihn Stutzenstein bezeichnet, für Morde zwischen 1938 und 1943 schloss.⁴⁶ Delikte wie Freiheitsentzug, Körperverletzung oder ähnliche, die einen erheblichen Teil der Erfahrungen von Opfern des Holocausts und Porajmos ausmachten, waren allerdings dennoch nicht mehr verfolgbar.

Die Zivilakteure Simon Wiesenthal und Hermann Langbein

Dass einige der ohnehin wenigen Gerichtsverfahren überhaupt erst ins Rollen kamen, ist der unermüdlichen Arbeit zweier österreichischer Zivilakteure zu verdanken. Der österreichisch-jüdische Holocaustüberlebende Simon Wiesenthal gilt hierzulande als akribischer und zugleich polarisierender Protagonist der Nachkriegsjustiz.⁴⁷ Er widmete sich auf professionelle Weise der Beschaffung von Informationen über Verbrechen und Namen von sich schuldig gemachten Personen, die dann an die Justizbehörden weitergeleitet wurden. Wiesenthal hatte bereits 1947 zu Recherchezwecken ein Dokumentationszentrum eingerichtet, das ausschließlich über Spenden finanziert wurde. Seine Kartei umfasste im Stichjahr 1967 wohl bereits über 22500 Namen.⁴⁸ Seine lebenslange Tätigkeit fußte auf dem Wunsch, das öffentliche Bewusstsein für nationalsozialistische Verbrechen zu schärfen, und dem Ziel, das Vergessen im Angesicht fortlaufender Zeit abzuwehren.⁴⁹

⁴⁴ Ebda., S. 134.

⁴⁵ Ebda., S. 139.

⁴⁶ Ebda.

⁴⁷ Vgl. Winfried R. Garscha, *Simon Wiesenthals Beitrag zur gerichtlichen Verfolgung der NS-Täter in Österreich. Referat im Rahmen der Tagung »Österreichs Umgang mit der NS-Täterschaft« anlässlich des 90. Geburtstags von Simon Wiesenthal*, Wien, 2./3. Dezember 1998, S. 2, online unter <https://www.doew.at/cms/download/6kqis/garscha_wiesenthal.pdf> (abgerufen am 20.09.2021).

⁴⁸ Simon Wiesenthal, *Doch die Mörder leben*, hrsg. von Joseph Wechsberg (Gütersloh: Bertelsmann, 1967), S. 10.

⁴⁹ Ebda., S. 14, 25.

Neben Wiesenthal steht Hermann Langbein⁵⁰, ein österreichisch-kommunistischer Widerstandskämpfer und Holocaustüberlebender, der sich ähnlich zivilgesellschaftlich, publizistisch und historisch mit den Verbrechen des Nationalsozialismus und insbesondere in Auschwitz auseinandersetzte. In seinen verschiedenen Funktionen bei Opferorganisationen beteiligte er sich ebenfalls an der Verbrechensaufklärung durch Informationsbeschaffung, sorgte sich um finanzielle Entschädigungen für deutsche Zwangsarbeit und betrieb verschiedene Gedenkdienste.⁵¹ Langbein und Wiesenthal bündelten nicht selten gemeinsam ihre Kräfte und Kontakte zur Erreichung ihrer Ziele.

Der Befehls- und Putativnotstand

In der Forschung zur Nachkriegsjustiz bildet die im allgemeinen Sprachgebrauch oft nur als Befehlsnotstand bezeichnete Rechtsinstitution eine bedeutungsvolle Kategorie. Ihre Besonderheit äußert sich darin, dass bei einem Nachweis ein Freispruch für die angeklagte Person möglich wurde. Entschuldigt werden konnten sogar schwerste Verbrechen wie Morde. Der Versuch, einen wirklichen oder vermeintlichen Befehlsnotstand vor Gericht geltend zu machen, war eine regelmäßige Erscheinung sowohl in bundedeutschen als auch österreichischen Nachkriegsverfahren. Im Folgenden wurde der Befehlsnotstand aus strafrechtswissenschaftlicher sowie aus zeitgeschichtlicher Perspektive beleuchtet. Eingegangen wurde zudem auch auf eine bekannte Legende im Zusammenhang mit dem Befehlsnotstand.

Juristische Kategorie

Unter dem Begriff des Befehlsnotstands versteht das kostenlose Internetangebot des *Rechtslexikon.net* zunächst solche Situationen, in der Untergebene einen erkennbar widerrechtlichen Befehl von Vorgesetzten erhalten und sich aufgrund einer Notlage zu dessen Ausführung entschließen. Die Nichtausführung des verbrecherischen Befehls ist dann entweder mit einer Gefahr für Leib und Leben bedroht oder aber es entsteht zumindest ein solcher Nachteil, der in keinem Verhältnis zur Verletzung des Rechtsguts steht. Diese Form des Notstands bedeutet also einen Eingriff in das Rechtsgut eines Dritten und daher das Begehen

⁵⁰ Brigitte Halbmayr, *Zeitlebens konsequent. Hermann Langbein 1912 – 1995. Eine politische Biographie* (Wien: Braumüller, 2012).

⁵¹ Ebda., S. 158.

einer Straftat zur Abwendung einer Todesgefahr. Unter gewissen Voraussetzungen kann eine solche kriminelle Handlung jedoch rechtlich entschuldigt werden.⁵² Der weniger bekannte Terminus des Putativnotstands unterscheidet sich von dem des Befehlsnotstands dahingehend, als dass in diesem Fall irrtümlich eine Notlage angenommen und unter dieser Annahme gehandelt wird. Anstelle der objektiven und daher wirklichen Gegebenheiten wie beim Befehlsnotstand stehen also die subjektiven Wahrnehmungen im Vordergrund. Auch der Putativnotstand kann die Straftat entschuldigen.⁵³

Befehls- und Putativnotstand sind damit grundsätzlich Gegenstände des Strafgesetzes. Die österreichische Volksgerichtsbarkeit auf Basis des Kriegsverbrechergesetzes kannte hingegen keine Notstandshandlung. In der Bundesrepublik Deutschland normierten die Paragraphen 52 sowie 54 in der alten Fassung des Strafgesetzes die Notstandsfälle. Wie schmal der Korridor für die rechtliche Zubilligung eines Befehlsnotstands war, wird anhand der Spruchpraxis in der Bundesrepublik gut erkennbar. Die Außenstelle Ludwigsburg stellt hierfür eine Sammlung von Urteilen aus Nachkriegsprozessen des deutschen Bundesgerichtshofs zur Verfügung. Daraus ergibt sich folgendes Bild:

Grundvoraussetzung eines Befehlsnotstands ist, dass die Rechtswidrigkeit der Weisung im Moment des Befehlsempfangs von den betroffenen Untergebenen als solche erkannt wurde. Sodann musste erstens eine Gefährdung für Leib und Leben vorliegen. Zum Beispiel konnte es sich um eine gegenwärtige Todesgefahr wie die Androhung einer sofortigen Erschießung gehandelt haben. Drohte eine Beorderung zur Bewährungseinheit, handelte es sich um keine unmittelbare Leibesgefahr.⁵⁴ Zweitens war diese Bedrohung für die Betroffenen auf keine andere Weise abzuwehren, als einzig und allein den verbrecherischen Befehl auszuführen. Hierfür mussten jedoch zuvor alle ergreifbaren Möglichkeiten zur Abwendung der Tat geprüft worden sein. Denn es sind grundsätzlich keine Handlungen erlaubt, die zur Vernichtung eines anderen Menschenlebens führen. Es durfte folglich auch nicht der bequemste Weg zur Gefahrenabwendung beschritten werden. Vielmehr werden stattdessen solche für die Betroffenen zumutbaren und sittlichen Mittel genannt, die mit einem „Wagnis“ verbunden waren. Charakter- oder Willensschwächen waren nicht entschuldbar. Gerichte kamen überein,

⁵² Rechtslexikon.net, „Befehlsnotstand,“ online unter <http://www.rechtslexikon.net/d/befehlsnotstand/befehlsnotstand.htm> (abgerufen am 23.09.2021).

⁵³ Rechtslexikon.net, „Putativnotstand,“ online unter <http://www.rechtslexikon.net/d/putativnotstand/putativnotstand.htm> (abgerufen am 23.09.2021).

⁵⁴ Außenstelle Ludwigsburg, „Aus den Akten: NS-Verbrechen, totalitäre Herrschaft und individuelle Verantwortlichkeit. Das Problem des sog. Befehlsnotstandes,“ *Mitteilungen aus dem Bundesarchiv* (2008): S. 63 – 69, 1.

dass es gerade für erfahrene Untergebene eine oder mehrere Optionen gab, sich von Befehlen zu „drücken“. ⁵⁵ Drittens bildete die Ausführung des verbrecherischen Befehls eine Willensbeugung. Die unter Befehlsnotstand stehende Person befand sich in einem inneren Konflikt, handelte im Bewusstsein der Gefahr und allein in dem Bestreben, diese als Lebensrettung für sich selbst abzuwenden. ⁵⁶ Des Weiteren lassen sich in der Urteilssammlung eine Reihe von Ausschlusskriterien herauslesen, die einen Befehlsnotstand verneinen. Auf ihn jedenfalls nicht berufen konnten sich bereitwillige oder übereifrige, darüber hinaus auch nicht solche, die sich im Moment der Befehlserhalts einer Gefahr nicht bewusst waren, deren Handeln von anderen Motiven geleitet war, die einzig aus Gehorsam- oder Pflichtgefühl agierten, die vor dem verbrecherischen Befehl resignierten, die nicht den kleinsten Auswegversuch unternahmen, jene, die in Verbrechen helfend oder mildernd eingriffen, in ihrer Dienstsache erfahrene oder in bestimmten Organisationen tätige Personen. ⁵⁷ Der Putativnotstand wurde ähnlich streng bewertet. Damit von einem Putativnotstand wie oben gesprochen werden konnte, musste die vermeintliche Todesgefahr auf konkreten Vorstellungen der Betroffenen beruht haben, die sicher oder zumindest höchstwahrscheinlich zu einem Schaden geführt hätten. Eine bloße Einbildung der Gefährdung allein erfüllte das Merkmal eines Putativnotstands nicht. ⁵⁸ Selbstverständlich waren in vielen Fällen die persönlichen Handlungsmotive, Konstellationen oder Bedingungen oftmals nur schwer nachprüfbar.

Im österreichischen Strafgesetz, das für die vorliegende Arbeit entscheidend ist, schienen die Begriffe des Befehls- und Putativnotstands nicht auf. Hier erkannte § 2 jene Handlungen als Notstände an, die den Verbrechensvorsatz ausschlossen, wenn entsprechend Absatz g „[...] die Tat durch unwiderstehlichen Zwang [...] erfolgte.“ ⁵⁹ Die strafrechtliche Verantwortung für die betreffende Handlung konnte hierdurch vollständig aufgehoben werden. Dabei ging man etwa in einer Rechtsbelehrung aus dem Verfahren gegen Franz Novak von mehreren Bedingungen aus. Es musste zunächst ein „innerer Zwang einschließlich schwerster Gemütsregung“ als auch eine Nötigung „durch seitens eines Dritten ausgeübte Gewalt oder Drohung“ oder auf „andere Weise drohenden Übels“ vorherrschen. Die Ausführung der Tat geschah daher unter Brechung des eigenen Willens. Die Ausführung der verbrecherischen Tat musste zudem das

⁵⁵ Ebda., S. 2.

⁵⁶ Ebda., S. 3 – 4.

⁵⁷ Ebda., S. 5 – 6.

⁵⁸ Ebda., S. 7.

⁵⁹ Österreichische Staatskanzlei, *Österreichisches Strafgesetz, Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, Erster Teil, Von den Verbrechen, Erstes Hauptstück, Von Verbrechen überhaupt, Gründe, die den bösen Vorsatz ausschließen, § 2 g* (Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1945), S. 39.

einziges Mittel zur Abwendung der Lebensgefahr gewesen sein. Zusätzlich kommt hinzu, dass die Entstehung der Zwangslage nicht selbstverschuldet sein durfte und daher die Nötigung zum Verbrechen zuvor nicht absehbar war. Die obigen Bedingungen galten auch für den Putativnotstand. Ein bloßer Befehl zum Verbrechen stellte zudem ebenfalls keinen Entschuldigungsgrund dar.⁶⁰ Die Auslegung war hierzulande also ähnlich streng. Dennoch kam es zu einer Handvoll Freisprüchen wegen „unwiderstehlichen Zwangs“.

Historische Situation?

Die Frage des Befehlsnotstands berührte nicht nur die rechtliche, sondern zwangsläufig auch die zeitgeschichtliche Interessenssphäre, weil der Problemkreis häufig mit historischen Rechtsgutachten beantwortet wurde. Problematisch daran ist, dass diese meist äußerst spezialisierten Geschichtsdarstellungen in den allerseltensten Fällen veröffentlicht wurden und der Rezeption der Forschungsgemeinschaft somit verschlossen blieben. Eine Ausnahme der Regel bildet die bereits erwähnte *Anatomie des SS-Staates*. Es fasst fünf wissenschaftliche Gutachten zusammen, die im Frankfurter Auschwitz-Prozess 1964 vorgetragen wurden. Darin enthalten ist Buchheims Gutachten *Befehl und Gehorsam*, in welchem er sich unter anderem mit der Möglichkeit der Entziehung des Einzelnen von verbrecherischen Befehlen befasst.⁶¹ Abseits der historischen Rechtsgutachten oder juristischen Auseinandersetzungen⁶² gab es nur wenige Veröffentlichungen zur Frage des Befehlsnotstands.

Eine Ausnahme stellt Herbert Jägers 1967 veröffentlichte Untersuchung zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität dar. Der Rechtswissenschaftler erklärt, dass der Beitrag einen Versuch leisten will, jene Probleme zu klären, „[...] die für die strafrechtliche, kriminologische und ethische Beurteilung der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen und der Situation des Einzeltäters unter totalitärer Herrschaft von besonderer Bedeutung sind.“⁶³

⁶⁰ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, Rechtsbelehrung in der Hauptverhandlung gegen Franz Novak, 18.12.1969, ONr. 489, S. 11 – 13, Bd. XV.

⁶¹ Vgl. Hans Buchheim, „Befehl und Gehorsam,“ in *Anatomie des SS-Staates. Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte*, 7. Auflage, hrsg. von Hans Buchheim, Martin Broszat, Hans-Adolf Jacobsen und Helmut Krausnick (München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1999).

⁶² Als unveröffentlicht gilt Oberstaatsanwalt Kurt Hinrichsens, Mitarbeiter der ZStL, dienstinterne Studie zum Befehlsnotstand aus dem Jahr 1964. Sie diente wohl dem juristischen Umgang im Rahmen der Ermittlungsarbeiten. Das Ergebnis wurde in verkürzter Form in Adalbert Rückerls Sammelband zu den NS-Prozessen aus dem Jahr 1971 veröffentlicht. Vgl. Adalbert Rückerl, *NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, 2. Auflage (Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1984).

⁶³ Herbert Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität* (Olten: Walter-Verlag, 1967), S. 11.

Ein Problemkreis handelt von der Frage des Befehlsnotstands, womit nicht nur in eine Forschungslücke gestochen, sondern auch eine Aufarbeitung diskursiver Zerrbilder geleistet wird. Die Studie gründet zudem auf einer Vielzahl von Quellenmaterialien: Unterlagen der ZStL, des IfZ, des Centre de Documentation Juive Contemporaine in Paris und des Rijksinstituut voor Oorlogsdocumentatie in Amsterdam. Darüber hinaus gelingt es Jäger, beinahe alle bundesdeutschen Urteile zwischen 1958 und 1963 auszuwerten.⁶⁴ Unterstützung erhielt er, wie im Vorwort zu lesen ist, auch von Fritz Bauer, Hans Buchheim und Hans-Günther Seraphim.⁶⁵ Als Rechtswissenschaftler ist er davon überzeugt, dass sich die Frage des Befehlsnotstands nicht ohne eine empirische Untersuchung der einstigen Verhältnisse im Nationalsozialismus beantworten lässt. Anders, als in der juristischen Praxis üblich, interessiert ihn der größere Rahmen der Verbrechen. Um den ansonsten engen Brennpunkt für eine rechtswissenschaftliche Analyse ungewöhnlich weit zurückzudrehen, schöpft Jäger beinahe jeden Betrachtungswinkel von der Täter*innenebene bis hin zu den SS- und Polizeigerichten aus. Das historische Gesamtbild erweist sich als eindeutig. In den Fallbeispielen geteilt in die Bereiche „Todesurteile, Erschießungen“, „KZ-Einweisungen“, „Bewährungseinheit“ oder „sonstige Folgen“ kommt er zum Ergebnis, dass sich innerhalb dieser Quellenauswahl keine Evidenz über eine Todesgefahr wegen der Nichtbefolgung eines Vernichtungsbefehls ergibt.⁶⁶ Die breitbandige Analyse zeigt sogar die geringe historische Rolle des Befehlsnotstands auf. Nicht ganz von der Hand zu weisen ist aber die Möglichkeit des Putativnotstands. Eine eindeutige historische Perspektive nimmt aber auch diese Studie nicht ein. Für Ermittlungsbehörden führte an ihr kein Weg vorbei, wie so oft aber stieß sie in Österreich auf keine Resonanz.

Die Legende des Josef Schulz

Über Befehls- und Putativnotstände kursieren in den postfaschistischen Gesellschaften Deutschlands und Österreichs zum Teil bis heute zahlreiche Vorstellungen, die mitunter mythenhaft und faktenwidrig sind. In älteren Debatten tauchte öfters der Name des Wehrmachtssoldaten Josef Schulz auf. Es hieß, dass er sich angeblich geweigert hätte, an einem Kriegsverbrechen in der Nähe von Belgrad teilzunehmen, weshalb er in der Folge selbst hingerichtet worden war. Die Geschichte vom zunächst namenslosen „Helden“ wurde dem

⁶⁴ Ebda., S. 15.

⁶⁵ Ebda., S. 5.

⁶⁶ Ebda., S. 120 – 122.

deutschen Publikum bekannt, als die *Neue Illustrierte* im Dezember 1961 davon mit einer Fotoreportage berichtet hatte.⁶⁷ Auch die ZStL setzte sich mit dem Fall auseinander. Es war sogar ein Verfahren eingeleitet worden, das aber rasch wieder eingestellt wurde.⁶⁸ Darüber hinaus folgten über mehrere Jahre weitere gleichlautende Artikel in ähnlichen Gazetten wie *QUICK* oder *Weltbild*. Während damals schon Jäger den Fall in seiner Studie erwähnte hatte⁶⁹, erkannte ihn wenige Jahre später die ZStL aufgrund von Recherche als Mythos. Schulz sei lediglich „gefallen“ und nicht wegen Verweigerung erschossen worden.⁷⁰ Dennoch wurde das vermeintliche Schicksal des Gefreiten ein häufig eingesetztes Instrument von Strafverteidigern nationalsozialistischer Täter. So beschworen sogar noch im Jahr 1972, als gerade gegen die österreichischen Gaskammer-Konstrukteure Walter Dejaco und Fritz Karl Ertl in Wien prozessiert wurde, die Rechtsanwälte die Legende des Soldaten, der angeblich nicht schießen wollte.⁷¹

Befehlsnotstand im Fernsehen: Standpunkt-Reportage „Befehl ist Befehl?“

1966 musste die österreichische Nachkriegsjustiz Rückschläge hinnehmen. Gleich in zwei Fällen erteilten die Geschworenengerichte Freisprüche: die Prozesse gegen die Brüder Wilhelm und Johann Mauer, beide Gestapo-Angehörige, sowie gegen Franz Novak endeten jeweils mit einem Freispruch wegen „unwiderstehlichen Zwangs“. Es ergab sich ein Öffentlichkeitsinteresse, sodass sich das „Standpunkt-Team“ im Auftrag des Österreichischen Rundfunks (ORF) in einer halbstündigen Fernsehreportage mit Tragweite und Problematik des Befehlsnotstands beschäftigte.⁷² Die Produktion wurde am 21. Jänner 1967 ausgestrahlt. Inhalt der Dokumentation sind Interviews mit verschiedenen Personen, die die Frage des Befehlsnotstands mit je ihren eigenen Wissens- und Erfahrungsräumen näherbrachten. Zu Wort kamen Zeitzeugen wie der Widerstandskämpfer Carl Szokol, Generalstaatsanwalt Dr. Viktor Liebscher oder der katholische Moraltheologe Dr. Karl Hörmann von der Universität Wien. Die Reportage selbst ist eine eigene Analyse wert, diese muss jedoch an dieser Stelle ausbleiben.

⁶⁷ Michael Martens, *Heldensuche. Die Geschichte des Soldaten, der nicht töten wollte* (Wien: Zsolnay, 2011), S. 209.

⁶⁸ Ebda., S. 208.

⁶⁹ Jäger, *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*, S. 99.

⁷⁰ Martens, *Heldensuche*, S. 316.

⁷¹ Dort wurde im Rahmen der Befragung des Sachverständigen Hans Buchheims ein Artikel des Boulevardblatts *Quick*, Nr. 51, aus dem Jahr 1971 verlesen. Buchheim gab allerdings zur Antwort, dass er sich damit nicht beschäftigt hatte. Vgl. WStLA, 20 Vr 3806/64, Landesgericht für Strafsachen, Strafsache gegen Walter Dejaco und Fritz Karl Ertl, Protokoll der Hauptverhandlung, 28.01.1972, ONr. 484, S. 310, Bd. VIII.

⁷² ORF, Multimediales Archiv, Der Standpunkt, Befehl ist Befehl? (Gestaltung: Herbert Hauk), 21.01.1967.

Die Zeitzeugen distanzieren sich jedoch einhellig vom Befehlsnotstand und lehnten die Existenz einer Todesgefahr ab.

Historische Gutachten: Geschichte vor Gericht

Blickt man wiederum in das *Rechtslexikon.net*, wird unter einem Gutachten ein „Hilfsmittel für das Gericht zur Beurteilung von Tatsachen, zu der ihm selbst die erforderliche Sachkunde fehlt“ verstanden. Diese Expertisen werden von sachverständigen Personen angefertigt, deren Erfahrungssätze ein Hilfsmittel für die richterlichen Entscheidungsträger*innen darstellen.⁷³ Die in der Nachkriegsjustiz eingesetzten Gutachten bedürfen allerdings einer umfangreicheren Erklärung. Es gab hierbei ein Spektrum an Expertisen aus mehreren Bereichen. Zu erwähnen ist etwa ein toxikologisches Gutachten im Krakauer Auschwitz-Prozess, um die Tötungen von Menschen durch das hochgiftige Blausäurekonzentrat mit der Marktbezeichnung Zyklon B nachzuweisen.⁷⁴ Des Weiteren wurde in einem anderen Fall ein technisches Gutachten gebraucht, das versuchte, anhand der überlieferten Pläne der Gaskammern in Auschwitz mittels architektonischen Fachwissens auf die Möglichkeit von Einrichtungen zur Befüllung mit den Blausäuregranulaten zu schließen.⁷⁵ Zumeist jedoch wurden historische Gutachten eingesetzt, die bestimmte Themenbereiche der Geschichte des Nationalsozialismus aufgriffen, um die Gerichte mit narrativen Mitteln über die Umstände der nationalsozialistischen Verbrechen ins Bild zu setzen. Welche Form ein historisches Gutachten für diesen Zweck aufwies, hing im Wesentlichen von zwei Dingen ab. Zunächst gab die jeweilige Strafprozessordnung (StPO) Schranken auf, an die sich von Gesetzes wegen gehalten werden musste. Die gerichtliche Auftragsseite konnte der beauftragten Seite zusätzlich ein Pflichtenheft auferlegen, um dadurch Form, Inhalt und Vorgehensweise bis zu einem gewissen Grad mitzubestimmen. Zum anderen

⁷³ Rechtslexikon.net, „Gutachten,“ online unter <<http://www.rechtslexikon.net/d/gutachten/gutachten.htm>> (abgerufen am 02.06.2021).

⁷⁴ Hierzu findet sich in der Strafsache zu den Gaskammer-Konstrukteuren Walter Dejaco und Fritz Ertl eine beglaubigte Übersetzung aus dem Polnischen von Jan Z. Robel über ein toxikologisches Gutachten, das die Untersuchung sterblicher Überreste von mehreren Kilo menschlichen Zöpfen von im Vernichtungslager Auschwitz vergasteten Personen anhand mehrerer bio-chemischer Verfahren dokumentiert. Dies diente dem Nachweis der Tötung durch das für Menschen bereits in geringsten Dosen hochgiftige Blausäurekonzentrat Zyklon B. Wie aus dem Dokument hervorgeht, wurde es vom Untersuchungsrichter und Mitglied der Kommission für die Untersuchung der Kriegsverbrechen Jan Sehn in Auftrag gegeben, um den Krakauer Auschwitzprozess von 1947 vorzubereiten. Vgl. WStLA, 20 Vr 3806/64, Landesgericht für Strafsachen, Beglaubigte Übersetzung aus der polnischen Sprache, ONr. na., S. 393a ff., Bd. V.

⁷⁵ Im selben Verfahren gegen Dejaco und Ertl sprach der beeidete Ziviltechniker und Architekt Gerhard E. J. Dubin vor Gericht. Er konnte anhand der Pläne allerdings keine positive Feststellung über Einlässe in den Gaskammern geben, den Architekten konnte dadurch angeblich kein Wissen über den verbrecherischen Zweck der Gaskammern nachgewiesen werden. Vgl. Ebda., Protokoll der Hauptverhandlung, 01.03.1972, ONr. 484 II. Teil, S. na., Bd. IX.

waren diese Gesichtspunkte selbstverständlich auch von der wissenschaftlichen Disziplin der sachverständigen Seite zu beachten, deren Prinzipien und Grundsätze sie sich durch ihre Tätigkeit selbst verschrieben hatten. Im Folgenden wurden hierzu einige Überlegungen angestellt sowie Erfahrungen der Gutachter selbst aufgezeigt.

Gutachten aus Sicht des Gesetzes

Was zu einem Gutachten aus Sicht des Gesetzes gehörte, leitet sich aus der österreichischen StPO ab. Die Paragraphen 116 bis 126 – „vom Augenschein und der Zuziehung von Sachverständigen überhaupt“ – waren hierfür ausschlaggebend, wobei offensichtlich das Augenmerk für Gutachten im medizinischen Bereich zu verorten ist. Weniger wurden Vorgaben an die Form des Gutachtens, sondern mehr an die Rechte und Pflichten der Sachverständigen selbst gerichtet. So waren die sachverständigen Personen verpflichtet, einer gerichtlichen Ladung zu folgen. Außerdem fielen sie unter die Eidpflicht. Sie mussten vor dem Hintergrund der „Heiligkeit“ des Eids beschwören, so dies noch nicht geschehen war, dass der fragliche Gegenstand „sorgfältig“ untersucht, die gemachten Wahrnehmungen „treu und vollständig“ dokumentiert und das Gutachten nach „bestem Wissen und Gewissen“ sowie „nach den Regeln ihrer Wissenschaft oder Kunst“ angefertigt wurde. Zudem waren Richterpersonen berechtigt, Fragen zu stellen, deren Beantwortung erforderlich erschienen. Sachverständige konnten auch Akteneinsicht erwirken. Außerdem waren Angaben, die aus dem Gutachten mündlich erfolgten, sofort zu Protokoll zu nehmen, außer wenn es zuvor in schriftlicher Form eingebracht wurde. Erreichte das Gutachten nicht seinen Zweck, weil es unbestimmt oder widersprüchlich gewesen war, konnte es erneut angefertigt werden. Zusätzlich konnte die gutachterliche Person dann ausgewechselt werden. Im Falle eines Widerspruches oder Mangels gab es sogar die Möglichkeit, dass eine weitere sachverständige Person hinzugezogen werde. Zuletzt wurde die Gegenseite stets über die Hinzuziehung eines Gutachtens unterrichtet.⁷⁶

Selbstverständlich standen Sachverständigen genauso wie Zeug*innen oder Dolmetscher*innen gewisse Entgelte für ihre Tätigkeit zu. Diese Ansprüche waren im Gebührenanspruchsgesetz (GAG) durch die Paragraphen 18 bis 36 geregelt. Erstattet wurden

⁷⁶ Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Jahrgang 1960, Ausgegeben am 12. Mai 1960, Kundmachung der Bundesregierung vom 20. April 1960 über die Wiederverlautbarung der Österreichischen Strafprozeßordnung 1945, online unter <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1960_98_0/1960_98_0.pdf> (abgerufen am 18.09.2021).

Reisekosten sowie Aufenthalt. Außerdem wurden all jene Auslagen entlohnt, die zum Zwecke der gerichtlichen Hilfe gehörten. Das Gesetz bezeichnete dies als „Mühewaltung“. Es sah vor, wenn es sich bei dem Gutachten um „eine wissenschaftliche künstlerische Leistung“ handelte, für die unter anderem höhere Studien erforderlich waren, nach richterlichem Ermessen, unter Rücksichtnahme auf die Entlohnung anderer Sachverständige und der außergerichtlichen Tätigkeit ein bestimmtes Entgelt festzulegen. Entgingen der sachverständigen Person wegen des Aufenthalts vor Gericht zusätzlich das Einkommen durch den Beruf, wurde dieser Ausfall ebenfalls vergütet. Dies stellte jedoch keinen Automatismus dar. Die sachverständige Person musste nach Ende der gerichtlichen Tätigkeit in einer zweiwöchigen Frist ihren Anspruch schriftlich oder mündlich geltend machen. Zugleich konnte bei Bedarf ein Kostenvorschuss beantragt werden.⁷⁷

Gutachten aus Sicht der Auftragsseite

Betrachtet man nur einige Fälle, wird deutlich, dass die Gutachten zumeist von der klagenden Seite erstbeantragt wurden. Entscheidend für die Auswahl des historischen Sachverständigen waren wohl veröffentlichte Ergebnisse zum fraglichen Themengebiet in Form von Publikationen, wodurch auf eine Expertise und ein gewisser Erfolg für das Verfahren zu erwarten waren. Durch das Herantreten an Historiker, um sie als Sachverständige vor Gericht zu rekrutieren, entstanden Verbindlichkeiten gegenüber dem Ankläger. Welcher Art diese Vorgaben waren, lässt sich aus einem gutbekannten Beispiel deutscher Nachkriegsjustiz herauslesen. Der hessische Staatsanwalt Fritz Bauer, der den Frankfurter Auschwitz-Prozess vorangebracht hatte, gab bei einem Treffen mit den geladenen Historikern mehrere Richtlinien vor. Bauer erklärte, dass das Gutachten zunächst die allgemeinen und politischen Ereignisse, unter denen sich die vorgeworfenen Verbrechen abspielten, dargelegt werden sollten. Da sie als Zeugen geladen waren, sollten sie eine Einschätzung und Zusammenfassung über die Zeit des Nationalsozialismus geben. Aus den Gutachten sollte ohne Zweifel hervorgehen, dass die Angeklagten damals den verbrecherischen Charakter der Befehle gekannt hatten. Es war nicht weniger die Aufgabe der Historiker, eine solche Expertise abzufassen, dass damit die Täter in Frankfurt erfolgreich verurteilt würden. Darüber hinaus sollten die Ergebnisse die deutsche

⁷⁷ Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Jahrgang 1965, Ausgegeben am 14. Juli 1965, Kundmachung der Bundesregierung vom 1. Juni 1965 über die Wiederverlautbarung des Gebührenanspruchsgesetzes, online unter https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1965_179_0/1965_179_0.pdf (abgerufen am 18.09.2021).

Öffentlichkeit zur Auseinandersetzung mit ihrer eigenen Vergangenheit zwingen. Hierfür mussten die wichtigsten Quellen benannt und zitiert werden, um die historischen Sachverhalte nachvollziehbar zu machen. Hinsichtlich der Art und Weise des Vortrags wünschte Bauer keine historische Vorlesung. Im Gegenteil sollten die Gutachten, gerade auch weil sie die Öffentlichkeit zu erreichen hatten, leicht verständlich abgefasst sein. Bauer gab allerdings auch vor, dass die Expertisen einen „weißen Fleck“ und daher eine absichtliche Auslassung enthalten mussten, der die Schuldfeststellung der angeklagten Individuen betraf. Die Entscheidung über Schuld und Unschuld musste die Domäne des Rechts bleiben.⁷⁸ Aus den damals gestellten Vorgaben schälte sich wohl eine gewisse Praxis für die danach folgenden Gutachten ab.

Gutachten aus Sicht der sachverständigen Historiker

Die sachverständige Zeugschaft musste nicht zwangsläufig durch Anwesenheit während der Begehung der vorgeworfenen Taten gestützt gewesen sein. Ihr Erwerb beruhte stattdessen auf dem erzielten wissenschaftlichen Wissen, das vom Gericht anerkannt wurde. Das Wissen selbst wurde produziert durch Prinzipien und Methoden der Geschichtswissenschaft, den Fragestellungen und Perspektiven der Zeitgeschichte. In überlieferten Artikeln der sachverständigen Zeithistoriker lässt sich gut herauslesen, welche Anforderungen an diese Tätigkeit gestellt wurden. Sie bieten eine aufschlussreiche Basis für Erfahrungswerte der ehemaligen Sachverständigen. Martin Broszat artikuliert in seinem Beitrag⁷⁹ einen deutlichen Standpunkt. Für den IfZ-Historiker war die Profession der Geschichte keine Richterin im Verhandlungssaal. Sie erfüllte mithilfe ihrer Quellen stattdessen die Aufgabe, vergleichbare Fälle vorzulegen, um ein allgemeines Bild zu zeichnen. Als solches diene sie lediglich als Hilfestellung zur Abwägung von Schuld, konnte diese aber weder vorgreifen noch abnehmen. Dies galt auch für den Fall, wenn geschichtliches Fachwissen zur Begutachtung unterschiedlicher Quellen benötigt wurde.⁸⁰ Broszat verglich diese Situation mit psychologischen oder medizinischen Gutachten. Er sah hier wie dort Sachverständige weder klagend noch verteidigend, sondern im Falle der Nachkriegsjustiz für das Gericht historisch argumentierend, um die rechtlichen Begriffe einer „sachgemäßen“ Anwendung zuzuführen.⁸¹ Auch Mathew Turner weist nicht zu Unrecht hin, dass Geschichtsforschende ohnehin selten das

⁷⁸ Mathew Turner, *Historians at Trial*, S. 56 – 59.

⁷⁹ Martin Broszat, „Bewältigung der Vergangenheit“, S. 45 – 46.

⁸⁰ Ebda., S. 47.

⁸¹ Ebda.

Konzept der Schuld für bestimmte historische Personen anzuwenden pflegen, sondern stattdessen etwa an den größeren Erklärungszusammenhängen interessiert sind.⁸² Die Gutachten vermochten laut Broszat vielmehr das Bewusstsein sowohl der Geschworenen als auch der Richter*innen zu „schärfen“.⁸³ Dennoch erkannte er gewisse Schwierigkeiten. Es konnte etwa leicht zu einer verführerischen Verwendung rechtlicher Begriffe kommen, die für die zeitgeschichtliche Disziplin eher ungeeignet sind, weshalb sie besser bei ihren eigenen Begriffen bleibt.⁸⁴ Broszat ging aber nicht so weit wie Staatsanwalt Bauer, der in den Gutachten ein Mittel zur Gerechtigkeit für die Toten von Auschwitz erblickt hatte.⁸⁵ Im Gegenteil räumte er den Gerichten hier die besseren Kompetenzen ein, da diese in den Justiz- und Verwaltungsbehörden schon seit den 1950er-Jahren bedeutungsvolle Erkenntnisse über die Geschichte des Nationalsozialismus gesammelt hatten.⁸⁶

Auch Hans Buchheim, ebenso Historiker am IfZ und Gutachter in zahlreichen Nachkriegsverfahren, hielt seine Sicht auf die Gutachtertätigkeit im Vorwort zur *Anatomie des SS-Staates* fest. Für ihn sollten die zahlreichen Prozesse auch den Zusammenhang über die Frage der bloßen Sühne hinaus zwischen der wirklichkeitsgewordenen „Hölle“ in Auschwitz und der politischen Herrschaftsform des Nationalsozialismus beantworten. Erst wenn das historische Netz aus „geistiger“, „politischer“ und „organisatorischer“ Voraussetzungen entwirrt wurde, konnte aus seiner Sicht die individuelle Tat „richtig und gerecht“ beurteilt werden.⁸⁷ Sein gutachterliches Interesse lag dabei im Nexus zwischen Tat und politischer Situation, auf welche die Forschung ihren Brennpunkt werfen muss. Buchheim teilte ebenso wie Broszat die Haltung, dass die historischen Sachverständigen keineswegs ein Urteil über Schuld oder Unschuld fällten. Vielmehr zeichneten sie eine „Landschaft“ vor, die bestenfalls vor der Anhörung der Zeug*innen begann, um, „sachliche Voraussetzungen“ zu schaffen. Denn mehr als das Gericht betrachtet die historische Forschung Aussagen jedweder Art kritischer, weil dies zu ihrem grundlegenden methodischen Repertoire gehört.⁸⁸ Die Gutachten im Frankfurter Auschwitz-Prozess wollten in erster Linie die Funktion der totalitären Herrschaftsform im Alltag abbilden und historische Verflechtungen und Überschneidungen aufklären, in die sich Angeklagte flüchteten und freizusprechen versuchten. Ziel der Gutachten

⁸² Turner, *Historians at Trial*, S. 11.

⁸³ Broszat, „Bewältigung der Vergangenheit“, S. 46 – 47.

⁸⁴ Ebda., S. 48 – 49.

⁸⁵ Turner, *Historians at Trial*, S. 61.

⁸⁶ Broszat, „Bewältigung der Vergangenheit“, S. 45.

⁸⁷ Buchheim, Broszat, Jacobsen, Krausnick, „Einleitung“, in *Anatomie des SS-Staates*, S. 9.

⁸⁸ Ebda., S. 10.

waren daher Zusammenhänge, deren Erörterung gerade in einem Strafprozess „Rationalität und Nüchternheit“ in höherem Maße verlangte. Die drohende Verurteilung auferlegte zudem eine Sorgfalt. Urteile sind keine freien Essays, sondern endgültige Beschlüsse.⁸⁹ Schließlich stellte sich Buchheim gegen eine Form emotionaler Vergangenheitsbewältigung. Stattdessen strebte er nach „reiner“ Sachlichkeit.⁹⁰

Auf ähnliche Weise beschreibt 1984 der Holocaust-Forscher Wolfgang Scheffler, der als Sachverständiger mehr als 50 Verfahren beiwohnte, die Aufgabe der Geschichte vor Gericht.⁹¹ Erstens hatte ein Gutachten die historischen Hintergründe für das Gericht aufzuhellen sowie eine Übersicht über die Quellenlage zu geben. Zweitens musste sich die sachverständige Person ausschließlich mit dem Verfahrensgegenstand beschäftigen. Dies erforderte mitunter grundlegende Forschungsarbeiten. Scheffler gehörte zu jenen Zeitgeschichtlern, die im Rahmen ihrer gutachterlichen Tätigkeit neues Material erschlossen.⁹² Dazu gehörte etwa die Sichtung von Dokumenten der SS-Gerichte, die er vom *Berlin Document Center* erhalten hatte. Mit deren Hilfe vermochte er die Grundzüge der Spruchpraxis SS- und Polizeigerichtsbarkeit nachzuzeichnen.⁹³ Der dritte Aufgabenbereich bestand schließlich in der Quelleninterpretation oder der Zusammenfügung von losen Urkunden.⁹⁴ Scheffler berichtet auch von unangenehmen Erfahrungen. „Zwei- oder dreimal“ kam es zu Ablehnungsanträgen von der beklagten Seite, von denen einer erfolgreich war. Dabei handelte es sich um das Düsseldorfer Verfahren gegen die Angeklagten des Vernichtungslagers Majdanek.⁹⁵ Bei einem anderen Vorfall „vor mehr als 10 Jahren“ wurde er über eine Zugehörigkeit bei einem „Müllstraßen-Institut“ befragt. Gemeint war das IfZ in München, das sich damals in der Möhlstraße 26 befand.⁹⁶ Ein weiterer Abweisungsantrag könnte das dritte Verfahren in Wien gegen Franz Novak im Jahr 1969 gewesen sein, dem allerdings nicht stattgegeben wurde. Seine Erfahrungen zeigen, dass historische Expertisen nicht selten auch unangenehmen Attacken ausgesetzt waren.

⁸⁹ Dehnt man diese Überlegung aus, stellt ein historisches Rechtsgutachten keine Historiographie im engeren Sinn dar. Es handelt sich dann vielmehr um eine Momentabbildung einer stets im Fluss befindlichen Forschung, die aber zum fixierten Gerichtsdokument wurde, möglicherweise Eingang in ein dauerhaft gültiges Urteil fand und schließlich unter gerichtlichem Verschluss steht. Insofern ist es auch für die Forschungsgemeinschaft nur in bestimmten Fällen einsehbar und nicht immer zur Referenz tauglich.

⁹⁰ Buchheim, Broszat, Jacobsen, Krausnick, „Einleitung,“ in *Anatomie des SS-Staates*, S. 11.

⁹¹ Scheffler, „Beitrag der Zeitgeschichte,“ S. 127.

⁹² Ebda., S. 123.

⁹³ Ebda., S. 124.

⁹⁴ Ebda., S. 128.

⁹⁵ Scheffler, „Beitrag der Zeitgeschichte,“ S. 127. Zur ausführlichen Beschreibung des Prozesses vgl. Heiner Lichtenstein, *Majdanek. Reportage eines Prozesses* (Frankfurt a. M.: Europa Verlag, 1979).

⁹⁶ Scheffler, „Beitrag der Zeitgeschichte,“ S. 121.

Nicht immer stieß die gutachterliche Tätigkeit innerhalb der geschichtswissenschaftlichen Zunft auf Gefallen. Turner fasst hierzu einige Gegenpositionen zusammen. Hierfür zitiert er den Historiker Henry Rousso, der es 1998 ablehnte, in einem französischen Verfahren gegen einen „Kollaborateur“ als Gutachter auszusagen. Gleich ist der Ablehnung stets der Gedanke, dass Geschichte und Justiz fundamental unterschiedliche Bereiche darstellen. Während Geschichte zu verstehen versucht, muss die Justiz richten. Der Rechtsraum im Gerichtssaal etwa verengt die Erklärungsweise der historisch Forschenden und beschränkt nach der zitierten Aussage des Historikers David Rothman nicht nur den Forschungsblick, sondern beschneidet auch die hochgehaltene Imagination und Neugier. Zwar könnte nach dieser Ansicht ein Gutachten dem Gericht sehr wohl behilflich sein, aber letztlich handelt sich dennoch nicht um einen Beitrag zur Bereicherung des Wissensbestands der Geschichte.⁹⁷ Turner weist jedoch darauf hin, dass der Ursprung der Kritiken vor allem aus Ländern kommt, in denen das Gerichtssystem auf anderen Prinzipien beruht.⁹⁸

Der Gutachter Wolfgang Scheffler

Mit „imposantem Auftreten“ und „tiefer Stimme“ beschreibt ein Nachruf aus dem Jahr 2008 den deutschen Historiker und Gutachter Wolfgang Scheffler, mit der er eine „kategorische Bestimmtheit“ im Gerichtssaal aussendete.⁹⁹ Die Reise zum Wiener Landesgericht für den dritten Prozess gegen Novak war für den Holocaust- und Antisemitismusforscher nur eine von vielen. Insgesamt nahm er in einem Zeitraum 30 Jahren¹⁰⁰ an mehr als 50 Nachkriegsverfahren im In- und Ausland teil.¹⁰¹

Scheffler wurde am 22. Juli 1929 in Leipzig geboren und gehörte somit nicht jener Generation von Männern an, die als Soldaten am Zweiten Weltkrieg teilgenommen hatte. Stattdessen entwickelte er bereits als Jugendlicher, aus einem protestantischen Haushalt kommend, eine Abneigung gegen den Nationalsozialismus. Er studierte sodann an der Freien Universität Berlin und promovierte 1956 unter seinem Doktorvater Ernst Fraenkel.¹⁰² Seine wissenschaftliche

⁹⁷ Turner, *Historians at Trial*, S. 7 – 8.

⁹⁸ Ebda., S. 8.

⁹⁹ Dieter Pohl, „Nachruf Wolfgang Scheffler. Urgestein Deutscher Forschung ist tot,“ *taz*, 21.11.2008, online unter <<https://taz.de/!5172411/>> (abgerufen am 15.09.2021).

¹⁰⁰ Alfred Streim, „Ein Leben für die Zeitgeschichte,“ in *Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschungen zu den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Festschrift für Wolfgang Scheffler zum 65. Geburtstag*, hrsg. von. Helge Grabitz, Klaus Bästlein, Johannes Tüchel (Berlin: Hentrich, 1994), S. 9.

¹⁰¹ Scheffler, „Beitrag der Zeitgeschichte,“ S. 127.

¹⁰² Pohl, „Nachruf Wolfgang Scheffler.“

Vita ist von zeitgeschichtlicher Forschung zur nationalsozialistischen „Judenpolitik“, Verfolgungsbehörden, Institutionen oder Organisationen geprägt. In den 1970er-Jahren lehrte er am Otto-Suhr-Institut seiner Alma Mater in Berlin. 1986 erhielt er einen Lehrstuhl am Zentrum für Antisemitismusforschung an der Technischen Universität ebenfalls in Berlin. Dort brachte er Studierenden den Umgang mit Gerichtsquellen näher.¹⁰³ Auch unternahm er mit Studierenden etwa Exkursionen nach Ludwigsburg, um den methodischen Umgang mit Akten zu unterrichten.¹⁰⁴ Die Gutachtertätigkeit bildete allerdings den Schwerpunkt seiner wissenschaftlichen Karriere. Laut einem Überblick in einer Festschrift zu seinem 65. Geburtstag verfasste er Expertisen über die SS-Ämter, unter anderem RSHA und Wirtschafts- und Verwaltungshauptamt (WVHA), Gestapo, SS- und Polizeigerichtsbarkeit sowie zum Befehlsnotstand. Außerdem befasste er sich auch mit Ghettos oder Lagern. Der regionale Schwerpunkt lag dabei im besetzten „Osten“. Eine große Tabelle gibt zudem Auskunft über jene wichtigsten Nachkriegsverfahren in der Bundesrepublik, in denen er Gutachten erstatte. Vor dem Landgericht Düsseldorf trat er etwa insgesamt acht Mal als Sachverständiger in Erscheinung.¹⁰⁵ Scheffler setzte sich auch bereits früh publizistisch mit Verfolgung und Holocaust auseinander. 1960 erfolgte hierzu *Judenverfolgung im Dritten Reich, 1933 – 1945* für den zeitgeschichtlichen Unterricht. Das Buch sollte über die „Geschehnisse der jüngsten Vergangenheit“ aufklären, da dies zur „wichtigsten Aufgabe staatsbürgerlicher Erziehung“ gehörte.¹⁰⁶ Dabei adressierte er in erster Linie Jugendliche und war davon überzeugt, dass Wiedergutmachung und Entschädigung für die Holocaust-Überlebenden „moralische und juristische Pflicht“ der Bundesrepublik ist.¹⁰⁷ Von enormen Vorteil für den Historiker musste auch die zweite Ehe mit der Oberstaatsanwältin Helge Grabitz gewesen sein. Grabitz ermittelte in mehreren Verfahren wegen nationalsozialistischer Verbrechen und konnte so ihrem Mann einen vorzüglichen Einblick in die juristische Sphäre bieten. Beide veröffentlichten gemeinsam ein Buch zum Warschauer Ghetto-Aufstand von 1943, welche aus einer Zusammenarbeit beider Professionen entstanden war.¹⁰⁸ Scheffler gilt jedoch in jüngster Zeit auch als streitbar. So wurde auf einer Veranstaltung zum 77. Jahrestag der Wannsee-Konferenz neben Lob auch

¹⁰³ Christian Sommerfeld, „Zum 77. Jahrestag der Wannsee-Konferenz. Wolfgang Scheffler und das Haus der Wannsee-Konferenz,“ 28.03.2019, online unter <<https://www.ghwk.de/de/blog/standard-titel-2>> (abgerufen am 15.09.2021).

¹⁰⁴ Streim, „Leben für die Zeitgeschichte,“ S. 11.

¹⁰⁵ Helge Grabitz, Klaus Bästlein, Johannes Tuchel, „IV. Überblick über die Gutachtertätigkeit und Verzeichnis der Schriften Schefflers,“ in *Die Normalität des Verbrechens*, S. 522.

¹⁰⁶ Wolfgang Scheffler, *Judenverfolgung im Dritten Reich. 1933 – 1945* (Berlin: Colloquium Verlag, 1960), S. 5.

¹⁰⁷ Ebda., S. 60.

¹⁰⁸ Vgl. Wolfgang Scheffer, Helge Grabitz, *Der Ghetto-Aufstand Warschau aus der Sicht der Täter und Opfer in Aussagen vor deutschen Gerichten* (München: Goldmann, 1993).

erwähnt, dass er einem Forschungsauftrag über das Rigaer Ghetto nicht nachkam, bis die Auseinandersetzung schließlich vor einem Gericht und mit Freispruch für den Historiker endete. Zudem sollte er laut Götz Aly, der an diesem Gedenkabend einen kontroversen Vortrag hielt, „aus Neid“ die Einrichtung eines Dokumentationszentrums in der Wannsee-Villa von Joseph Wulf „sabotiert“ haben.¹⁰⁹ Scheffler starb am 18. November 2008 in Berlin.

Zeitgeschichte in Österreich

Als die österreichische Justiz mit mehreren Dutzenden Verfahren wegen nationalsozialistischer Verbrechen beschäftigt war, konnte sie hierzulande nicht wie in der Bundesrepublik Deutschland auf die Hilfe einer etablierten Zeitgeschichte zählen. Alle historischen Rechtsgutachter, die für hiesige Prozesse bestellt wurden, kamen ausnahmslos aus dem westlichen Teil des Nachbarlands.¹¹⁰ Die Institutionalisierung der zeitgeschichtlichen Disziplin in Österreich begann erst in der Mitte der 1960er-Jahre, während sie zuvor sowohl gesellschaftlich, politisch als auch akademisch einen randständigen Stellenwert innegehabt hatte. Längere Zeit haftete der Disziplin außerdem das Stigma der alliierten Umerziehungsaufgabe an. Aber auch innerhalb der Geschichtswissenschaften wurde sie vereinzelt als bloße „Zeitungswissenschaft“ abgetan.¹¹¹ Mit der Gründung des Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstands (DÖW) 1963 und dem Institut für Zeitgeschichte an der Universität Wien 1966 erhielt die Disziplin erstmals größere wissenschaftliche, aber auch materielle Zuwendungen, während sie zuvor etwa auf Vereinsbasis geführt worden war.¹¹² Eine Vorbildfunktion für das neue Universitätsinstitut spielte wiederum das IfZ, das bereits 1949 gegründet worden war, jedoch seine Funktion unter besatzungspolitischen Vorzeichen aufgenommen hatte.¹¹³ Der österreichische Historiker Ludwig Jedlicka wird zu den wesentlichen Akteur*innen gezählt, die hierzulande zur endgültigen Etablierung der akademischen Zeitgeschichte beitrugen. Im Vordergrund stehen dabei weniger seine wissenschaftlichen Leistungen als seine Fähigkeit, unentbehrliche

¹⁰⁹ Sommerfeld, „Zum 77. Jahrestag der Wannsee-Konferenz.“

¹¹⁰ Wolfgang Neugebauer, „Ludwig Jedlicka, Herbert Steiner und die Widerstandsforschung. Aspekte der Frühgeschichte des Instituts für Zeitgeschichte und des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstandes,“ in *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte der Universität Wien. 1966 – 2016*, hrsg. von Bertrand Perz und Ina Markova (Wien: new academic press, 2017), S. 63.

¹¹¹ Perz, Markova, „Einleitung,“ in *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte*, S. 11.

¹¹² Sybille Steinbacher, „Die Anfänge der Zeitgeschichtsforschung in Wien und das Institut für Zeitgeschichte München,“ in *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte*, S. 36. Im Jänner 1961 war zunächst die Anmeldung des Vereins Österreichische Gesellschaft für Zeitgeschichte erfolgt.

¹¹³ Ebd., S. 39.

Netzwerke zu spannen. So stand er im intensiven Austausch mit den Leitern des IfZ und holte im Rahmen dessen Ideen zum Aufbau eines Wiener Instituts ein. Außerdem verfügte er über einen guten Draht zu Unterrichtsminister Heinrich Drimmel (ÖVP).¹¹⁴ Jedoch bedeutete die Institutsgründung im Jahr 1966 keinen Aufschwung in der Forschung zur Geschichte des Nationalsozialismus. Im Gegenteil interessierte sich Institutsleiter Jedlicka wenig für Holocaust und Verfolgung. Zudem wird seine Biografie durch die Vergangenheit getrübt, da er sich früh für den Nationalsozialismus engagiert hatte.¹¹⁵ Nichts destotrotz wurde am neuen Zeitgeschichtsinstitut zu Nationalsozialismus und Verfolgung wissenschaftlich geforscht, wie einige Qualifikationsarbeiten – immerhin unter Jedlickas Betreuung – zeigen, weshalb er auch wohl von der Wichtigkeit der Thematik überzeugt gewesen sein muss.¹¹⁶ Beinahe anekdotenhaft belegt eine Anfrage des Landesgerichts Wien an Jedlicka, wie es um zeitgeschichtliches Wissen in der Justiz bestellt war:

Die Staatsanwaltschaft Wien hat in ihrer Anklageschrift vom 18.6. 1971 beantragt, [...] Feststellungen aus nachfolgend angeführter Literatur vorzunehmen:

„Das Dritte Reich und seine Diener“ von Leon Poliakov und Josef (sic!) Wulf,

„Die Endlösung“ von Gerhard (sic!) Reitlinger,

„Hefte von Auschwitz“, herausgegeben vom Lagermuseum in Auschwitz,

„Kommandant in Auschwitz“, Autobiographische Aufzeichnungen von Rudolf Höss,

„Konzentrationslager in Auschwitz-Birkenau“ von Dr. Jan Sehn,

[...]

Die angeführten Werke sind weder in der hg. Amtsbücherei noch in der Zentralbibliothek im Justizpalast vorhanden.¹¹⁷

Nachfolgend wurde Jedlicka gebeten, die angefragten Werke aus der Institutsbücherei dem Gericht zur Verfügung zu stellen. Bedeutende Forschungstätigkeiten, auf die hiesige Gerichte möglicherweise in Form von österreichischen Gutachten aber hätten zurückgreifen können, erfolgten erst Jahrzehnte später.¹¹⁸ In dem Augenblick war allerdings in Österreich jede justizielle Ermittlungsarbeit längst eingefroren.¹¹⁹

¹¹⁴ Ebda., S. 43 – 45.

¹¹⁵ Ebda., S. 41.

¹¹⁶ Ebda., S. 54.

¹¹⁷ WStLA, 20 Vr 3806/64, Landesgericht für Strafsachen, Anfrage an das Institut für Zeitgeschichte zu Händen des Herrn Vorstandes Univ. Prof. Dr. Ludwig Jedlicka, 18.8.1971, ONr. 256, Bd. V.

¹¹⁸ Steinbacher, „Anfänge Zeitgeschichtsforschung“, S. 60.

¹¹⁹ Loitfellner, „Zwischen ‚Anschluss‘ und Auschwitz-Prozess“, S. 164.

Analyse: Historisches Rechtsgutachten von Wolfgang Scheffler

In diesem Kapitel wurde das Rechtsgutachten zur Frage des Befehlsnotstands von Wolfgang Scheffler, welches im dritten Strafprozess gegen Franz Novak im Jahr 1969 vorgetragen wurde, als zeitgeschichtliche Quelle historisiert und nach mehreren Gesichtspunkten analysiert. Als Interessensfelder wurden solche Aspekte gewählt, die ein umfangreiches Bild sowohl über den Aufbau, Argumentation und Sprachlichkeit des Gutachtens selbst sowie über dessen Rezeption und Wirkung vor Gericht zu rekonstruieren erlauben. In das analytische Blickfeld kamen die Genese, Aufbau, Form, Argumentation, Sprachlichkeit, Verwendung, Wirkung und Kontext des Gutachtens. Zur besseren Übersicht über den Inhalt des Sachverständigenberichts wurde eine Kurzzusammenfassung, detaillierte Beschreibungen der einzelnen Kapitel sowie die darin verwendeten Quellen hinzugefügt. Dem vorangestellt ist eine Kurzgeschichte über die Strafsache gegen Franz Novak, bei der das untersuchte Gutachten eingesetzt wurde.

Strafsache Franz Novak

Dem Gutachten Schefflers liegt die umfangreiche Strafsache gegen Franz Novak zugrunde. Dieser war Angehöriger der SS und des SD beim RSHA. Eva Holpfer arbeitet in einem kleineren Beitrag¹²⁰ den Fall auf. Einige Jahre zuvor hatte sich Hans Safrian außerdem mit dem Umfeld und den Mitarbeitern Adolf Eichmanns auseinandergesetzt.¹²¹ Die wohl umfangreichste Biografie stammt von Kurt Pätzold und Erika Schwarz.¹²² Dort wird er als Transportoffizier Adolf Eichmanns oder Fahrdienstleiter des Todes bezeichnet, für den Auschwitz lediglich ein Bahnhof war.¹²³ Nachfolgend wurde das Leben Novaks mithilfe der obigen Monografie nachskizziert.

Novak wurde am 10. Jänner 1913 in Wolfsberg in Kärnten geboren und erlebte bereits früh nationale Grenzkonflikte in Kärnten. Er erlernte den Beruf eines Schriftsetzers. Zwischen 1929 und 1931 stieß er zur österreichischen Hitlerjugend (HJ) und trat 1933 sowohl der Sturmabteilung (SA) als auch der NSDAP (Mitgliedsnummer 1.458.566)¹²⁴ bei. Am 25. Juli

¹²⁰ Vgl. Eva Holpfer, „Ich war nichts anderes als ein kleiner Sachbearbeiter von Eichmann“. Die justizielle Ahndung von Deportationsverbrechen in Österreich,“ in *Holocaust und Kriegsverbrechen*, hrsg. von Albrich, Garscha und Polaschek.

¹²¹ Vgl. Hans Safrian, *Eichmann und seine Gehilfen* (Frankfurt a. M.: Fischer Taschenbuch Verlag, 1997).

¹²² Vgl. Kurt Pätzold, Erika Schwarz, *„Auschwitz war für mich nur ein Bahnhof“. Franz Novak – der Transportoffizier Adolf Eichmanns* (Berlin: Metropol-Verlag, 1994).

¹²³ Ebda., S. 7.

¹²⁴ WStLA, 20 Vr 2729/63, Fotokopie aus Personalakt Franz Novaks von der Dokumentenzentrale Berlin, RuS-Fragebogen, ONr. 10, Bd. I.

1934 beteiligte er sich in seiner Heimatstadt am erfolglosen Putschversuch der österreichischen Nationalsozialist*innen. Seine damalige Rolle bei den gewalttätigen Auseinandersetzungen ist unbekannt. Wenige Tage später floh er über die Grenze nach Jugoslawien und wurde noch im selben Jahr nach Deutschland verbracht. Dort gehörte er fortan der Österreichischen Legion an, wurde deutscher Staatsbürger und erhielt eine militärische sowie weltanschauliche Ausbildung. Novak kam wenig später nach dem „Anschluss“ Österreichs im März 1938 zurück. Zudem wechselte er zur SS (Mitgliedsnummer 344.984)¹²⁵ über und kam beim SD, dem Repressivapparat der NSDAP¹²⁶, in Wien unter. Sein Vorgesetzter war von da an bis Kriegsende 1945 Adolf Eichmann, der ebenfalls aus dem „Altreich“ in die „Ostmark“ gekommen war. Die Dienststelle, in der er nun tätig war, wurde euphemistisch als Zentralstelle für jüdische Auswanderung bezeichnet. Im März 1939, nachdem der tschechische Staat endgültig annektiert worden war, wurde eine ähnliche Stelle in Prag eingerichtet. Eichmann nahm Novak für diese Aufgabe mit. Pätzold und Schwarz beschreiben sein erstes Aufgabenspektrum in der Mithilfe, jüdische Menschen gewaltsam aus ihren Wohnstätten zu vertreiben und zur Ausreise zu zwingen. Mit dem Überfall auf Polen im September 1939 weitete sich der Tätigkeitsbereich des RSHA aus, das inzwischen zum wichtigen Träger der nationalsozialistischen Verbrechen geworden war. Die „unerwünschte“ Bevölkerung wurde im Rahmen der nationalsozialistischen Ansiedlungspläne im „Osten“ willkürlich verschoben. Eichmann, seine Mitarbeiter und Novak erledigten diese Aufgaben von nun an in Berlin in der Abteilung D IV Räumung. Ab da an kooperierte er eng mit dem Reichsverkehrsministerium zusammen, das ebenfalls wie das RSHA seinen Sitz in der Berliner Kurfürstenstraße hatte. Dort arbeitete er an der Bereitstellung für Sonderzüge, mit denen die vertriebenen Menschen deportiert wurden. Pätzold und Schwarz gehen davon aus, dass Novak hierbei die ersten Erfahrungen sammelte, die ihn bis zum Schluss zu einem unentbehrlichen Experten für Eichmann machten. Anfang der 1940er-Jahre stieg er rasch bis in die SS-Offiziersdienstgrade auf und wurde damit zu einem Schreibtischtäter der „Endlösung“, der seine Opfer nie zu Gesicht bekam. In Berlin heiratete er auch seine erste Frau, mit der er ein gemeinsames Kind hatte. Ab 1941 war Novak vorwiegend mit Deportationen von jüdischen Menschen aus Deutschland, Österreich, Niederlanden, Belgien, Frankreich sowie weiteren besetzten Gebieten befasst. Sein Referat trug mittlerweile die Bezeichnung IV B 4. Dazu nahm er an Gesprächen

¹²⁵ WStLA, 20 Vr 2729/63, Fotokopie aus Personalakt Franz Novaks von der Dokumentenzentrale Berlin, RuS-Fragebogen, ONr. 10, Bd. I.

¹²⁶ Vgl. Michael Wildt, Hg., *Nachrichtendienst, politische Elite, Mordeinheit. Der Sicherheitsdienst des Reichsführers-SS* (Hamburg: Institut für Sozialforschung, 2003).

teil, machte Meldungen oder holte Informationen ein. Überliefert ist sogar seine Teilnahme an einer Fahrplankonferenz in Wien.¹²⁷ Diese Tatsache war auch mehrere Male Gegenstand der späteren Hauptverhandlungen. Die Züge selbst führten in die östlichen Konzentrations- und Vernichtungslager, wo die allermeisten gleich bei Ankunft ermordet wurden. Es besteht heute kein Zweifel darüber, dass Novak allein von Amtswegen vom Schicksal der Deportierten wusste.

Im März 1944 wurde Eichmann nach Ungarn beordert, um dort die nationalsozialistische Vernichtungspolitik umzusetzen. Die ungarischen Jüd*innen sollten hierzu vor allem nach Auschwitz verschleppt werden. Wiederum begleitete ihn Novak. Die RSHA-Abteilung, die aus einigen erfahrenen Berliner Mitarbeitern bestand, hieß dort Sonderkommando Eichmann. Die infernalische Leistung innerhalb einiger Wochen täglicher Zugfahrten bis zur vorzeitigen Einstellung im Juli lässt sich bis auf knapp eine halbe Millionen Deportierter beziffern. Die meisten von ihnen wurden ebenfalls gleich bei Ankunft im Vernichtungslager vergast – die riesigen Krematorien liefen in diesen Wochen Tag und Nacht.¹²⁸ Im Herbst organisierte Novak wohl noch Transporte zum Bau des Südostwalls im österreichischen Grenzgebiet zur Verteidigung der anrückenden Roten Armee. Ende 1944 gab es für Novak wegen des Kriegsverlaufs keine Aufgaben mehr. Er wurde zur Waffen-SS abkommandiert, kämpfte im Frühjahr 1945 an der Weichsel, setzte sich aber noch vor Einkesselung in Richtung Westen ab. Unter ominösen Umständen kam er wieder nach Berlin, meldete sich dort trotz der sich abzeichnenden Niederlage wieder beim RSHA, von wo aus er nach Österreich befehligt wurde, wo sich bereits einige andere Mitarbeiter des IV B 4 aufhielten. Dort warteten sie wohl verschanzt das Kriegsende ab. Zuletzt befand er sich, nach einer erhaltenen Fotografie¹²⁹ in seiner SD-Uniform zu urteilen, im Range eines SS-Hauptsturmführers, des höchsten SS-Offiziersranges der Hauptmänner. Mit seinen Kollegen Richard Hartenberger und Alfred Slawik erhielt er nach der bedingungslosen Kapitulation Unterkunft und Arbeit bei einem Bauern in Oberösterreich. Dort versteckten sie sich vor den Alliierten. Er kehrte später zu seiner Familie zurück, die sich in Kärnten befand, und legte sich mehrere falsche Identitäten zu, die er bis 1957 nutzte. Er stellte sich dann den Wolfsberger Behörden mit seinem wahren Namen, allerdings nur um seine österreichische Staatsbürgerschaft als ehemaliger Putschist

¹²⁷ Pätzold, Schwarz, *Franz Novak*, S. 11 – 43.

¹²⁸ In diese Zeit fallen auch mehrere Ausfälle der Krematorien, weil die Bausubstanz durch die massenweise und ununterbrochene Leichenverbrennung immer wieder Schaden nahm. Vgl. Robert-Jan van Pelt, Debórah Dwork, *Auschwitz von 1270 bis heute* (Zürich: Pendo, 1998), S. 365.

¹²⁹ WStLA, 20 Vr 2729/63, Anzeige der Bundespolizeidirektion Wien an die Staatsanwaltschaft Wien über Sicherstellung von Gegenständen nach Hausdurchsuchung bei Franz Novak, 02.02.1961, S. 1, ONr. 15, Bd. I.

wiederzuerlangen. Novak lebte fortan nahe bei Wien in Langenzersdorf, in der Hauptstadt Wien war er bei einer Druckerei beschäftigt.¹³⁰

Novaks immerhin 19-bändige Strafakte beginnt im Jänner 1961 mit einem „Antrags- und Verfügungsbogen“, gefolgt von einer Anzeige und einem „Einlieferungsbericht“ und schließt mit einer „endgültigen Strafnachsicht“ im Jänner 1978. Die österreichischen Behörden waren auf seine Person allerdings erst dann aufmerksam geworden, als Eichmann ihn im Prozess in Jerusalem erwähnt und die Bundesrepublik Deutschland in der Folge einen internationalen Haftbefehl gegen Novak ausgestellt hatte.¹³¹ Bei seiner Inhaftnahme brachte er ungefragt zur Kenntnis, er möge lieber in Österreich statt wie sein ehemaliger Vorgesetzter in Israel abgeurteilt werden.¹³² Insgesamt wurden vier Hauptverhandlungen vor dem Landesgericht in Wien geführt. Das waren in Summe 52 Verhandlungstage. Während die Anklage zunächst auf „Beihilfe“, „Mord“ und „Anstiftung zum Mord“ (§§ 5, 134, 135, 136) lautete, wurde sie mit Ende des ersten Prozesses 1964 auf „Verbrechen der öffentlichen Gewalttätigkeit durch boshafte Handlungen und Unterlassungen unter besonders gefährlichen Verhältnissen“ (§ 87) abgeändert.¹³³ Das bedeutet, dass Novak nur für die grausamen Verhältnisse in den übervollen Waggonen der Todeszüge, in denen einige Menschen bereits vor Ankunft umkamen, verantwortlich gemacht wurde. Die erste Verhandlung endete mit einer Verurteilung. Von da an wurden aber überdies nur noch die Deportationsverbrechen im Rahmen seiner kurzen Tätigkeit in Ungarn besprochen, für die übrige Zeit in Wien, Prag und Berlin war er rechtskräftig freigesprochen worden. Der zweite Prozess 1966 führte zu einem Freispruch. Man billigte ihm einen Befehlsnotstand zu. Dies führte zu einer sofortigen Haftentlassung. Und sowohl der dritte 1969, beim dem Scheffler zum Gutachter berufen wurde, als auch der vierte Prozess 1972 gingen wiederum jeweils mit Verurteilungen aus. Davon betrug keine Strafe mehr als zehn Jahre. Drei Mal wurden die Urteile jedoch durch den Obersten Gerichtshof in Wien (OGH) wegen Verfahrensfehlern aufgehoben. Das letzte Urteil erhielt schließlich Rechtskraft. Novak befand sich allerdings nur von Jänner 1961 bis Oktober 1966 in Haft. Bundespräsident

¹³⁰ Pätzold, Schwarz, *Franz Novak*, S. 44 – 64.

¹³¹ Ebda., Beglaubigte Abschrift des Haftbefehls des Amtsgerichts Frankfurt (Main), 28.11.1960, ONr. 6, Bd. I.

¹³² Ebda., Meldung der Sicherheitswache-Abteilung Hernals über Festnahme Franz Novaks, 20.01.1961, S. 1, ONr. 4, Bd. I.

¹³³ Der § 87, auch „Eisenbahn-Paragraf“ genannt, regelte solche Handlungen, bei denen kriminelle Taten gegen Passagiere im Rahmen einer Zugbeförderung getätigt wurden. Das Höchststrafmaß belief sich auf zehn Jahre „schweren Kerker“. Einen derartigen Paragrafen kannte etwa das bundesdeutsche Strafgesetz nicht. Österreichische Staatskanzlei, *Österreichisches Strafgesetz, Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Übertretungen, Erster Teil, Von den Verbrechen, Neuntes Hauptstück, Von öffentlicher Gewalttätigkeit, öffentliche Gewalttätigkeit f) durch boshafte Handlungen oder Unterlassungen unter besonders gefährlichen Verhältnissen, §§ 87 und 88*, S. 39.

Rudolf Kirchschräger begnadigte ihn im Oktober 1974. Generell sind alle Gerichtsverhandlungen weniger von der Verbrechensaufklärung der zur Last gelegten Vorwürfe, sondern vielmehr von der ständigen Frage der Kenntnis des Angeklagten über Vernichtung der jüdischen Menschen oder über die Wichtigkeit seiner Position gekennzeichnet. Wie viele andere Täter*innen auch, versuchte er beharrlich, seine Rolle im Vernichtungsapparat kleinzureden. Aufgrund der Tätigkeit Novaks in Büroräumlichkeiten in Berlin, weit entfernt von den Massenvernichtungsstätten, war es schwer, Belastungszeug*innen aufzutreiben. Ehemalige Mitarbeiter*innen, vor allem Männer, schützten einander. Zudem lagen dem Gericht nur wenige überlieferte, dafür jedoch belastende Dokumente vor, die seine Unterschrift trugen. Das meiste Material fiel wohl in den letzten Kriegstagen der hastigen Spurenvernichtung zum Opfer. Trotz rechtskräftigen Schuldspruchs blieb Novak seit 1966 ein freier Mann. Er starb am 21. Oktober 1983 in Langenzersdorf.

Vorgeschichte des Gutachtens

Im Folgenden wurden jene Vorgänge zu rekonstruieren versucht, die zur Beantragung des Sachverständigenbeweises führten. Gleichsam als Geburtsurkunde des Gutachtens zu betrachten ist ein Antrag der Staatsanwaltschaft Wien vom 6. Oktober 1969. Der mit dem Fall betraute öffentliche Ankläger, Dr. Heinrich Schmieger, beantrage in der Strafsache gegen „Franz Novak wegen § 87 StG. [...] die Beiziehung des Dr. Wolfgang Scheffler [...] als Sachverständigen zur Hauptverhandlung.“ Zwei Absichten sollten wohl mit seiner Einsetzung verfolgt werden. Einmal hatte der Sachverständige „zur Vernehmung des Angeklagten“ hinzugezogen zu werden. Zum anderen Male wurde Scheffler für das Beweisverfahren benötigt, um nachzuweisen, dass Novak in seiner Funktion niemals unter Befehlsnotstand stand. Es ist mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass von vornherein eine mögliche Gefahr der Wiederholung eines Freispruches wie in der vorangegangenen Verhandlung zu vermeiden beabsichtigt wurde. Damals billigten nämlich vier von acht Geschworenen dem Angeklagten zu, unter „unwiderstehlichem Zwang“ gehandelt zu haben. Dies führte aufgrund des Rechtsatzes „im Zweifel für den Angeklagten“ zum Freispruch sowie zur sofortigen Haftentlassung Novaks. Dass die Wahl eines Sachverständigen auf den Berliner „Politologen und Historiker“ Scheffler fiel, begründete Schmieger in seinem Antrag zudem damit, dass jener bis zu diesem Zeitpunkt in derartigen Nachkriegsprozessen sowohl in Berlin als auch anderen deutschen Städten mittlerweile ein „Fachmann für Fragen des

Befehlsnotstands aus historischer Sicht“ war.¹³⁴ Bis Scheffler sein Gutachten am sechsten Verhandlungstag, dem 12. Dezember 1969, verlesen konnte, waren dem sachverständigen Historiker vom Gericht also lediglich zwei Monate zur Vorbereitung gewährt worden.

Infolgedessen reichte Novaks Strafverteidiger, der Grazer Rechtsanwalt für Strafrecht Rudolf Pippan, am 24. November 1969 kurz vor der anberaumten Verhandlung einen „Schriftsatz mit erheblichen Einwendungen gegen die Beiziehung des Herrn Dr. Scheffler als Sachverständigen“ beim Landesgericht ein. Im Namen Novaks verfasst, wurde Schefflers Person als Wissenschaftler angeprangert. Seine „wissenschaftliche Qualifikation [sei] [...] nicht überprüfbar gewesen.“ Darüber hinaus wurde argumentiert, dass die – im Schriftsatz mit Anführungsstrichen markiert – sachverständige Person keine Rechtsfrage beantworten durfte, welche Aufgabe ausschließlich von Juristen zu lösen ist. Übersehen wurde dabei allerdings, dass der Antrag des Staatsanwalts die Klärung der Frage des Befehlsnotstands ausdrücklich auf die geschichtliche Akzentuierung beschränkt hatte. Kompetenzen anzweifeln, nahm man folglich auf § 126 der StPO Bezug, der Fälle von Widersprüchen oder Mängeln in Gutachten regelte. Pippan argumentierte, dass in einem solchen Szenario eine Expertise einer österreichischen Institution anstelle eines „Ausländers“ hinzugezogen werden müsse. Lediglich, wenn hierzulande keine derartige Fachperson zu greifen ist, würde ein solches Vorgehen gerechtfertigt sein.¹³⁵

Bereits am 1. Dezember fasste die Ratskammer einen Beschluss. Der Ablehnungsantrag wurde mit folgender kurzer Begründung zurückgewiesen. Erstens befand sich in Österreich zu diesem Zeitpunkt kein Sachverständiger auf diesem Fachgebiet. Es war also in dieser Hinsicht üblich gewesen, „ausländische“ Sachverständige heranzuziehen. Zweitens sollte Scheffler ohnehin nicht zu einer rechtlichen, sondern zu einer historischen Sachlage befragt werden. Daher gab es aus Sicht des Gerichts keine weiteren Bedenken¹³⁶, weshalb der Verlesung des Gutachtens in der kommenden Hauptverhandlung nichts mehr im Weg stand.

Von Scheffler selbst ist bereits während der laufenden Verhandlung ein Schreiben an den Oberlandesgerichtsrat Dr. Josef Scheday vom 9. Dezember überliefert. Die Note betonte vor allem die Kurzfristigkeit des Auftrages. Nach einer wohl mündlichen, jedenfalls nirgendwo festgehaltenen Vereinbarung hatte der Historiker die bereits fertiggestellte Einleitung sowie

¹³⁴ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, Beantragung Wolfgang Schefflers als Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft Wien, 06.10.1969, ONr. 458, Bd. XV.

¹³⁵ Ebda., Schriftsatz mit erheblichen Einwendungen gegen die Beiziehung des Herrn Dr. Scheffler als Sachverständigen, 24.11.1969, S. 3, ONr. 482, Bd. XV.

¹³⁶ Ebda., Beschluss der Ratskammer des Landesgerichts für Strafsachen Wien, 01.12.1969, ONr. 483, Bd. XV.

„verschiedene Ergänzungen“ bereits übermittelt. Den dritten Teil werde er laut Schreiben persönlich im Rahmen seines Gerichtstermins vorzulegen im Stande sein. Außerdem bat er um Nachsicht wegen der „äußeren Form der schriftlichen Ausfertigung“ aufgrund der „ungewöhnlich“ kurzen Vorlagezeit. Von Berlin aus reisend, rechnete er mit seiner Ankunft in Wien einen Tag vor dem geplanten Vortrag.¹³⁷

Quellenbeschreibung

Der Strafakte Franz Novak liegen insgesamt zwei schriftliche, weitgehend identische Gutachten bei. Im XV. Band, dem auch das Protokoll zur dritten Hauptverhandlung im Dezember 1969 beiliegt, findet sich zunächst das in der oben erwähnten Note als vorläufig bezeichnete Gutachten.¹³⁸ Beim vorliegenden Dokument im Aktenbestand handelt es sich aller Wahrscheinlichkeit nach jedoch nicht um das Original, sondern lediglich um eine Fotokopie. Die Textoberfläche lässt zudem daraus schließen, dass es sich ursprünglich um eine übliche Schreibmaschinenschrift handelte, wonach dem Gutachten selbst wohl handschriftliche Notizen oder dergleichen zu Grunde gelegen hatten. Der im oberen Teil des Deckblattes befindliche Titel lautet „Zum Problem des sogenannten Befehlsnotstandes“. Darunter steht in gesperrten Lettern das Wort „Gutachten“. Im unteren Teil wiederum ersieht man seinen „Erstatter“. Hier wird das Motiv zu Herstellung und Charakter gleichsam als Auftragswerk erkennbar. „Dr. Wolfgang Scheffler“ als Autor verfasste es für das „Schwurgericht Wien (Österreich)“. Am unteren Rand des Deckblatts findet sich hierzu eine Ergänzung, wonach das Dokument ausschließlich „für die Arbeit“ des Gerichts bestimmt und jede Weitergabe oder Einsichtnahme „durch Privatpersonen, Institute oder andere außergerichtliche Behörden“ nur mit Erlaubnis gestattet ist. Innerhalb des Gutachtens herrscht eine klare Struktur vor. Hauptüberschriften sind stets unterstrichen und werden mit römischen Zahlen gezählt. Absätze und Kapitel weisen je abgeschlossene Text- bzw. Sinneinheiten auf. Zitierte Quellentexte, vor allem längere, werden stets eingerückt, womit sich Interpretationsleistung und Zitation unterscheiden lässt. Es gibt Verweise auf Titel der zitierten Quellen sowie deren Seitenzahl, nicht jedoch auf den Archivort. Teilweise enthält das Gutachten handschriftliche Ergänzungen. Einmal fügen solche Einfügungen entweder ergänzende Informationen in den Fließtext ein oder haben eine korrigierende Funktion. Selten vorkommende Unterstreichungen verschiedener

¹³⁷ Ebda., Note Wolfgang Schefflers an OLGR Dr. Josef Scheday, 09.12.1969, ONr. 494, Bd. XV.

¹³⁸ Ebda., (Vorläufiges) Gutachten „Zum Problem des sogenannten Befehlsnotstandes“, ONr. 494, Bd. XV. Nachfolgend wurde, stets mit Klammern markiert, in vorläufiges und verlesenes Gutachten unterschieden.

Farben weisen womöglich auf das Studium durch das Gericht hin. Das vorläufige Gutachten endet abrupt auf Seite 43.

Das vollständige und wohl in der Hauptverhandlung verlesene Gutachten scheint ebenso ein Faksimile zu sein. Im Akt wird es lediglich als „Beilage“ des XIX. Bandes geführt, mit welchem die Strafsache Novaks im Jänner des Jahres 1978 endet. Es gibt überdies für dieses Exemplar keine gerichtliche Nummerierung. Das Gutachten gleicht in seiner äußeren und textuellen Form in beinahe allen Belangen dem des Vorgutachtens, jedoch fehlen in diesem die ersten vier essenziellen Seiten zur historischen Problem- und Fragestellung. Diese Version besitzt nun einen Umfang von insgesamt 66 Seiten. Es erhielt zudem wohl nach Fertigstellung eine Ergänzung von weiteren Seiten, da die ursprüngliche Seite 47 eine Zählung 47a bis 47c aufweist. Korrekturen und Ergänzungen sind wie im Vorgutachten auch hier vorfindlich. Bei den anderen handschriftlichen Notizen handelt es sich jedoch um durchwegs nicht lesbare Kommentare möglicherweise in einer anderen Sprache meist am Ende eines Absatzes oder am Rand. Im Verhandlungsprotokoll vom 12. Dezember, an welchem Scheffler schließlich in den Zeugenstand trat, sind jedwede mündliche Ergänzungen festgehalten, die nicht im Gutachten vorhanden waren. Dies betrifft ungefähr eineinhalb Protokollseiten. Das Gutachten schließt mit Ort und Datum, Berlin im Dezember 1969, sowie einer Unterschrift.¹³⁹ Für die Analyse wurden beide Gutachten als eines in einer derartigen Form betrachtet, dass sich ein vollständig lesbares und zusammenhängendes Dokument ergab.

Kurzzusammenfassung

Das Gutachten handelt von der Frage der Möglichkeit eines Befehlsnotstands im Speziellen für Angehörige der SS, des SD sowie der Polizeiverbände, die im Nationalsozialismus unter derselben Dachorganisation der Reichsführung-SS (RF-SS) standen, an deren Spitze sich der Reichsführer SS und Chef der Polizei, Heinrich Himmler, befand. Sie hatten maßgeblichen Anteil an Holocaust und Porajmos. Der Angeklagte Franz Novak gehörte als Angehöriger der SS dem SD an. Die Sachverständigenabhandlung ist in ihrer Struktur dreiteilig. Im ersten Abschnitt des Gutachtens widmet sich Scheffler aus einer rechtshistorischen und politikgeschichtlichen Perspektive der Rechtsinstitution der SS- und Polizeigerichtsbarkeit, die den gerichtlichen Zugriff für straffällig gewordene Angehörige der SS, des SD und der Polizei regelte. Sie wird im Gutachten mithin auch als Sondergerichtsbarkeit bezeichnet. Anhand

¹³⁹ Ebda., (Verlesenes) Gutachten „Zum Problem des sogenannten Befehlsnotstandes, ONr. na., Bd. XIX, Beilage.

zahlreicher Quellen wird die geschichtliche Entwicklung nachgezeichnet, Kompetenzen der in ihr tätigen Akteure aufgezeigt sowie die Rechtspraxis anhand von Beispielen skizziert. Dadurch entsteht ein recht komplexes Bild über Rechtsgrundlagen, Organisation, Zuständigkeiten, Verfahrensweisen oder besonderen Ausnahmeregelungen, aus der sich die Beantwortung der Frage eines Befehlsnotstands ableiten lässt.

Im zweiten Abschnitt setzt sich Scheffler mit einer Sonderregelung auseinander, wonach Angehörige der Sicherheitspolizei (Sipo) und des SD bei Vergehen unter bestimmten Voraussetzungen von der üblichen Gangart der Sondergerichtsbarkeit ausgenommen und auf außergerichtlichem Weg bestraft werden konnten. Auch hier benutzt der Gutachter ein breites Quellenspektrum von normativen Schriftstücken, um Kompetenzen und Rechtsvorgänge zu beschreiben. Im selben Teil wird auch die sogenannte „Wissensfrage“ behandelt, also die Möglichkeit eines Täterwissens von den nationalsozialistischen Ausrottungsplänen sowie -vorgängen.

Der dritte Abschnitt bezieht sich auf den ideologischen Aspekt des Befehlsnotstands. Hierzu stellt der Gutachter einige Überlegungen über die Einstellung der Täter zur nationalsozialistischen Massenvernichtung an. In diesem Abschnitt werden signifikant weniger Quellen genannt. Im selben Teil fließt auch die Zusammenfassung aller bisherigen Ergebnisse hinein, die in der Absage der Annahme einer allgemein vorherrschenden Zwangslage für die Angehörigen der SS, des SD und der Polizei mündet.

Benutzte Quellen und Methoden

Der Sachverständigenbericht beruht auf einem breiten Spektrum von Primärquellen, deren Inhalt im Gutachten teilweise oder vollständig zitiert wird. Insgesamt werden 26 Dokumente verwertet, zwei wissenschaftliche Sekundärliteraturen referenziert und auf drei andere Gutachten verwiesen. Zwar stehen in erster Linie rechtshistorische Dokumente im Vordergrund, in den Brennpunkt geraten aber auch zahlreiche halb- oder nichtöffentliche Schriftstücke, die einen ergänzenden Blick erlauben. Gemeinsam ist ihnen allerdings, dass sie den Blick „von oben“ aufweisen. Die Auswahl der Quellen hat wohl mit der Zugänglichkeit von Archivalien aus dem Nationalsozialismus zu tun. Bekanntermaßen behinderten oft lange Schutzfristen oder von den Alliierten ins Ausland verschleppte Materialien die historische Forschung. Im Folgenden wurden die wichtigsten Quellen des Gutachtens genannt.

Der erste Abschnitt des Gutachtens basiert vorwiegend auf Materialien entsprechender Verlautbarungen der Reichsgesetzblätter (RGBl), Erlasse des Hauptamts SS-Gericht und Erlasse des Reichsführers SS und Chef der Polizei. Dazu gehört eine Sammlung bezeichnet als Befehlsblätter des Chefs des SD und Sipo. Ausgewählte Stellen der Kriegsstrafverfahrensordnung (KStVO) sowie des Leitfadens für die SS- und Polizeigerichtsbarkeit erläutern die Vorgehensweisen der Sondergerichtsbarkeit. Diese Dokumentenstücke werden im schriftlichen Gutachten, sofern sie eine eigenständige Publikation bilden, mit Bezeichnung und Seitenangabe zitiert. Für alle übrigen jedoch fehlen Informationen zum Quellenstandort, womit zwar Transparenz für die geschichtliche Forschung verloren ging, jedoch für die gerichtliche Anwendung ihr Auslangen fand.

Im zweiten Abschnitt tritt neben den bisher genannten Materialien eine ebenfalls hohe Quellenbandbreite auf. Sie besteht einerseits aus offiziellen Dokumenten wie etwa dem Merkblatt für die Führer der Einsatzgruppen oder Einsatzkommandos der Sicherheitspolizei und des Sicherheitsdienstes für den Einsatz „Barbarossa“ oder den Mitteilungen über die SS- und Polizeigerichtsbarkeit, letztere welche Gerichtsurteile als Warnbeispiele zum Zwecke der Wahrung der Disziplin enthält. Die übrigen Quellen entfallen auf verschiedene Schreiben und Briefe wichtiger Akteure. Darunter befinden sich unter anderem Briefstücke von SS-Richter Horst Bender¹⁴⁰, eines weiteren Richters beim Hauptamt SS-Gericht, in denen detaillierte Verfahrensvorgänge geschildert oder moniert wurden, oder eines unbekannten Sachbearbeiters beim RSHA. Gleichzeitig verweist Scheffler darauf, im Rahmen seiner langjährigen Forschung Akten des WVHA, des Rasse- und Siedlungshauptamtes (RuSHA) sowie allgemeine Personalakten bei der SS gesichtet zu haben, in welchen etwaige Straferkenntnisse durch die nationalsozialistische Militär- und Sondergerichtsbarkeit festgehalten worden waren. Auch von ihm untersucht wurden Urteile der verschiedenen SS- und Polizeigerichte. Genaue Exemplare werden jedoch nicht genannt.

Der dritte Abschnitt des Gutachtens, der den Befehlsnotstand behandelt, weist im Vergleich zu den vorangegangenen Teilen eine eher dünne Quellengrundlage auf. Insgesamt werden nur fünf Belege für die ideologische Prägung der an der Vernichtung beteiligten Täter*innengruppen verwendet. Diese werden zudem nicht ordnungsgemäß zitiert, sodass die Herkunft der Aussagen nicht klar nachvollzogen werden kann. Zum Beispiel findet sich darunter ein

¹⁴⁰ Horst Bender war beratender Richter des Reichsführer-SS Himmler.

kontextloses Zitat Himmlers, eine Aussage eines Gendarmeriemeisters oder ein Briefausschnitt eines SS-Arztes.

Wichtige Referenzwerke für das Gutachten in Form von Sekundärliteratur bilden die *Anatomie des SS-Staates* sowie *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft*. Daneben bediente sich Scheffler der Ergebnisse eigener Rechtsgutachten. Genannt wird einmal das Bialystok- und Sobibor-Verfahren sowie ein Schwurgerichtsprozess in Berlin, aus welchem er eine Tabelle über Deportationszahlen von Menschen in die östlichen Konzentrations- und Vernichtungslager in das vorliegende Gutachten einbringt. Aber auch hier fehlen umfassende Angaben. Gründlich zitiert wird allerdings ein Bericht vom Sachverständigen Seraphim in einem Strafverfahren vor dem Gericht Münster aus dem Jahr 1967, das die Basis für eine Gegenargumentation bildete.

Ein Blick auf die verwendeten Quellen machte die bevorzugte Perspektive des Historikers sichtbar, die besonders auf die Betrachtung klassischer Rechtsdokumente abzielte. Eine bestimmte Methodik des Quellenzugriffs findet im Gutachten keine Erwähnung. Quellenkritische Bemerkungen blieben ebenfalls aus. Freilich schließt dies nicht aus, dass keine geschichtswissenschaftlichen Instrumente an die historischen Materialien anlegt wurden. Das Fehlen einer Offenlegung der Herangehensweise ist aber wohl dem Zweck des Auftragswerks geschuldet, welches nicht einer historisch-wissenschaftlichen Diskussion, sondern einer juristisch-gerichtlichen Bewertung standzuhalten hatte.

Aufbau und Inhalt

In diesem Kapitel wurde sich mit dem Aufbau und Inhalt von Schefflers Gutachtens als historische Quelle auseinandergesetzt. Die Darstellung des Aufbaus stellt nicht nur eine Zusammenfassung dar, sondern zeigt auch das strukturelle Vorgehen im Gutachten auf. Beide in der Strafakte vorliegenden Gutachten wurden für die Untersuchung sinnvollerweise als eine vollständige Einheit betrachtet. Der auf diese Weise zusammengesetzte Bericht umfasst exklusive des Deckblatts einen einführenden Teil mit insgesamt vier Seiten. Daran schließt sich der Hauptteil mit 66 Seiten, der sich an der Problemstellung in drei Hauptabschnitten abarbeitet. Die Zusammenfassung ging in den letzten Abschnitt fließend über. Die nachgestellte Tabelle soll zunächst den Aufbau des Gutachtens veranschaulichen, der von Scheffler als Autor durch die Setzung von Über- und Unterschriften bestimmt wurde:

Vorbemerkungen	(S. 1 – 4)
I. Zur SS- und Polizeigerichtsbarkeit	(S. 5 – 22)
II. Zur Regelung der Gerichtsbarkeit für Angehörige der Sicherheitspolizei und des SD	(S. 24 – 52)
III. Befehlsnotstand und die Situation der Zeit	(S. 53 – 68)
1. Einsatzgruppen- und Einsatzkommandoführer	(S. 54 – 55)
2. Lagermannschaften	(S. 55 – 56)
3. Angehörige der verschiedenen Polizeisparten	(S. 56 – 57)

Historische Problem- und Themenstellung: „Vorbemerkungen“

Für den gerichtlichen Erfolg eines Gutachtens musste zu Beginn eine Grundlage geschaffen werden, die allen Gerichtsparteien ein Verständnis für die gestellte Problemlage bot. Idealerweise war für diesen Zweck ein einführender Abschnitt vorgesehen, der ähnlich wie in anderen wissenschaftlichen Arbeiten zunächst die Fragestellung klar benannte, die wichtigsten Begriffe erklärte und unter Umständen verwendete Quellen und Methoden offenlegte. Scheffler wählte einen ähnlichen Weg. Der Einführungsteil beginnt mit dem Hinweis, dass der Gutachter vom Gericht um eine Stellungnahme zum Befehlsnotstand gebeten wurde. Der Charakter des Auftragswerks wird dadurch sichtbar. Die Hauptfrage des Gutachtens besteht darin, aufzuklären:

[...] ob in der nationalsozialistischen Zeit Angehörige derjenigen Organisationen, die an den Massenverbrechen während des Krieges beteiligt waren, eine Gefahr für Leib und Leben drohte, wenn sie die Ausführung verbrecherischer Befehle verweigerten.¹⁴¹

Zum Begriff des Befehlsnotstands verweist Scheffler auf §§ 52 und 54 des bundesdeutschen Strafgesetzes, ohne jedoch deren genauen Wortlaut wiederzugeben. Zugleich wird der Interessensgegenstand auf den Täterkreis eingengt, der unter Himmlers Befehlsgewalt stand. Ferner wird sowohl Forschungsstand als auch Allgemeinwissen über den Befehlsnotstand im Nationalsozialismus mit dem Ergebnis reflektiert, dass es bisher weder in historischer Forschung noch in nachkriegszeitlicher Justiz einen Nachweis hierfür gab. Danach legt Scheffler zumindest die Herkunft der verwendeten Quellen offen, die nach seiner Aussage nicht lediglich aus Materialien vom Nürnberger Prozess stammen, sondern vielmehr aus „Ost und West“. Als Novum für die Zeit erlangte er Zugriff auf damals noch unerforschte Unterlagen des

¹⁴¹ Ebda., (Vorläufiges) Gutachten, S. 1.

SS-Richters Horst Benders, mit welchen Quellen er ein Bild über die SS- und Polizeigerichtsbarkeit zu konstruieren versucht.¹⁴² Daran anschließend steht ein zusätzlicher Frageteil, der den Fokus auf die institutionelle Perspektive auf den Befehlsnotstand verdeutlicht:

1. Welche Vorschriften und Verfahrensweisen gab es bei der Aburteilung straffällig gewordener Angehöriger der dem Reichsführer-SS unterstellten Kräfte;
2. gab es Verfahrensweisen, die außerhalb der SS- und Polizeigerichtsbarkeit zur Bestrafung der dem Reichsführer-SS unterstellten Kräfte führen konnten und
3. konnten Angehörige der Himmler unterstellten Kräfte mit oder ohne „Geheimverfahren“ verurteilt werden oder s p u r e n l o s von der Bildfläche verschwinden, ohne daß dieses Verfahren, wenn es häufiger vorgekommen oder sogar die Regel gewesen wäre, auch nur den geringsten Niederschlag in den uns zur Verfügung stehenden Akten gefunden hätte.¹⁴³

Schließlich betont Scheffler wie viele andere sachverständige Historiker zuvor den Unterschied zwischen Geschichte und Justiz. Erstere arbeitet, so der Gutachter, mit „weitgefassteren“ Begriffen und verschließt sich induktiven Schlussfolgerungen, da sie nicht wie Gerichte von Einzelfällen auf eine Gesamtheit schließt, sondern jene im Gesamtrahmen betrachtet. Wie außerdem den Vorbemerkungen zu entnehmen ist, stand er der „Totalitarismusforschung“ nahe.¹⁴⁴

Der Aufbau des Einleitungsteils scheint insgesamt jenen Schemata zu ähneln, die in den Geschichtswissenschaften zum Aufbau klassischer Arbeiten gebraucht werden. Der Vorbemerkungsteil verdeutlicht insofern klar das abgesteckte Themengebiet, die zu beantwortenden Fragen und die Zielsetzung. Die Quellengrundlage wurde eingangs allerdings nicht spezifiziert. Eine Erläuterung der methodischen Vorgehensweise blieb außerdem aus. Da es sich streng genommen nicht um einen wissenschaftlichen Austausch handelte, hätten derartige Bemerkungen aber ohnehin wenig Relevanz gehabt, da es lediglich um eine Hilfestellung für den Schuldbeweis ging.

Erster Abschnitt: „Zur SS- und Polizeigerichtsbarkeit“

Der erste Abschnitt verfährt in der Erzählform chronologisch. Zuerst werden sämtliche Grundlagen der SS- und Polizeigerichtsbarkeit erläutert. Ausgangspunkt bildet Himmlers

¹⁴² Ebda., S. 2.

¹⁴³ Ebda., S. 3.

¹⁴⁴ Ebda., S. 4.

Vorschlag, eine autonome Gerichtsbarkeit für die meisten seiner untergebenen Truppen einzurichten. Sodann setzt sich das Gutachten mit der Schaffung des Hauptamts SS-Gericht, der gesetzlichen Einführung der Sondergerichtsbarkeit und den Rechtsgrundlagen ihrer Rechtsprechung auseinander, die schließlich am 17. Oktober 1939 mit einem Reichsgesetz in Kraft trat. Zitiert werden hierzu entsprechende Ausschnitte aus dem Reichsgesetzblatt, unterschiedliche Erlässe des hierzu geschaffenen Hauptamtes SS-Gerichts und dem Befehlsblatt des Chefs der Sipo und des SD, damals Reinhard Heydrich. Scheffler listete den anfänglich von der Sondergerichtsgerichtsbarkeit erfassten Personenkreis wie folgt auf:

1. Hauptberufliche Angehörige der Reichsführung SS,
2. hauptberufliche Angehörige der Stäbe der höheren SS- und Polizeiführer,
3. Angehörige der SS-Verfügungstruppe, daher Waffen-SS,
4. Angehörige der SS-Totenkopfverbände, dies waren KZ-Wachmannschaften,
5. Angehörige der SS-Junkerschulen und
6. Angehörige der Polizeiverbände.¹⁴⁵

Der angeklagte Novak fand sich in der ersten Gruppe wieder. Als Bestrafungs- und Verfahrensgrundlage dienten laut Gutachter die Vorschriften des Militärstrafgesetzbuches (MStGB), der Militärstraferichtsordnung (MStO) und „anderer Einführungsgesetze“.¹⁴⁶ Ferner werden die Bestimmungen über die zuständigen Gerichtsherrn erklärt, alle Standorte der SS- und Polizeigerichte aufgezählt sowie die Einrichtung des Obersten SS- und Polizeigerichts geschildert. Außerdem wird eine Erklärung über die Kompetenzen der Gerichtsherren, etwa Divisionskommandanten der Waffen-SS oder Höhere SS- und Polizeiführer (HSSPF), gegenüber Himmler angeschlossen. Scheffler betont an mehreren Stellen, dass sich Himmler stets um eine vollumfängliche Kontrolle über seine Gerichtsbarkeit bemühte und hierzu gerne in Vorgänge selbsttätig eingriff. Als Beispiel wird im Gutachten eine Liste von Straftaten gezeigt, die dem RF-SS berichts- und bestätigungspflichtig waren, sowie eine weitere Liste über die Vorbehaltsrechte in Gnadengesuchen. Schließlich folgen gegen Ende des ersten Abschnitts einige Ergänzungen zur Ausnahmeregelung über die Bestätigung von

¹⁴⁵ Ebda., (Verlesenes) Gutachten mit Titel „Zum Problem des sogenannten Befehlsnotstandes, S. 6, ONr. na., Bd. XIX, Beilage. Am 9. April 1940 erfolgte zudem eine Ausweitung der Sondergerichtsbarkeit auf die Ordnungspolizei (Orpo), dazu gehörten die Schutzpolizisten (Schupos) und die Gendarmerie, sowie auf die gesamte Sipo. Ebda., S. 7.

¹⁴⁶ Ebda., S. 6. Diese Ergebnisse bedürfen heute allerdings mehrerer Ergänzungen. Denn neben dem Rechtskanon des MStGB fand auch das allgemeine Reichsstrafgesetzbuch (RStGB) und die Kriegssonderstrafrechtsverordnung (KSSVO) Anwendung. Alle galten in der Spruchpraxis jedoch nur als formbare Basis. Wie Henning Radtke darlegt, dienten sie nur „sinngemäß“. Recht und Gesetz wurden anhand weltanschaulicher und politischer Willkürentscheidungen durch die SS-Richter an die Prinzipien der SS-Ideologie im Einzelfall gebeugt. Vgl. Henning Radtke, „Die SS- und Polizeigerichtsbarkeit. Die Gerichtsbarkeit einer selbsternannten Elite?“ in *Deserteure, Wehrkraftzersetzer und ihre Richter. Marburger Zwischenbilanz zur NS-Militärjustiz vor und nach 1945*, hrsg. von Albrecht Kirschner (Marburg: Historische Kommission für Hessen, 2010).

Todessurteilen vor der Vollstreckung, um zu zeigen, dass legistische Grenzen vorherrschten, die nicht zu willkürlichen Erschießungen und letztlich nicht zu einem Befehlsnotstand hätten führen können.

Zweiter Abschnitt: „Zur Regelung der Gerichtsbarkeit für Angehörige der Sicherheitspolizei und des SD“

Schefflers Gutachten musste auch vorherrschende Zweifel oder Trugschlüsse beseitigen, die immer wieder zur Behauptung eines Befehlsnotstands verwendet wurden. Als Beispiel wurde der Historiker und Gutachter Hans-Günther Seraphim genannt. Dieser behauptete im Rahmen eines Nachkriegsverfahrens in Münster 1967, dass Heydrich die Möglichkeit gehabt hätte, Befehlsverweigerer über einen „administrativen Weg“ außerhalb der Gerichtsbarkeit abzustrafen. Dieser Meinung schließt sich Scheffler ausdrücklich nicht an, weshalb eine Erörterung der Gerichtsregelungen für Sipo- und SD-Angehörige notwendig gehalten wird.¹⁴⁷ Hierzu werden zwei Erlässe vom 22. Jänner und vom 17. April 1940 ins Feld geführt. Sie betreffen eine Ausnahmeregelung, welche RSHA-Chef Heydrich gegenüber dem Hauptamt SS-Gericht durchsetzen konnte. Zusammenfassend ergibt sich:

1. Für Ermittlungsverfahren gegen Angehörige der Sipo und des SD waren fortan SD-Untersuchungsführer verantwortlich, die die Funktion von Gerichtsoffizieren hatten, an die Kriegsstrafverfahrensordnung (KSSVO) gebunden waren und schließlich Anklageerhebung und -vertretung übernahmen.
2. Die SD-Untersuchungsführer mussten jeden Straffall an Heydrich berichten, der darüber entschied, ob es sich um ein Verfahren mit „politischem Einschlag“ gehandelt habe.
3. Heydrich konnte schließlich entscheiden, ob erstens das gemeldete Verfahren unter seine Gerichtsherrlichkeit beim SS- und Polizeigericht III. in Berlin gebracht werden, zweitens das Verfahren lediglich disziplinarrechtlich geahndet oder drittens eingestellt werden sollte. Wurde eine gerichtliche Verhandlung angestrebt, musste der Beschuldigte zuvor ins RSHA versetzt werden.¹⁴⁸

Als Grund für diese Sonderregelung nennt Scheffler, dass innerhalb der SS im besetzten Gebiet Selbstbereicherung und Korruption vorherrschten.¹⁴⁹ Heydrich wollte Einblicke in unter seinem Machtbereich fallende Zuständigkeiten vermeiden.¹⁵⁰ Der Gutachter leitet aus der Ausnahmeregelung keineswegs eine Gefährdung für Sipo- oder SD-Angehörige ab, die Befehle

¹⁴⁷ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, (Verlesenes) Gutachten, S. 24 – 25.

¹⁴⁸ Ebda., S. 34 – 35.

¹⁴⁹ Ebda., S. 28.

¹⁵⁰ Ebda., S. 29.

verweigerten. Dies geht aus den Erlässen nicht hervor. Scheffler unternimmt zudem einen Exkurs in die Dienststrafgewalt für die Einsatzgruppen der Sipo und des SD. Hieraus zieht er mehrere abschließende Schlüsse, wonach weder Disziplinarverfahren lebensgefährliche Bedrohungen darstellten, dass dem RSHA die Kompetenz fehlte, straffällig gewordene Angehörige von selbst in Lager zu verbringen, und dass außerdem ein „spurloses Verschwinden“ einzelner Männer spekulativ bleibt.¹⁵¹

In der zweiten Hälfte des Kapitels wendet sich Scheffler der sogenannten „Wissensfrage“ zu. Sie spielte insofern eine Rolle für die Frage des Befehlsnotstands, da „Ansichten geäußert“ wurden, wonach SS-Gerichte aus Geheimhaltungsgründen auf Prozesse wegen Befehlsverweigerungen verzichtet hätten.¹⁵² Im Gutachten wird anhand von Quellen gezeigt, dass nationalsozialistische Dienststellen, Behörden und Ämter selbstverständlich Kenntnis über Pläne und Durchführung der „Endlösung der Judenfrage“ besaßen. Hierzu nennt der Gutachter als Beispiel für eine von der nationalsozialistischen Ideologie durchtränkten Justiz anhand des Urteilsspruchs gegen den SS-Mann Max Täubner.¹⁵³ Darin geht klar hervor, dass SS-Juristen vom SS-Gericht mit den mörderischen Vorgängen nicht nur vertraut waren, sondern diese auch in ungehemmter Manier guthießen. Zu weiteren Mitwissern von Massenmorden zählte der Gutachter das WVHA sowie andere mit Deportationen betrauten Dienststellen, die allein über den Amtsweg von den Vernichtungsvorgängen erfahren mussten.¹⁵⁴ Darüber hinaus befindet sich in diesem Kapitel eine vorläufige Tabelle, die die Todesfahrten aus einigen europäischen Ländern in die Vernichtungslager statistisch dokumentiert. Scheffler hat sie selbst zusammengestellt.¹⁵⁵ Auch die Mitarbeiter des Referats IV B 4 mussten von der Ermordung der allermeisten Deportierten gewusst haben, da laut Gutachter das WVHA regelmäßig Todesmeldungen aus Lagern übermittele. Deutliche Worte werden im Gutachten daher in Richtung des angeklagten Novak gerichtet:

Für den Historiker besteht jedenfalls kaum ein Zweifel daran, daß die Angehörigen des Referats IV B 4 des RSHA allein aufgrund ihrer langjährigen Beschäftigung mit der

¹⁵¹ Ebda., S. 42.

¹⁵² Ebda., S. 44.

¹⁵³ Der SS-Untersturmführer Max Täubner wurde 1943 vor das Oberste SS- und Polizeigericht München gebracht, weil er im „Osteinsatz“ eigenmächtige Erschießungen durchgeführt hatte, deren Brutalität die deutschen „Anständigkeitsregeln“ überschritten hatten. Gegenstand des nach der NS-Ideologie sprechenden Urteils waren jedoch nicht die Morde, sondern die extreme Form ihrer Durchführung, die zur moralischen und disziplinarischen Verkümmern des Truppenkörpers führen hätte können. Vgl. Dirk Rupnow, *Vernichten und Erinnern. Spuren nationalsozialistischer Gedächtnispolitik* (Göttingen: Wallstein, 2005), S. 233.

¹⁵⁴ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, (Verlesenes) Gutachten, S. 46 – 47b.

¹⁵⁵ Ebda., S. 47b.

Schaffung der Voraussetzungen in technischer Hinsicht zur Durchführung der „Endlösung“ über die Tatsache der physischen Vernichtung der Juden informiert waren.¹⁵⁶

Allerdings räumt Scheffler ein, dass es wohl keine Unterrichtung durch einen offiziellen Befehl oder Information gab. Die im Referat tätigen Personen hält er jedoch für „überzeugte Nationalsozialisten“, die im Laufe der Zeit ein Bewusstsein für die Massenmorde entwickelt haben mussten. Insbesondere dann, wenn die Transporte nach Auschwitz angeblich zum Zweck für den Einsatz in der Rüstungsindustrie „absolut arbeitsunfähige“ Menschen wie Kinder oder Ältere umfassten.¹⁵⁷ Zudem ist der Sachverständige davon überzeugt, dass die Bediensteten im RSHA nicht aus Zwang handelten, sondern es für ihre Pflicht hielten. Überspitzt auf den Punkt gebracht, sei „[...] es ein seltsames Regime gewesen, das seine Anhänger ausgerechnet in diesem Arbeitsbereich mit vorgezogener Pistole zur Erfüllung ihrer Pflichten getrieben hätte.“¹⁵⁸ Der letzte Teil des zweiten Abschnitts beschäftigt sich mit intern verbreiteten Warnbeispielen über Verurteilungen durch die SS- und Polizeigerichtsbarkeit. Auch in diesem Dokument konnte Scheffler keinen Hinweis darauf finden, dass Exempel mit abschreckender Wirkung für Befehlsverweigerer verbreiten wurden.

Dritter Abschnitt: „Befehlsnotstand und die Situation der Zeit“

Im dritten Abschnitt befasst sich Scheffler mit der ideologischen Dimension des Befehlsnotstands. Hierzu wurde eine Profilstudie dreier Täter*innengruppen über ihre „Einstellung zum Massenmord“ angefertigt. Zusammenfassend:

1. Die „Einsatzgruppen- und Einsatzkommandoführer“ werden als überwiegend akademisch oder juristisch ausgebildete Personen charakterisiert, die aus dem staatlichen Polizeidienst kamen. Diese billigten einerseits durch Indoktrination und andererseits durch ihre berufliche Tätigkeit die Vernichtung von „Gegnern“ des Nationalsozialismus.
2. Die „Lagermannschaften“ werden in zwei Gruppen geteilt. Die erste war bereits mit Tötungen im Rahmen der nationalsozialistischen Euthanasieverbrechen vertraut. Die zweite setzte sich aus Personal zusammen, das schon länger mit den unmenschlichen Vorgängen in den Lagern konfrontiert war.
3. Schließlich sind die „Angehörigen der verschiedenen Polizeiparten“ ein schwer zu erfassender, da recht heterogen zusammengesetzter Personenkreis. Unter ihnen befanden sich etwa „Volksdeutsche“, die in Nationalitätenkonflikte oder Bevölkerungsverschiebungen involviert waren und sich nun aus „Rache“ aufseiten der

¹⁵⁶ Ebda., S. 47.

¹⁵⁷ Ebda., S. 47a.

¹⁵⁸ Ebda.

deutschen Besatzer schlugen. Als weiteres Motiv wurden bei der Polizei „Bestechung“ oder „Korruption“ als regelmäßige Nebenerscheinung der Vernichtung genannt.¹⁵⁹

Der Sachverständige nennt als weiteren Grund, weshalb zahllose unbescholtene Männer zu Mördern wurden, dass ihre damals erworbene Machtfülle moralische Bedenken hemmten. Ein derartiges Machtgefühl, erklärt Scheffler, führte auch zu einem fehlenden Verantwortungsbewusstsein für die begangenen Verbrechen, die außerdem weit entfernt vom sozialen Umfeld stattfanden.¹⁶⁰ Im Gutachten werden hierzu wahlweise einige Textstellen zitiert, die die angesprochene Einstellung und Mentalität der Täter repräsentieren sollten. Letztlich hat das ausgesetzte Unrechtsbewusstsein¹⁶¹ ebenso Ursachen, die in der gesellschaftlichen Entwicklung Deutschlands seit den 1930er-Jahren zu suchen sind. Hierzu reflektiert der Gutachter stichwortartig die Hinleitung Deutschlands zu einem Führerstaat, eine Reihe politischer Morde und sowie Diskriminierung und stetige Entrechtung jüdischer Personen bis hin zu ihrer Vernichtung. Die ideologische Einstellung der Täter*innen ließ folglich keinen Befehlsnotstand zu.

Am Ende des Gutachtes resümiert Scheffler seine Forschungsergebnisse. Zusammenfassend konnte die Möglichkeit, dass ein einzelner Untergebener einen Befehlsnotstand erlebt oder wahrgenommen hat, zwar gegeben gewesen sein. Eine generalisierende Annahme eines Befehlsnotstands ist aber angesichts der Ergebnisse der Untersuchung nicht standhaft. Eine derartige Behauptung muss dem Gutachter zufolge allerdings auch ernstgenommen und geprüft werden. Insofern kommt der Bericht zum abschließenden Ergebnis: „Nach unseren Kenntnissen muß wahrheitsgemäß gesagt werden, daß die echte Befehlsnotstandssituation eher die Ausnahme als die Regel darstellte.“¹⁶² Das Schlusswort bekräftigt das Gutachten Schefflers durch die Anrufung der Forschungsgemeinschaft:

Er [der Gutachter, Anm.] steht mit diesem Resultat keineswegs isoliert da, sondern befindet sich in Übereinstimmung mit den wenigen Experten, die sich hierzu bereits in wissenschaftlichen Veröffentlichungen geäußert haben.¹⁶³

¹⁵⁹ Ebda., S. 54 – 57.

¹⁶⁰ Ebda., S. 58 – 59.

¹⁶¹ Diesen Begriff verwendete bereits der Sachverständige Hans Buchheim in seinem Gutachten im großen Frankfurter Auschwitz-Prozess. Gemeint ist damit, dass Täter*innen sehr wohl Kompetenzen über Recht und Unrecht besaßen, diese aber im Rahmen politischer Aufgaben zeitweilig aussetzten. Vgl. Buchheim, „Befehl und Gehorsam,“ in *Anatomie des SS-Staates*.

¹⁶² WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, (Verlesenes) Gutachten, S. 65.

¹⁶³ Ebda., S. 68.

Die Kategorie des Schreibtischtäters erwähnt das Gutachten an keiner Stelle. Eine Unterscheidung in entfernten oder unmittelbaren Täter nimmt Scheffler wohl bewusst nicht vor. Er hält Novak aber keineswegs für ein „Rädchen“ oder Gehilfen, sondern stattdessen für einen gleichrangigen Teilnehmer am Holocaust.¹⁶⁴ Dies wird besonders an jenen Textstellen deutlich, in denen entgegen der „besten Praxis“ des „weißen Flecks“ der angeklagte Novak immerhin mehrmals zumindest indirekt angesprochen wird.

Argumentationsstrategie

Scheffler verfolgte für seine Aufgabe vor Gericht eine zielgenaue Argumentationsstrategie. Dieses Kapitel setzt sich daher mit der Argumentationsstrategie des Gutachtens auseinander. Anhand einer Argumentationsanalyse ausgewählter Beispiele im Gutachten wurden die Bausteine der verwendeten Argumentationsstrategie gegen die Annahme eines allgemeinen Befehlsnotstands einer kritischen Bewertung unterzogen. Dadurch konnte einerseits die Vorgehensweise des Gutachters als Historiker beobachtet sowie andererseits die nicht zu unterschätzende Überzeugungskraft der Beweisführung gegenüber dem Geschworenensenat bewertet werden.

Für die Untersuchung wurden zwei Perspektiven gewählt. Aus einer weitwinkligen Perspektive wurde zunächst die oberflächliche Form der gesamten Argumentationsstrategie im Gutachten in den Fokus gerückt. In der Gesamtschau wurde hierbei ersichtlich, dass Scheffler sowohl im ersten als auch im zweiten Abschnitt des Gutachtens mehr an der Rechtsinstitution als am Phänomen des Befehlsnotstands selbst interessiert war. Die zentralen Argumentationspunkte sind folglich die rechtlichen – im Gutachten oft als normativ bezeichneten – Aspekte der Einrichtung der SS- und Polizeigerichtsbarkeit, aus der eine mögliche Rechtssituation des Notstands für Angehörige der Sipo und des SD ableitbar oder nicht ableitbar ist. Ein derartiger Zugang ist für einen Zeithistoriker „seiner Zeit“ typischerweise politik- und ereignisgeschichtlich, orientiert wird sich noch an den „großen“ Akteuren als maßgebliche Handlungsträger.¹⁶⁵ Diesem Abschnitt des Gutachtens liegt auch der

¹⁶⁴ Ein weiteres Beispiel für eine indirekte Erwähnung: „Hier kann sich der Teilnehmer nicht hinter anonymen Transporten verstecken, deren Schicksal ihm angeblich oder wirklich unbekannt war, er wußte vielmehr nur allzu deutlich, was vorging.“ Ebda., S. 66.

¹⁶⁵ Lange Zeit galten Hitler, Himmler und Heydrich als die maßgeblichen Träger des Holocausts, welche Betrachtung etwa in Anklageschriften bis in die 1960er-Jahre hinein häufig vorzufinden ist. Niedrigere Akteur*innen wurden in der Rechtsprechung hingegen lange Zeit zu Gehilf*innen mit entsprechend niedrigen Strafmaßen reduziert. Vgl. Barbara Just-Dahlmann, Helmut Just, *Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945* (Frankfurt a. M.: Athenäum, 1988), S. 14.

Großteil des Quellenkorpus zugrunde, das sich zum überwiegend aus Dokumenten und Schriftstücken „von oben“ zusammensetzt. Damit erscheint die Argumentation hinsichtlich der Beweiskraft sowohl wissenschaftlich als auch gerichtlich zwar stark belastbar, aus heutiger Sicht ohne die Mitnahme etwa einer kritischen Perspektive „von unten“ jedoch mitunter einseitig. Schefflers geschichtswissenschaftliche Stellungnahme bewegt sich zudem zwar auf einem für diese Zeit kaum in der Zeitgeschichte interessanten Gebiet, jedoch keinesfalls in einem hochreinen Vakuum. Zur Beweisführung Schefflers gehört an vielen Stellen auch, vorherrschende Meinungen, Irrtümer oder Mythen zum Befehlsnotstand einzuebnen. Insofern besteht ein nicht unerheblicher Teil der Argumentationsstrategie aus der Anreihung von Behauptungen und Gegenbeweisen, deren Interpretation, Kritik und Bewertung stringent den gerichtlichen Auftrag verfolgten.

Im dritten Teil des Gutachtens wandert Schefflers Zugang von Rechtsinstituten hin zur ideologisch geprägten Mentalität der Täter*innenkreise. Zielpunkt der Argumentation ist der Beweis, dass die überwiegende Zahl der Angehörigen der SS und Polizei aufgrund einer inneren Einstellung den Holocaust befürworteten, billigten oder resigniert daran teilnahmen, aber jedenfalls aus diesen Gründen keinen Befehlsnotstand erlebten. Die Argumentation gründet hierbei sowohl auf eigenen Überlegungen des Historikers als auch auf ausgesuchten Aussagen von Akteuren, deren Herkunft jedoch oftmals unklar bleibt. Schlussendlich wird im Zusammenlauf aller Argumente deutlich, dass der Befehlsnotstand aller für am Holocaust beteiligten Personen – allerdings unter vollkommener Auslassung der Wehrmacht, da diese nicht den Gegenstand der Ausgangsfrage bildete – wenn überhaupt ein an sich unwahrscheinliches Phänomen darstellte. Die Verwendung zahlreicher originärer Quellen und deren Verlesung könnte auf die Geschworenen, denen aufgrund von Zeit und Politik in Österreich zunächst eine geringe zeitgeschichtliche Bildung unterstellt werden muss, einen nachhaltigen Eindruck gemacht haben. Jedoch tauchen mitunter nicht explizierte Namen, Begriffe oder Theorien innerhalb der Argumentationsführung auf, die dem juristischen und geschichtswissenschaftlichen Jargon angehörten und somit das Verständnis für Außenstehende beeinträchtigt haben könnten.

Aus einer Nahperspektive wurden nachfolgend drei Argumentationen auf ihre Strategie hin genauer betrachtet. Dabei wurde jeweils ein Argument aus je einem Kapitel des Gutachtens zur Analyse entnommen. Als Auswahlkriterium einer zu untersuchenden Textstelle diene dabei das Merkmal einer ausführlichen Argumentationsführung, die folgende Bestandteile aufweist: erstens anfängliche Behauptung, zweitens eigenes Argument oder Gegenargument, drittens

Beispiel zum Beweis des eigenen Arguments, viertens Schlussfolgerung durch den Beweis und fünftens die Conclusio. Dass sowohl im sprachlichen Alltag als auch in einem Text alle fünf genannten Elemente nicht immer in einer stringenten oder in abgeänderter Reihenfolge in Erscheinung treten, wurde bei der Analyse berücksichtigt. Zudem wurde bei der Untersuchung auch auf den Aspekt der Verständlichkeit der Argumentation Wert gelegt. Miteinbezogen wurden stellenweise auch Nebenargumentationen, so sie für die Frage des Vorhandenseins eines Befehlsnotstands oder des Wissensbewusstseins über die Vernichtungsvorgänge interessant erschienen.

Erstes Argument: SS- und Polizeigerichtsbarkeit begründete keinen Befehlsnotstand

Dieses Argument, das sich über mehrere Seiten zieht, beruht vorwiegend auf den rechtlichen und materiellen Grundlagen der Sondergerichtsbarkeit. Die Prämisse zur Einleitung der Argumentation findet sich jedoch noch im Vorbemerkungsteil, in ihr gehen Anfangsbehauptung und Argument ineinander über:

Weder die Nürnberger Prozesse noch die vor deutschen Gerichten durchgeführten Verfahren haben bis heute überzeugende Beispiele erbracht, daß Angehörige, z.B. der Sicherheitspolizei und des SD, mit dem Tode bedroht oder hingerichtet worden sind, die sich weigerten, an den Massenmorden teilzunehmen.¹⁶⁶

Diese Aussage ist zudem auch insofern interessant, da sie explizit von „überzeugenden Beispielen“ spricht. Sie kann damit aber rhetorisch auch solche Beispiele einschließen, die zwar wohl aus kritischer Sicht nicht überzeugend waren, aber vor Gericht Erfolg hatten.

Als Beispiele, die das Argument stützen, dienen Rechts- und Verordnungstexte zur Etablierung und Durchführung der SS- und Polizeigerichtsbarkeit. Scheffler extrahiert zu diesem Zweck die für ihn bedeutsamsten Passagen. Zum einen sollen sie für sich allein sprechen, zum anderen werden sie erklärt. Hierfür wählt der Gutachter unter anderem einige Paragraphen der Rechtsprechung zugrundeliegenden KStVO. Diese soll zeigen, dass es Bestimmungen gab, die kein willkürliches Vorgehen etwa durch Vorgesetzte zuließen. Aus dem zitierten § 83, Abs. 3 derselben liest man zum Beispiel:

¹⁶⁶ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, (Vorläufiges) Gutachten, S. 1.

Im Kriegsstrafverfahren fehlt die Möglichkeit eingehender Nachprüfung von Strafsachen [...]. Dem Bestätigungsverfahren kommt deshalb eine besonders verantwortungsvolle Aufgabe zu. Die einschlägigen Bestimmungen müssen deshalb genau eingehalten werden.¹⁶⁷

Ferner führt Scheffler eine „Übersicht über die wichtigsten berichtspflichtigen bzw. der Entscheidung oder Bestätigung durch den Reichsführer-SS (bzw. Hauptamt SS-Gericht) vorbehaltenen Straf- und Disziplinarvorgängen“ sowie das Gnadenrecht Himmlers an. Die umfangreiche Berichtspflicht über Bestrafungsvorgänge an den Reichsführer-SS tritt dadurch deutlich hervor. Ein der Zeitgeschichte inhärentes Beweismittel erblickt Scheffler zudem in der „Kontrolle“ von noch „zu großen Teilen vorhandenen Personalunterlagen“.¹⁶⁸ Gemeint sind damit etwa jene Unterlagen wie SS-Stamm- oder Personalbögen, SS-Lebensläufe oder SS-Heiratsansuchen, die während der Abfassung des Gutachtens im Berlin Document Center verwahrt waren und heute im Bundesarchiv zugänglich sind. Darin sind die verhängten Strafen vermerkt worden, woraus sich ein Bild über die Spruchpraxis ableiten lässt.

Aus der Darstellung verschiedener Aspekte der Sondergerichtsbarkeit, stets dicht an die historischen Dokumente gebunden, folgt am Ende des ersten Arguments eine Reihe von unterschiedlichen Schlussfolgerungen, die auch auf die Absage genereller Annahmen in Debatten über den Befehlsnotstand abzielen. So waren einerseits eine „standgerichtliche Erschießung“ aufgrund der Vorschriften „kaum möglich“.¹⁶⁹ Andererseits war wiederum eine Einweisung in eine Bewährungseinheit erst nach „SS- und polizeigerichtlichem Verfahren“ durchführbar. Sie stellte eine Möglichkeit des Strafvollzugs als Teilverbüßung dar.¹⁷⁰ Als Ausnahme der Regel nennt der Sachverständige die „Sondereinheit Dirlewanger“. Deren Kommandeur, Oskar Dirlewanger, verfügte in Ausnahmesituationen über eine Strafmacht ohne übergeordnete Instanz bei straffällig gewordenen Truppenbestandteilen.¹⁷¹ Auch hier fließen Schlussfolgerungen und Conclusio ineinander. Zusammenfassend spitzt Scheffler seine Argumentation mit Bezug auf die Beweismittel in der Feststellung zu: „Alle Regelungen und Fälle zeigen überaus deutlich, daß ‚wilde‘ Erschießungen usw. keineswegs die Regel sein konnten [...]“¹⁷².

¹⁶⁷ Ebda., (Verlesenes) Gutachten, S. 14.

¹⁶⁸ Ebda., S. 21.

¹⁶⁹ Ebda.

¹⁷⁰ Ebda., S. 22.

¹⁷¹ Ebda.

¹⁷² Ebda., S. 20.

Zweites Argument: Außergerichtliches Disziplinarverfahren bedeutete keinen Befehlsnotstand

Im Unterschied zur obigen Argumentationsführung stellt die Prämisse zunächst eine fremde Behauptung dar, die durch geschickte Gegenbeweissführung von Scheffler anzufechten ist. Den Ausgangspunkt hierfür bildet die bereits angesprochene These Seraphims, wonach die Sonderregelung zwischen RSHA und Hauptamt SS-Gericht „administrativ“ geregelte Aburteilungen durch die „Dienststrafgewalt“ ermöglichte, die sodann zur Situation von Befehlsnotständen geführt hätte. Das eigene Argument Schefflers drückt sich also in einer Gegenbehauptung aus, die außergerichtliche Bestrafungen nicht als Notstandssituationen einschätzt.

Die historischen Beispiele, um das Gegenargument zu untermauern, folgen in dem Kapitel jedoch erst an späterer Stelle. Mehr als ein Dutzend Seiten später wird hierzu eine Passage aus der „Dienststrafgewalt“ zitiert, die jedoch ausdrücklich die Einsatzgruppen betrifft und nicht hauptamtliche Mitarbeiter des RSHAs:

Die Führer der Einsatzgruppen und Einsatzkommandos sind berechtigt, die Dienststrafgewalt auszuüben. Sie können bei schweren, das Ansehen oder die Schlagkraft der Sicherheitspolizei und des SD schädigenden Dienstverfehlungen sofortige Maßnahmen ergreifen und in diesem Rahmen Schutzhaft verhängen.¹⁷³

Des Weiteren zieht Scheffler als Beweis ein Schreiben vom SS-Richter Bender an das Hauptamt SS-Gericht hinzu. Aus dem Inhalt geht hervor, dass dem RSHA die Kompetenzen zur eigenmächtigen Bestrafung von Untergebenen fehlten. Zuletzt stützt sich das Gutachten für seine Argumentation auf den damaligen Wissensbestand der Zeitgeschichte. Dazu findet sich ein Auszug aus der Gutachtensammlung *Anatomie des SS-Staates*. Der zitierte Abschnitt handelt von Buchheims Gutachten über den Befehlsnotstand, dass die Annahme eines dauerhaften Zustandes der Gefahr für Leib und Leben ablehnt.

Die Schlussfolgerung zur „Dienststrafgewalt“ erscheint jedoch zunächst wenig schlüssig. Auf der einen Seite bleibt unklar, in welcher Beziehung diese Anordnung zu Bürokraten im RSHA stehen soll. Auf der anderen Seite meinte Scheffler, aus diesem doch breit auslegbaren Passus keine Situation des Befehlsnotstands ableiten zu können. Verständlicher wirkt wiederum der Schluss aus dem Kompetenzbereich des RSHAs. Es konnte keine eigenemächtige Einweisung

¹⁷³ Ebda., S. 40.

in ein Konzentrations- oder Vernichtungslager für straffällig gewordene SS- und Polizeiangehörige erwirken, sondern musste hierzu ein Gerichtsurteil abwarten.

Die Conclusio zum zweiten Argument befindet sich wiederum einige Seiten später. Die Zusammenfassung der bisherigen Ergebnisse ähnelt dabei jener Abschlussbewertung, die bereits beim ersten Argument beobachtet wurde:

Es ist offensichtlich, daß weder ein SS-mäßiges Disziplinarstrafverfahren noch ein behördenmäßiges Dienststrafverfahren, das eine gebunden an die SS-Disziplinarordnung, das andere an die behördliche Dienststrafordnung, in diesem Sinne eine lebensgefährdende Bedrohung beinhalten konnte.¹⁷⁴

Zudem ist im Verlauf des „Rußland-Krieges“ die Disziplinargewalt weiterhin „eng gehalten worden“.¹⁷⁵ Problematisch an der Conclusio erscheint die Tatsache, dass in ihr begrifflich plötzlich zwei offenbar unterschiedliche Arten der Ahndung von Vergehen, nämlich ein Disziplinarstrafverfahren und ein Dienststrafverfahren, eingeführt werden. Diese Unterscheidung wurde vom Gutachter zuvor nicht vorgenommen und auch danach nicht weiter expliziert. Eine weitere Abschlussbetrachtung drückte Scheffler pointiert folgendermaßen aus:

So ist auch die mögliche Annahme, daß Befehlsverweigerer etwa außerhalb eines Gerichtsverfahrens ‚spurlos verschwanden‘ eine Spekulation, die durch die Praxis bisher jedenfalls auch nicht durch den leisesten Hinweis bestätigt werden kann.¹⁷⁶

Was unter „Praxis“ verstanden wurde, geht aus der Conclusio nicht hervor.

Drittes Argument: Einstellung der Täter ließ Befehlsnotstand gar nicht erst zu

Das dritte Argument des Gutachtens basiert in erster Linie auf Überlegungen zu ideologischen Motiven der Täter*innengruppen. Scheffler legt seinen Fokus hierbei besonders auf die ideologische Einstellung der Akteur*innen und die mentale Entwicklung der deutschen Gesellschaft überhaupt. Die etwas längere Prämisse, in der Behauptung und Argument bereits vereint sind, wurde sprachlich besonders prägnant formuliert:

Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß das Argument, die Teilnehmer an Massenvernichtungen hätten sich ohne Zweifel im Befehlsnotstand befunden, dadurch

¹⁷⁴ Ebda., S. 41.

¹⁷⁵ Ebda.

¹⁷⁶ Ebda., S. 42.

entwertet wird, daß die Judenvernichtung – gerade im Generalgouvernement – mit einer derartigen Brutalität, mit einer alle Vorstellungen Grausamkeit vollzogen wurde, daß kaum davon ausgegangen werden kann, dies alles hätte sich nur unter Zwang ereignen können.¹⁷⁷

Für den Sachverständigen ist die beinahe schon industriell vonstattengehende Ermordung „von Frauen und Kindern jeglichen Alters“ ohne Zweifel ein „ungeheuerliches Ereignis“, das aber gerade durch die Tatsache, dass die Verbrechen zumeist von unbescholtenen Personen begangen wurden, einige Fragen für die Wissenschaft aufwirft.¹⁷⁸ Das Ausmaß des Holocaust spricht für Scheffler bereits allein dafür, dass die Morde weniger Zwangslagen, sondern wenigstens Akzeptanz, aber auch nicht selten Bereitwilligkeit und sogar Eifer begleiteten.

Um darzulegen, dass es sich bei den Männern zumeist um Überzeugungstäter gehandelt hatte, weshalb dann gar nicht erst vor einem Befehlsnotstand gesprochen werden durfte, erstellte Scheffler zu diesem Zweck ein dreiteiliges Charakterprofil über „Einsatzgruppen- und Einsatzkommandoführer“, „Lagermannschaften“ und „Angehörige der verschiedenen Polizeiparten“. Als Grundlage wird eine längere Forschungstätigkeit auf diesem Gebiet genannt, es wird jedoch auf keine weiteren Quellen verwiesen. Die Tötungsmotive stellen im Gutachten auf drei Konstanten ab. Erstens herrschte eine „SS-mäßige Indoktrination vor“, die durch stufenweise Ausgrenzung und Abwertung von Menschen Gewalt- und Tötungsverbrechen erleichterte.¹⁷⁹ Der Sachverständige hält aber auch eine „jahrelange Entwicklung der immer stärker werden Brutalisierung der Handlungs- und Verhaltensweise“ in der deutschen Gesellschaft für die Bereitschaft zum Morden als ursächlich, weil die „geistig führenden Schichten“ es angesichts von „Machtanbetung“ der politischen Nationalsozialisten und Befürwortung der verbrecherischen Ideologie „geistig einfach konstruierten Menschen“ gleichsam vorlebten.¹⁸⁰ Es mischten sich zudem „pseudorationale Begründungen“ für die Begehung von Verbrechen hinzu. Zweitens gab es auch eine „berufliche“ Gewöhnung an derartige Zustände. Dies ist vor allem zu beobachten bei Personen, die an der Vernichtung des „wirklichen oder vermeintlichen innenpolitischen Gegner[s], von dem zu Beginn des Krieges nur der weltanschauliche Feind, der Jude, übriggeblieben war [...]“ teilnahmen.¹⁸¹ Als Beispiele der ideologischen Beeinflussung der Handelnden dienen zwar wenige, aber umso

¹⁷⁷ Ebda., S. 54.

¹⁷⁸ Ebda.

¹⁷⁹ Ebda., S. 55.

¹⁸⁰ Ebda., S. 62.

¹⁸¹ Ebda., S. 55.

inhaltsschwere Aussagen unterschiedlicher Akteure. So zitiert Scheffler einen SS-Arzt, der im Jänner 1942 einen Brief unter anderem mit folgendem Tenor an Himmler übermittelte:

Ehe mir ein deutscher Soldat, ja auch nur ein Este an einer Seuche stirbt, sterben mir lieber 500 bolschewistische Bestien, die übrigens zu einem größten Teil im Laufe der Zeit bei den jetzigen Verhältnissen doch an Hunger, Erfrierungen oder an einer Seuche eingehen müssen.¹⁸²

Drittens spitzte sich die politische Lage in Deutschland schon vor dem Holocaust angesichts von politischen Morden, antisemitischen Pogromen und Gesetzen derart zu, sodass die nationalsozialistischen Verbrechen nicht nur als „Folge antisemitischer Verhetzung“ zu erklären sind.¹⁸³

Der Gutachter leitet daraus insgesamt ab, dass die Täter durch die Erlangung von Positionen und Stellungen im besetzten Generalgouvernement eine Herrschaft „über Leben und Tod“ erhielten und dabei mitunter „jedes Maß verloren“.¹⁸⁴ Die Begehung von Verbrechen bezeichnet Scheffler später jedoch auch als eine „charakterliche Schwäche“. Den Impetus dazu gab aber weder eine Zwangslage noch ein genereller krimineller Hang, den es aber mitunter gab. Vielmehr betrachtet er diesen Umstand als das „Resultat einer Entwicklung, die die Gesellschaft mitgeprägt hatte.“¹⁸⁵

In Hinblick auf die Möglichkeit eines Befehlsnotstands für SS- und Polizeiangehörige kommt der Gutachter zu einer deutlichen Conclusio: „Angesichts dieser vom pervertierten Befehls- und Gehorsamsglauben zusätzlich gekennzeichneten Atmosphäre blieb für moralische Bedenken kaum Platz.“¹⁸⁶ Lediglich in einem Nebensatz wird eingeräumt, dass zwar im Einzelfall eine Zwangslage vorgelegt haben konnte oder angenommen wurde, jedoch sollte eine solche Behauptung einer „ernsthaftesten“ Prüfung unterzogen und vom Gericht nicht bloß übernommen werden.¹⁸⁷

Die Argumentationsanalyse des Gutachtens zeigte, dass ein sachverständiger Historiker wie Scheffler stets um eine rationale Argumentationsstrategie bemüht war. Dabei war das Vorgehen

¹⁸² Ebda., S. 60. In deutscher Kriegsgefangenschaft kamen von mehr als fünf Millionen gefangenen sowjetischen Soldaten mehr als drei Millionen ums Leben. Vgl. Christian Streit, *Keine Kameraden. Die Wehrmacht und die sowjetischen Kriegsgefangenen 1941 – 1945* (Bonn: J.H.W. Dietz, 1997), S. 10.

¹⁸³ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, (Verlesenes) Gutachten, S. 63.

¹⁸⁴ Ebda., S. 58 – 59.

¹⁸⁵ Ebda., S. 63.

¹⁸⁶ Ebda., S. 61.

¹⁸⁷ Ebda., S. 67.

deutlich von der Aufgabe geprägt, vorherrschende überholte Vorstellungen, bewusste Falschdarstellungen oder tradierte Mythen über Notstands- und Zwangssituationen von Tätern zu durchbrechen. Den Fluchtpunkt der Argumentation im Gutachten bildete die Verneinung der Annahme eines allgemeinen Befehlsnotstands. Angesichts der ausgedehnten Argumentationsstrategie blieben kaum Frage offen. Als Grundlage der Beweisführung fast aller Argumente griff der Gutachter auf ein breites Quellenspektrum zurück und nutzte in erster Linie Richtlinien, Verordnungen oder Befehlsblätter. Die Argumentationsführung der ideologischen Komponente des Befehlsnotstands erwies sich dabei als besonders verständlich. Die Schlussfolgerung aller drei Argumente gegen die Annahme eines Notstands wurde von Scheffler in Form einer Gleichung im Gutachten bereits früher auf den Punkt gebracht. Demnach habe die „terroristische Praxis“ des nationalsozialistischen Regimes „nach außen“ zu keinem Zeitpunkt ebenso „nach innen“ gewirkt.¹⁸⁸ Betrachtet man die Aussagekraft der Argumente, waren sie in allen Fällen in sich schlüssig, nachvollziehbar und lediglich mit umfangreichem fachlichem Wissen anfechtbar. Stellenweise benutzte Scheffler Begriffe oder Namen, ohne sie zuvor zu erklären oder zu kontextualisieren. Insgesamt aber konnte durch rationale Argumentation an sich ein belastbares und überzeugendes Narrativ gestaltet werden.

Sprachlichkeit und Verständlichkeit

Im Gutachten finden sich etliche Auffälligkeiten im Sprachstil Schefflers, die einer näheren Betrachtung lohnen. Sie sind einerseits der Praxis eines historisch forschenden Menschen geschuldet und andererseits ein „Kind ihrer Zeit“. Beobachtet man zunächst im Gutachten die grammatikalische Personalform der verwendeten Verben und Pronomen, fällt auf, dass der Gutachter gelegentlich die Sprechperspektive verändert. Dominierend ist im Gutachten zwar die dritte, einzelne und von sich distanzierte Person, welche sich zumeist in „der Gutachter“, „der Verfasser“ oder „der Historiker“ auszudrücken pflegt. Nicht selten tritt jedoch ein Kollektivplural auf, der meist Verwendung im Pronomen des „wir“ verwendet wird. Dies geschieht keineswegs zufällig, sondern situationsbedingt. Das „wir“ wird meist dann verwendet, wenn es um gewichtige Aussagen geht, die nicht nur für die Wissenschaft, sondern insbesondere für das Gericht von Relevanz waren. Hierzu wechselt er in einen kollektiven Sprechmodus im Namen der Forschungsgemeinschaft. Die Art der Argumentation, dass etwa

¹⁸⁸ Ebda., S. 43.

„nach unseren Kenntnissen“¹⁸⁹ der Befehlsnotstand Ausnahme statt Regel war, verweist zudem auf eine vorausschauende Kommunikationsstrategie der Prävention. Diese zielt darauf ab, keineswegs eine Einzelmeinung zu vertreten, sondern vielmehr ein wissenschaftliches Kollektiv hinter sich zu haben. Darunter nennt der Sachverständige immerhin den Historiker Buchheim, der sich als Gutachter sowohl in bundesdeutschen als auch in österreichischen Nachkriegsprozessen einen Namen erarbeitete. Insofern konnte es einem „angreifenden“ Strafverteidiger schwerer gefallen sein oder auf ihn sogar hemmend gewirkt haben, gegen eine mehrheitlich akzeptierte geschichtswissenschaftliche Meinung anzukämpfen.

Allzu oft verwendet der Sachverständige außerdem Begriffe oder Theorien, die dem nicht akademischen oder geschichtlich ungeschulten Publikum wohl unbekannt gewesen sein dürften. Dabei ist grundsätzlich zu beachten, dass ein Gutachten nicht ausschließlich die Berufsjurist*innen adressieren durfte, sondern in besonderer Weise den Geschworenensenat, der immerhin auf Basis eben jener darin vorgebrachten Erkenntnisse ein Urteil zu fällen hatte. Zum Zeitpunkt, als in den 1960er-Jahren gegen Novak prozessiert wurde, darf nicht von einem breiten Allgemeinwissen über Nationalsozialismus und Holocaust ausgegangen werden, wie es heute zumeist verbreitet ist. Während die oft gebrauchte Terminologie der – stets unter Anführungszeichen markierten – „Endlösung“ allein aus der zynischen Bedeutung heraus für die Geschworenen selbsterklärend gewesen sein durfte, trifft dies wohl sehr viel weniger auf Begriffe wie „Fememorde“, „Potempa“ oder „Röhm-Affäre“ zu.¹⁹⁰ Dabei verwendet Scheffler diese Beispiele, die auf verschiedene Mordserien durch Nationalsozialisten verwiesen, nicht zuletzt für seine Hauptargumentation, die deutsche Gesellschaft erfuhr eine kontinuierliche Brutalisierung. Das Problem tritt ebenso bei der Nennung von historischen Akteuren in Erscheinung. Darunter befinden sich Kurznennungen von Namen wie „von Brauchitsch“¹⁹¹, „Jüttner“¹⁹² oder „Blaskowitz“.¹⁹³ Welche Funktion sie im Nationalsozialismus hatten und wofür sie verantwortlich waren, blieb für zeitgeschichtlich nicht unterrichtete Personen im Dunkeln. Ähnliches gilt für Begriffe wie „HSSPF“¹⁹⁴ oder „Schutzmannschaftsangehörige“¹⁹⁵,

¹⁸⁹ Ebda., S. 65.

¹⁹⁰ Ebda., S. 63.

¹⁹¹ Ebda., S. 6. Walther von Brauchitsch war von 1938 bis 1941 Oberbefehlshaber des Heeres der deutschen Wehrmacht. Er wurde nach der gescheiterten Moskau-Offensive von Hitler abgesetzt.

¹⁹² Ebda., S. 19. Hans Jüttner war ein General der Waffen-SS und Chef des SS-Führungshauptamtes.

¹⁹³ Ebda., S. 27. Johannes Blaskowitz war ein General der Wehrmacht. Im Polenfeldzug war er Armee-Oberbefehlshaber. Er verfasste Denkschriften über die Verbrechen der Einsatzgruppen. Die Intentionen dieser Schriften wurden unterschiedlich gedeutet, aber ihr lagen zumindest keine humanitären Gedanken zugrunde.

¹⁹⁴ Ebda., S. 34. Als HSSPF wurden Höhere SS- und Polizei-Führer bezeichnet. Sie waren Himmler direkt unterstellt und setzten in den besetzten Gebieten unmittelbar seine Anweisungen um.

¹⁹⁵ Ebda., S. 16.

der unter anderem Personen aus der Ukraine, Polen oder dem Baltikum angehörten. Ebenfalls tritt das Problem beim Terminus des „Maßnahmenstaates“ auf, der ohne jede weitere Erklärung gebraucht wird.¹⁹⁶ Besonders gravierend ist die Tatsache aber bei Erwähnung des § 47 des MStGB.¹⁹⁷ Dieser bildete ein wichtiges Element in Debatten um Handeln auf Befehl, wurde von Scheffler zumindest laut Protokoll allerdings an keiner Stelle erklärt, sondern lediglich für das akademische Publikum im Gerichtssaal als bekannt vorausgesetzt. Dies ist wohl einer langjährigen Forschungserfahrung innerhalb eines Fachpublikums geschuldet, bei dem stets eine berufliche Grundvertrautheit der verwendeten Theorien oder Begriffe vorhanden war und daher schlicht selten Erklärungen bedurften.

Ungenau erscheint die Verwendung von Regionsbezeichnungen. Meist wurde zur Lokalisierung der Verbrechen von „Sowjetrußland“¹⁹⁸ oder einfach nur „Rußland“¹⁹⁹ gesprochen, welche Bezeichnung selbst heute noch pars pro toto für das politische Gebilde der (historischen) UdSSR verwendet wird. Die Sprachlichkeit orientiert sich in diesem Fall also am alltäglichen Sprachgebrauch. Ähnliches gilt wohl für den Begriff des „Generalgouvernements“.

Selbstverständlich handelt es sich bei den genannten Dingen um Kleinigkeiten, die damals keineswegs die Ergebnisse im Gutachten kompromittieren konnten. Aus heutiger Sicht problematisch erscheint jedoch ein Vergleich eines Einsatzkommando-Führers mit einem „orientalischen Despoten“, weil jener seine Untergebenen schikanierte.²⁰⁰ Allerdings sollte erst ein Jahrzehnt später mit Edward Saids Buch als Initialzündung die berechtigte Diskussion um den sogenannten Orientalismus als westliche Diskursfunktion auf die Region des Nahen Ostens und damit eine Sprachsensibilität auslösen. Insgesamt ergibt sich aber ein starkes historisches

¹⁹⁶ Beim Urheber der politischen Theorie über die Staatsform des nationalsozialistischen Deutschlands als „Doppelstaat“, bestehend aus dem erwähnten „Maßnahmen-“ und „Normenstaat“, handelte es sich um Ernst Fraenkel, der überdies einst Schefflers Doktorarbeit abnahm. Vgl. Michael Wildt, „Die Transformation des Ausnahmezustands. Ernst Fraenkels Analyse der NS-Herrschaft und ihre politische Aktualität,“ *Docupedia-Zeitgeschichte*, 01.06.2011, online unter <https://docupedia.de/zg/Fraenkel,_Der_Doppelstaat> (abgerufen am 19.09.2021).

¹⁹⁷ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, (Verlesenes) Gutachten, S. 48. Der im MStGB enthaltene § 47 regelte die Weisung solcher Befehle, deren Absichten nicht nur durch eine juristische, sondern allein schon anhand einer geläufigen Denkweise einen verbrecherischen Zweck erkennen ließ. Für so einen Fall wurde vorgesehen, dass der Vorgesetzte allein zu bestrafen ist unter den alleinigen Voraussetzungen, dass erstens der Untergebene nicht über den erteilten Befehl hinaus handelte oder zweitens dessen Rechtswidrigkeit erkennbar war. Eine Berufung in der Zeit des Nationalsozialismus stellte allerdings für die Gerichte ein potenzielles ideologisches Problem dar. Ein Freispruch hätte einmal die Auffassung bedeutet, dass deutsche Vorgesetzte verbrecherische Befehle erteilten. Eine Verurteilung hingegen wäre wiederum einer Rechtsbeugung gleichgekommen. Rückerl beschrieb, dass in der Praxis der Nachkriegsjustiz nur wenige Fälle existierten, bei denen wegen § 47 Straflosigkeit erfolgte. Vgl. Rückerl, *NS-Verbrechen*, S. 288.

¹⁹⁸ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, (Verlesenes) Gutachten, S. 13.

¹⁹⁹ Ebda., S. 40.

²⁰⁰ Ebda., S. 61 – 62.

Narrativ, das den Befehlsnotstand über die Dimension der Rechtsinstitution und der Ideologie in eindeutiger Weise zu erzählen vermag.

Gerichtliche Rezeption

Die gerichtliche Rezeption des vorgetragenen Sachverständigenberichts ist im Protokoll der Hauptverhandlung überliefert. Es sind hierzu insgesamt 16 Seiten vorhanden. Vor dem eigentlichen Vortrag entspannte sich eine Debatte um die Legitimität der Einsetzung des Gutachtens. Bereits am ersten Verhandlungstag, dem 2. Dezember, stellte Novaks Strafverteidiger Pippan die Zulässigkeit des Sachverständigen in Zweifel. Obgleich dem Protokoll mindestens die zwei ersten Seiten fehlen, lässt sich das raue Klima im Gerichtssaal erahnen. Da der vorsitzende Richter Oberlandesgerichtsrat Dr. Josef Scheday auf den bestehenden Ratskammerbeschluss verwies, wurde die Taktik rasch auf das Infragestellen von Schefflers Fachkompetenz umgestellt. Der Historiker musste auf Befragung über seinen momentanen Beruf, die Form der Ausübung und akademischen Werdegang Auskunft geben. Der Verteidiger erkundigte sich auch nach seiner finanziellen Lage, genauer, wovon er lebte und wodurch seine Studien finanziert wurden. Zwar fasste das Gericht vorerst den Beschluss über die Unzulässigkeit derartiger Fragen, Pippan warf jedoch in den Raum, dass Scheffler „[...] seinen Lebensunterhalt im wesentlichen [sic!] von einer Gutachtertätigkeit für jüdische Organisationen bestritten hat und von diesen unterstützt wurde, sodaß er meiner Meinung nach nicht als objektiver SV. (Sachverständiger, Anm.) gelten kann.“²⁰¹ Im Protokoll findet sich keine Art des Widerspruches des Vorsitzes. Den Vorwurf der Befangenheit wies der Historiker selbstverständlich zurück.

Die Verlesung des Gutachtens erfolgte am sechsten Verhandlungstag, dem 12. Dezember, im Rahmen des Beweisverfahrens. Knapp eine Woche später sollte der Prozess bereits enden. Das Protokoll begann an diesem Tag um 9:15 Uhr. Zuvor hatte noch eine Vernehmung des Angeklagten stattgefunden. Noch mitten in der Befragung des Sachverständigen um 14:00 Uhr fand ein Schriftführungswechsel statt. Nach Abzug aller anderen Vorgänge betrug die bloße Verlesung der 70 Seiten also ungefähr vier Stunden. Nach dem Vortrag erfolgte die Vernehmung des Historikers. Sie beschränkte sich im Wesentlichen neuerlich auf den Versuch des Rechtsanwalts, einen Teil ihres Bemühens gegen den Sachverständigenbeweis zu richten. Wie Tage zuvor, wurde zunächst wiederum die wissenschaftliche Qualifikation Schefflers

²⁰¹ Ebda., Protokoll der Hauptverhandlung, 02.12.1969, S. 3 – 4, ONr. 488, Bd. XV.

angezweifelt. Der Historiker musste wie beim letzten Mal Informationen geben und wies zugleich hin, dass er von Buchheim für diese Aufgabe vorgeschlagen wurde, da jener aus der Gutachtertätigkeit ausgeschieden war.²⁰² Der Verteidiger brachte auch dieses Mal die Behauptung hervor, dass Scheffler für das Gutachten von einer „Gruppe“ bezahlt worden sei. Dazu steht im Protokoll:

Vert. (Verteidiger, Anm.): Ich habe Informationen aus deutschen Verteidigerkreisen, daß Sie von Interessenten in die deutschen Prozesse eingeführt wurden.

Vors. (Vorsitzender, Anm.): Sie meinen also, ob der SV. von Juden für das Gutachten bezahlt werde?

Vert.: Wir haben gestern im Saal Ing. Wiesenthal gesehen. Es gibt in Deutschland auch interessierte Stellen und an sie habe ich gedacht.²⁰³

Der Verteidiger schloss an, dass in einer derartigen Frage keine „Diffamierung“ gelegen wäre, sondern es sich um eine Sache der Qualifikation und „Subjektivität“ gehandelt hätte. Bemerkenswert ist auch, dass Pippan in diesem Zusammenhang die Gutachten in dem damals noch laufenden „Contergankinder-Prozess“ nannte, die „völlig auseinandergefallen“ seien. Es hätte nach ihm nämlich die Möglichkeit bestanden, „[...] daß der eine Gutachter nach der einen, der andere Gutachter nach der anderen Seite tendiert.“²⁰⁴

Nach der StPO muss der Gerichtsvorsitz darüber wachen, dass niemand in einem Strafverfahren jemanden beleidigt, nicht sachdienliche oder aber unbegründete Beschuldigen hervorbringt.²⁰⁵ Die Behauptung, Scheffler wäre von „Juden“ bezahlt worden und der österreichische Zivilakteur Simon Wiesenthal wäre darin involviert gewesen, wurde offenbar für eine normale, jedenfalls aber für eine nicht zu rügende Aussage gehalten. Denn auch in diesem Fall erfolgte laut Protokoll kein Einwand, wodurch sich ein bedenkliches Bild über die österreichischen Nachkriegsjustiz abzeichnet. Denn neben Sühne und Prävention wurde in der Nachkriegsjustiz

²⁰² Ebda., Protokoll der Hauptverhandlung, 12.12.1969, S. 6, ONr. 488, Bd. XV. Die Bedeutung dieser Aussage bleibt heute allerdings unklar, da Buchheim knapp drei Jahre später im Wiener Prozess gegen die Gaskammer-Konstrukteure von Auschwitz Walter Dejaco und Fritz Karl Ertl ein Gutachten zur selben Frage vortragen wird.

²⁰³ Ebda., S. 7.

²⁰⁴ Ebda.

²⁰⁵ Bundesgesetzblatt, Strafprozeßordnung, XVIII. Hauptstück, Von der Hauptverhandlung vor den Gerichtshöfen erster Instanz und von den Rechtsmitteln gegen deren Urteile, I. Hauptverhandlung und Urteil, §235, online unter <https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1960_98_0/1960_98_0.pdf> (abgerufen am 18.09.2021).

immerhin auch darüber entschieden, welche Erinnerungen an die Verfolgung im „Dritten Reich“ in den Vordergrund und welche in den Hintergrund rücken sollten.²⁰⁶

Die weitere Befragung des Sachverständigen bezog sich auf die inhaltliche Ebene des Sachverständigenberichts. Die Taktik der Verteidigung äußerte sich nun im Bestreben, bestimmte Lücken und Schwachstellen durch Nachfragen aufzudecken. Pippan äußerte bereits am Titel des Gutachtens Kritik: „Soll das heißen, daß Sie aus historischer oder anderer Sicht den Begriff des Befehlsnotstandes leugnen?“²⁰⁷ Bezeichnend für den juristischen Kontext erscheint der Begriff des Leugnens, der im geschichtswissenschaftlichen Debatten kaum anzutreffen ist. Zwar wurden im Protokoll Fragen zum Teil nicht ausformuliert festgehalten. Scheinbar erkundigte sich der Anwalt jedoch anhand der protokollierten Antworten Schefflers längere Zeit hindurch über Möglichkeiten von Aburteilungen durch Disziplinarverfahren, der Bekanntheit von derartigen Fällen, dem Vorherrschen eines Putativnotstands und ähnliches mehr. Zum Großteil waren die Problematiken jedoch bereits Gegenstand des Gutachtens gewesen. Auch der Historiker und Sachverständige Hans-Günther Seraphim wurde nach einiger Zeit auf das Tapet gebracht. Die Intention des Anwalts war jedoch von vornherein nicht, eine breitere wissenschaftliche Debatte aufzuspannen, sondern Seraphims Standpunkt zum Zweck einer Schuldaussagung zu verwenden. Am Schluss legte die Verteidigung hierzu ein unbekanntes Gutachten als Beweismittel vor.²⁰⁸ Scheffler betonte indes immer wieder die Bedeutung einer historisch-methodischen Kontrollmöglichkeit. Die Forderung nach Prüfung und Kontrolle aller Quellen zieht sich wie ein roter Faden durch das Protokoll. Bis zum Schluss ging es schließlich um mehrere Detailfragen, die mehr oder weniger direkt die Strafsache trafen. Beinahe gegen Ende der Befragung gab Scheffler selbst auf eine leider nicht rekonstruierbare Erkundigung einen interessanten Einwand, dass Gerichte sich nämlich immer dann in schwierigen Positionen befunden hatten, wenn „[...] umfangreiche historische Einführungen für die Prozesse [nicht für, Anm.] eine Notwendigkeit allen ersten Ranges [...]“ gehalten worden waren. Insofern war nur das Material, das zufällig „über den Tisch“ ging, und nicht jenes, das in den Archiven schlummerte, zur Kenntnis genommen worden. Für den

²⁰⁶ Vgl. Edgar Wolfrum, „Täterbilder. Die Konstruktion der NS-Täter durch die deutsche Nachkriegsjustiz,“ in *Die lange Stunde Null. Gelenkter sozialer Wandel in Westdeutschland nach 1945*, hrsg. von Hans Braun, Uta Gerhardt, Everhard Holtmann (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007).

²⁰⁷ WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, Protokoll der Hauptverhandlung, 12.12.1969, S. 7, ONr. 488, Bd. XV.

²⁰⁸ Dieses sollte laut Protokoll der Hauptverhandlung zur Strafakte hinzugelegt worden sein, ist jedoch dort nicht auffindbar.

Sachverständigen stellte dies einen der Gründe dar, warum derartige Verfahren über längere Zeit „hingelegt wurden“.²⁰⁹

Die Richter, der Staatsanwalt, der Scheffler immerhin bestellt hatte, sowie Geschworene hatten laut Gerichtsprotokoll keinerlei Fragen. Fachliche Entgegnungen zum historischen Gegenstand fanden kaum statt. Im Grunde beschränkte sich die Rezeption der Ergebnisse also auf die Strategie des Anwalts, mögliche Bruchstellen des Gutachtens für den Unschuldsbeweis seines Mandanten zu finden. Soweit sich dies aus dem Protokoll herauslesen lässt, geschah dies auch auf untergriffige Weise. Auffallend ist das fehlende Eingreifen des Gerichtsvorsitzes in Bezug auf die latent antisemitischen Attacken. Dieser Umstand wirft ein spezifisches Licht darauf, dass Vorstellungen von angeblich jüdischen Verschwörungen zumindest im Gerichtssaal weitestgehend unwidersprochen blieben. Scheffler konnte, so viel aus dem Protokoll hervorgeht, die allermeisten Fragen souverän beantworten, wodurch ein deutliches Geschichtsbild gegen den allgemeinen Befehlsnotstand gewonnen wurde. Die Untersuchung der Rezeption gab insgesamt einen aufschlussreichen Eindruck darüber, welchen Manövern Zeitgeschichtler als Sachverständige vor Gericht in der österreichischen Nachkriegsjustiz mitunter ausgesetzt waren.

Wirkung auf das Urteil

Das Gutachten Schefflers als Beweismittel verbuchte einen gewissen Erfolg in der Verurteilung Novaks. Zwar berief sich der Angeklagte mehrere Male auf strenge Sitten in seinem Dienstbereich, wonach sowohl das Sprechen über dienstliche Angelegenheiten sowie die Hinwegsetzung über einen erteilten Befehl mit einer Gefahr, etwa der Einweisung in ein KZ, verbunden gewesen sei. Das Geschworenengericht befand jedoch anders. Am 18. Dezember 1969 urteilten die sieben Frauen und ein Mann wie folgt: in der Hauptfrage, ob Novak das „Verbrechen der öffentlichen Gewalttätigkeit“ nach Paragraph 87 StG begangen hatte, wurde einstimmig auf Schuld erkannt. Damit entfiel die Eventualfrage und die Zusatzfrage wurde wirksam, ob Novak bei der Tat „aus unwiderstehlichem Zwang“ gehandelt hatte. Hier billigten ihm in knapper Abstimmung drei einen Befehlsnotstand zu, während die restlichen fünf Stimmen jenen ausschlossen.²¹⁰ Die Niederschrift der Geschworenen begründete den

²⁰⁹ Ebda., Protokoll der Hauptverhandlung, 12.12.1969, S. 8, ONr. 488, Bd. XV.

²¹⁰ Ebda., Urteil gegen Franz Novak, 18.12.1969, S. 3, ONr. 489, Bd. XV.

Entscheid, wie es kurz formuliert heißt, auf Grundlage des Beweisverfahrens.²¹¹ Dadurch war Novak der Verbrechen schuldig. Bereits eine Stimmengleichheit hätte allerdings wie bereits drei Jahre zuvor zu einem neuerlichen Freispruch geführt. Der Gerichtssenat- und Geschworenensenat einigte sich auf ein Strafmaß in Höhe von neun Jahren schweren Kerker, einem „harten Lager“ und einem „Fasttag“ vierteljährlich. Die Vorhaft, dies waren bereits mehr als fünf abgesessene Jahre, wurde wie üblich angerechnet.²¹² Die Beantragung der Staatsanwaltschaft über eine sofortige Verhängung einer neuerlichen Haft wurde in Abstimmung durch Geschworene und Gerichtssenat allerdings abgewiesen.²¹³

Weshalb es trotz Gutachtens dennoch zu einer derart haarscharfen Abstimmung gekommen ist, bleibt letztendlich eine Variable von vielen. Möglicherweise ließen sich die übrigen Geschworenen nicht vom Gutachten überzeugen, da sie mit unterschiedlichen Erfahrungen in der Zeit des Nationalsozialismus konfrontiert waren, Allgemeinplätze in engsten Familien- und Freundeskreisen gehört oder sich mittlerweile mit Novak solidarisiert hatten.

Nichtigkeitsbeschwerde

Nach Abschluss der Hauptverhandlung war Schefflers Gutachten in weitere Vorgänge involviert. Nachfolgend wurde versucht, diese Vorgänge aus den Akten wiederzugeben. Bereits nach Urteilsverkündung am 18. Dezember 1969 meldete Novaks Verteidiger eine Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung an. Erst ein halbes Jahr später, am 18. Juni 1970, erfolgte die Ausführung des vierzig Seiten umfassenden Schriftsatzes. Von insgesamt sechs angeführten Nichtigkeitsgründen betraf bereits der zweite die Hinzuziehung Schefflers als Sachverständiger. Die Beanstandung entfaltete sich auf drei Seiten. Als rechtliche Grundlage wurde § 345, Ziffer 5 der StPO genannt. Diese besagte, dass eine Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden konnte, sobald Gesetze oder Grundsätze eines Verfahrens vernachlässigt oder falsch angewandt wurden. Novaks Vertretung gab erstens an, dass sich durch die Befragung in der Hauptverhandlung eine mangelhafte Qualifikation des Historikers herausgestellt habe. So sei er kein regulärer Universitätsprofessor, sondern angesichts einer „Art Forschungsprofessur“ lediglich ein Bezieher einer „gehobenen Form von Stipendium“. Zudem habe sich Scheffler als „Professor für das Fachgebiet der Psychopathologie“ bezeichnet, welche Behauptung

²¹¹ Ebda., Niederschrift der Geschworenen, 18.12.1969, ONr. 489, Bd. XV.

²¹² Ebda., Urteil gegen Franz Novak, 18.12.1969, S. 4, ONr. 489, Bd. XV.

²¹³ Ebda., Protokoll der Hauptverhandlung, 18.12.1969, S. 4, ONr. 488, Bd. XV.

tatsächlich aus dem Protokoll der Hauptverhandlung vom ersten Gerichtstag hervorgeht.²¹⁴ Diese Forschungstätigkeit bezog sich allerdings auf das Gebiet der „Endlösung der Judenfrage“²¹⁵, was in der Beschwerde freilich ausgeklammert wurde. Dies führte Pippan zum zweiten Anwendungsgrund. Aufgrund dieser dann doch zugebilligten wissenschaftlichen Fachkenntnis verweise der Sachverständigenbeweis auf ein „Ressort einer medizinischen Fakultät“.²¹⁶ Dadurch ist eine andere Gesetzeslage anwendbar, die bei Fehlern im Gutachten eine Expertise durch eine hiesige medizinische Fakultät vorsah. Ferner unterstreiche dies, wie „ungewöhnlich“ die Verwendung des nicht-österreichischen Sachverständigen war. Zudem gab es Pippan zufolge im Inland Historiker*innen „in ausreichender Zahl“, um dem Geschworenen „historisch bewiesene Tatsachen“ darzulegen.²¹⁷ Als dritte Verletzung der Verfahrensgrundsätze wurde die Ablehnung der Zulassung des „Universitätsprofessors Dr. Seraphim“ als Sachverständigen erachtet. Während Scheffler mit Geburtsjahr 1929 lediglich ein „perspektivisch verzerrtes Bild“ von den Kriegereignissen habe, sollte es sich bei Seraphim um einen „älteren und erfahreneren“ Historiker handeln.²¹⁸ Nach dieser Ansicht kann eine erworbene Expertise also niemals eine gleichwertige Stellung wie eine erlebte Zeug*innenschaft einnehmen, womit die Validität aller geschichtswissenschaftlichen Forschung in Frage gestellt wird. Der vierte Begründungspunkt bezog sich auf die Ablehnung des Einspruchs gegen die Verlesung eines Teils des Gutachtens. Im fünften Anführungspunkt begegnet der bereits von der Hauptverhandlung bekannte schärfere Ton. So sei das Gutachten schließlich „in mehreren Punkten sachlich unrichtig“. Dies solle, so die Argumentation weiter, jedoch nicht verwundern, da Scheffler die notwendigen Kenntnisse gefehlt hätten. Hierzu wurden zwei angebliche Mängel verortet. Einmal habe er einräumen müssen, dass es administrative, daher außergerichtliche, Bestrafungen gab. Dies habe sich bei der Nachfrage im „Fall Täubner“ erwiesen. Ein anderes Mal habe er „zugeben“ müssen, dass Abkommandierungen zu Bewährungseinheiten auch ohne vorherige Verurteilung durch die Handhabe Himmlers erfolgen konnten.²¹⁹ Es handelte sich dabei jedoch nicht um „Zugeständnisse“, sondern um Tatsachen, die im Vortrag ohnehin angesprochen worden waren. Es wurde auch nicht an antisemitischen Untergriffen gespart. Da der Zeitgeschichtlicher im Zuge der Befragung wiederum „zugegeben“ hat, dass er von Buchheim vom IfZ für diese

²¹⁴ Ebda., Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung gegen das Urteil vom 18. XII. 1969, 18.06.1970, S. 12, ONr. 510, Bd. XVI.

²¹⁵ Ebda., Protokoll der Hauptverhandlung, 2.12.1969, S. 3, ONr. 488, Bd. XV.

²¹⁶ Ebda., Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung, 18.06.1970, S. 12, ONr. 510, Bd. XVI.

²¹⁷ Ebda., S. 13.

²¹⁸ Ebda.

²¹⁹ Ebda., S. 14.

Aufgabe vorgeschlagen worden war, lag mutmaßlich von vornherein kein objektiver Sachverständigenbeweis vor. Dies liege laut Feststellung in der Ursache begründet, dass es sich beim IfZ um keine „objektive wissenschaftliche Institution“, sondern stattdessen um eine „reine Zweckinstitution“ handle, die obendrein von „jüdischen Organisationen gegründet“ worden sei. Da dadurch weder Scheffler als Gutachter noch seine Expertise als Beweismittel geeignet seien, bestätige sich der Nichtigkeitsgrund der Beschwerde laut Pippan in mehreren Hinsichten.²²⁰

Dass ein Beweismittel mit entscheidendem Charakter in einem gerichtlichen Verfahren zu einem Konfliktgegenstand wurde, ist angesichts der Natur eines Rechtsstreits zunächst nichts Ungewöhnliches. Der Blick auf Nichtigkeitsbeschwerde erlaubt jedoch ein aufschlussreiches Bild darüber, auf welche unsensible Weise dies in der Nachkriegsprozesse geschehen konnte. Die Auseinandersetzung über das Gutachten wirkt als erbitterte Aushandlung von geschichtlicher Wahrheit zwischen Gerichtsparteien, die in unterschiedlichen Disziplinen beheimatet waren, entgegengesetzte Ziele verfolgten und den Gegenstand aus divergierenden Perspektiven ausdeuteten. Dabei ging es um die Deutungshoheit und Kreditibilität der Erzählung über den Befehlsnotstand. Zudem stellte sich rasch heraus, dass sich dabei mehrere Male des Narratives eines „jüdischen“ Komplotts bedient wurde, um eine angebliche Befangenheit Schefflers zu beweisen. Dabei wurde bemerkenswerterweise nicht unbedingt eine codierte Sprache verwendet, sondern die Attacken und deren Bedeutung offen ausgesprochen. Es schwingt zudem dabei die problematische Vorstellung einer „Rache“ der Opfer des Holocausts mit. Sie verweist aber ebenso auf die Auffassung, dass sich gesetzt dem Fall eine tatsächlich „jüdische“ Wissenschaftsperspektive angeblich keinen objektiven Zugang zum Holocaust verschaffen könne.

Der Beschluss des Obersten Gerichtshofs in Wien, der das nicht rechtskräftige Urteil im Fall Novak am 8. März 1971 nun bereits zum dritten Mal aufgehoben und damit einen vierten Rechtsgang beauftragt hatte, nahm allerdings keine Stellung zum Nichtigkeits- und Beschwerdeantrag. Stattdessen waren bei der Rechtsmittelbelehrung für die Geschworenen derartige Fehler zum Nachteil des Angeklagten festgestellt worden waren, dass die Generalprokurator von sich aus einschreiten und einen Beschwerdeantrag anmelden musste.²²¹ Verteidiger Pippan hatte diesen Umstand bei seiner Beanstandung offensichtlich übersehen. Diese betrafen immerhin die Erklärungen der Zusatzfragen zu Befehls- und Putativnotstand. Der Wahrspruch der Geschworenen war zusätzlich unvollständig, da die Frage des irrtümlich

²²⁰ Ebda.

²²¹ Ebda., Beschluss des Obersten Gerichtshofes Wien, 08.03.1971, S. 15, ONr. 520, Bd. XVI.

angenommenen Notstands falscherweise unbeantwortet blieb. Daher entging der weiteren Analyse eine mögliche Stellungnahme der höhergestellten Instanz zur Einsetzung des Gutachtens.

Kosten

Da Sachverständigen durch gesetzliche Bestimmungen diverse Entgelte und Entschädigungen für ihre Tätigkeit vor Gericht zustanden, richtete Scheffler kurz nach dem Ende der Hauptverhandlung eine Note samt Abrechnung an das Landesgericht Wien. Dem eigenen Vorschlag zum Stundensatz für die Berechnungsgrundlage lag zugrunde:

[...] [dass] es sich bei der Auseinandersetzung mit Fragen des Befehlsnotstandes neben der fortlaufenden Beobachtung neuankommender Aktenbestände auch um die ständige Auseinandersetzung mit wissenschaftlichen Gutachten in anderen Verfahren und der wissenschaftlichen Lehre handelt [...].²²²

Daraus errechnete der Historiker „wie auch in anderen Verfahren“ und aufgrund der „recht schwierigen Materie“ einen Stundensatz für seine wissenschaftliche Arbeit in Höhe von 40 Deutsche Mark (DM). Hierzu lag dem Schreiben eine ausführliche „Aufstellung der Reise- und Arbeitsmittelkosten nebst Übersicht über die aufgewandte Arbeitszeit“ bei.²²³ Darin ist die Arbeitszeit mit 140 Stunden angegeben. Sie umfasste Aktenstudium und Vorbereitung für das Gutachten. Insgesamt erbat sich Scheffler die Überweisung eines Betrags von insgesamt 6.693,80 DM sowie 2.281,00 österreichischen Schilling (öS) auf sein Konto. Ein entsprechender Beschluss durch das Landesgericht erfolgte allerdings erst ein halbes Jahr später. Hierhin wurden alle dem Sachverständigen nach dem GAG abzugeltenden Gebühren aufgelistet: Aktenstudium, Entschädigung für Zeitversäumnis, Teilnahme an der Hauptverhandlung, „Erstattung eines nicht vorgesehenen schriftlichen Gutachtens über ausdrücklichen Antrag des Verteidigers“ sowie eines für die Hauptverhandlung, was den weitaus größten Posten ausmacht, Flug- und Taxikosten sowie andere Auslagen. Die auszuzahlende Endsumme nahm mit 947,80 DM sowie 43.315,00 öS eine beachtliche Höhe an.²²⁴ Nach damaliger Kaufkraft würde dies heute etwa dem Preis eines mittleren Neuwagens

²²² Ebda., Abrechnung von Dr. Wolfgang Scheffler an Dr. Joseph Scheday, 22.12.1969, ONr. 505, Bd. XVI.

²²³ Ebda., Anlage, Aufstellung der Reise- und Arbeitsmittelkosten nebst Übersicht über die aufgewandte Arbeitszeit für das erstattete Gutachten zum Befehlsnotstand im Verfahren gegen Franz Novak, 22.12.1969, ONr. 505, Bd. XVI.

²²⁴ Ebda., Beschluss, 29.06.1970, S. 2, ONr. 511a, Bd. XVI.

entsprechen.²²⁵ Scheffler wurde der Beschluss jedoch erst Ende August zugestellt und der fällige Betrag Anfang September ausgezahlt. Dies geht aus einer Beschwerdeführung vonseiten des Historikers vor, in welchem er auch aufgrund der erheblichen Dauer einen „Ausfallzins“ wünschte.²²⁶ Ende Jänner 1971 galt der Beanstandungsfall dann als erledigt. Richter Scheday verfasste eine entsprechende Note über die finale Abrechnung. Es wurde aber auch betont, dass „[...] Sie aber in der Endsumme mindestens, wenn nicht mehr, bekommen, als Sie beantragt haben.“²²⁷

Der Einblick über die Kosten eines Gutachtens lässt zwei Dinge erahnen. Einmal stellte die gutachterliche Tätigkeit für historisch Forschende eine attraktive, jedoch selbstverständlich unregelmäßige Einnahmequelle dar. Ein anderes Mal bedeutete sie im Falle einer Verfahrensniederlage für die jeweilige Partei eine kostspielige Angelegenheit, da nach StPO § 381 stets die beklagte Seite zur Tilgung angefallener Kosten verpflichtet war. Weil Novak vom Gericht aber mittlerweile als verarmte Person geführt wurde, trug wohl zum größten Teil der österreichische Fiskus die noch offenen Kosten.

Historische Rechtsgutachten zum Befehlsnotstand im kurzen Vergleich

Während in der bundesdeutschen Nachkriegsjustiz Historiker als Sachverständige einen festen Platz einnahmen – eine vollständige Übersicht existiert bislang noch nicht – ist dies für die österreichische Nachkriegsjustiz nicht der Fall. Es ist indes auch nicht auszuschließen, dass zahlreiche Prozesse mit der Hilfe von Gutachten womöglich einen anderen Ausgang genommen hätten. Denn mehr als die Hälfte davon endete mit teils blamablen Freisprüchen für die Täter, die unter anderem auf eklatante Missverständnisse über die damaligen Geschichtsverhältnisse hinweisen. Ein Gutachten bedeutete in der österreichischen Geschworenengerichtsbarkeit, wie noch zu zeigen sein wird, aber auch nicht immer eine sichere Verurteilung der Angeklagten. Die vorliegende Arbeit kann an dieser Stelle keine vergleichende Gesamtbetrachtung aller eingesetzten historischen Gutachten geben. Es ist allerdings davon auszugehen, dass in einer unbekannten Zahl von Verfahren den Straftaten teilweise oder vollständige Gutachten verschiedener Herkunft zur Frage des Befehlsnotstands beiliegen, die aber von ihren Verfassern

²²⁵ Vgl. Eurologisch, Österreichische Nationalbank, Historischer Währungsrechner, online unter <<https://www.eurologisch.at/docroot/waehrungsrechner/#/>> (abgerufen am 18.09.2021).

²²⁶ Ebda., Beschwerde Dr. Wolfgang Schefflers an das Oberlandesgericht Wien, 08.09.1970, ONr. 517, Bd. XVI.

²²⁷ Ebda., Note von Dr. Joseph Scheday an Dr. Wolfgang Scheffler, 21.01.1971, S. 2, ONr. 518, Bd. XVI.

nicht immer persönlich vorgetragen wurden. Dies ist etwa der Fall²²⁸ in der Strafsache gegen den Wiener Gaswagenfahrer Josef Wendl beim ehemaligen Einsatzkommando 8 (EK 8) in Mogilew, Weißrussland. Dort wurden im Rahmen des Beweisverfahrens selektiv Ausschnitte von Gutachten der beiden Sachverständigen Seraphim und Buchheim verlesen.²²⁹ Trotzdem kam es zu einem Freispruch aufgrund der Annahme eines angeblichen Putativnotstands. Im Strafverfahren gegen Dr. Franz Razesberger, den ehemaligen Kommandeur der Sipo und des SD (KdS) im ukrainischen Schytomyr, wurden Ermittlungen ebenfalls in Richtung des Befehlsnotstands erhoben. Dem Gericht wurde hierzu das vollständige Gutachten von Seraphim aus dem Ulmer Einsatzgruppen-Prozess von 1958 übermittelt, welches einen allgemeinen Befehlsnotstand für Angehörige der Einsatzgruppen ablehnt. Dieses wurde von der Staatsanwaltschaft beantragt und ebenfalls im Rahmen des Beweisverfahrens verlesen.²³⁰ Es kam allerdings zu keiner Verurteilung.

Persönlich als Sachverständige auf die Zeugenbank geladen wurde Buchheim im ersten österreichischen Auschwitz-Prozess gegen die österreichischen Gaskammer-Konstrukteure Walter Dejaco und Fritz Karl Ertl. Wahrscheinlich inspiriert vom großen Prozess in Frankfurt, der einen ersten großen Erfolg darstellte. Ihm wurde ebenfalls die Aufgabe zuteil, sich mit der Frage des Befehlsnotstands auseinanderzusetzen. Im selben Verfahren lag wiederum ein Gutachten von Seraphim vor, welches aber weder von diesem vorgetragen noch verlesen wurde. Nachfolgend wurden die beiden letzten erwähnten Gutachten von Buchheim und Seraphim im direkten Vergleich mit jenem von Scheffler untersucht, um ein einigermaßen aufschlussreiches Bild über die Situation der sachverständigen Zeitgeschichte in der österreichischen Nachkriegsjustiz zu gewinnen. Im Fokus standen dabei wiederum die wissenschaftliche Argumentationstechnik, Rezeption in der Verhandlung sowie Wirkung im Urteil.

²²⁸ Vgl. Kuretsidis-Haider, „Einsatz in Maly Trostinec“.

²²⁹ Diese recht kurzen Ausschnitte sind dem aufgrund der bundesdeutschen Strafprozessordnung stark unvollständigen Protokoll des Gerichtsverfahrens 1969 vor dem Landesgericht Kiel gegen die Kommandeure des EK 8, Heinz Hugo Richard Richter und Hans Karl Albert Hasse, entnommen worden. Vgl. C.F. Rüter, D.W. de Mildt, „Lfd. Nr. 702,“ in *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945 – 2012*, Bd. 32. Die vom 14.03.1969 bis zum 22.08.1969 ergangenen Strafurteile Lfd. Nr. 702 – 716, hrsg. von Fritz Bauer und Karl Dietrich Bracher (Amsterdam, München: Amsterdam Univ. Press, 2004), S. 1 – 5.

²³⁰ Das Gutachten wurde in der Anklageschrift als Beweismittel beantragt und wohl am letzten Verhandlungstag kurz vor Ende des Beweisverfahrens verlesen. Vgl. WStLA, 20 Vr 5774/60, Landesgericht für Strafsachen, Strafsache gegen Dr. Franz Razesberger, Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Wien gegen Dr. Franz Razesberger, 12.06.1961, S. 4, ONr. 103, Bd. V. und ebda., Protokoll der Hauptverhandlung, 25.07.1961, S. 1, ONr. 123, Bd. V.

Historisches Rechtsgutachten von Hans Buchheim

Am 17. August 1971 setzte sich das Landesgericht mit dem Historiker Buchheim vom Münchner IfZ in Kontakt.²³¹ Die Staatsanwaltschaft Wien bereitete gerade den ersten österreichischen Auschwitz-Prozess vor.²³² Nach einer Reihe von Ermittlungen gegen mehrere Verdächtige war schließlich Anklage gegen die Angehörigen der SS-Bauleitung und Konstrukteure der Gaskammern in den Lagerkomplexen Auschwitz-Birkenau, Walter Dejaco und Fritz Karl Ertl, erhoben worden. Der Prozess sollte im Frühjahr 1972 am Wiener Landesgericht anlaufen. Buchheim wurde damit sehr viel mehr Vorbereitungszeit eingeräumt als damals Scheffler. Der gesamte siebte Verhandlungstag am 28. Jänner wurde dem Sachverständigenbeweis gewidmet. Auch hier hatten beide Rechtsanwälte zunächst einige Einwände angemeldet. Im Gegensatz zu Novaks damaligem Strafverteidiger wurden allerdings inhaltliche Argumente eingesetzt. So wurde von der beklagten Seite unter anderem dargebracht, dass Geschichte niemals objektiv sein könne oder der Standpunkt Buchheims in der Veröffentlichung *Anatomie des SS-Staates* ohnehin hinlänglich bekannt ist. Besonders interessant erscheint dabei die Begründung des Rechtsanwaltes Dr. Winfried Mörth, der das Wesen der Zeitgeschichte darzulegen und damit den Vortrag eines Zeithistorikers als entbehrlich darzustellen versuchte:

Die Wissenschaft der Zeitgeschichte befasst sich eben mit Tatbeständen, die sich teilweise zusammensetzen aus historischen Tatsachen, teilweise aber auch zu einer Zeit, für die es noch lebende Zeugen und sonstige Möglichkeiten der Beweisaufnahme gibt.²³³

Beide Rechtsanwälte wünschten zur Frage des Befehlsnotstands statt einer Geschichts- eher eine Zeugenperspektive, die eine derartige Situation selbst durchlebt hatten. Fürderhin zeichnete Mörth eine künstliche Trennlinie entlang der nationalsozialistischen Geschichte zwischen Österreich und Deutschland. So sind die österreichischen Verhältnisse vor der „Machtergreifung im Jahre 1938“ – rhetorisch wohl ein absichtliches Ausweichen vor der Tatsache des jubelnden „Anschlusses“ – zu berücksichtigen, weshalb stattdessen auch der

²³¹ LG Wien, 20 Vr 3806/64, Beantragung Prof. Hans Buchheims als Sachverständigen durch das Landesgericht Wien, 17.08.1971, S. 1 – 2, ONr. 254, Bd. V.

²³² Die Strafsache gegen Dejaco und Ertl wurde bereits ausführlich ausgearbeitet. Vgl. Claudia Kuretsidis-Haider, Johannes Laimighofer, Siegfried Sanwald, „Auschwitz-Täter und die österreichische Nachkriegsjustiz,“ in *Täter. Österreichische Akteure im Nationalsozialismus*, hrsg. vom Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes (Wien: doew.at, 2014) und Adina Seeger, „Architekt von Auschwitz-Birkenau, Angeklagter im Wiener Auschwitz-Prozess. Fritz Ertl – Werdegang eines NS-Täters,“ *zeitgeschichte* 2, 42 (2015): S. 84 – 99.

²³³ LG Wien, 20 Vr 3806/64, Protokoll der Hauptverhandlung, 28.1.1971, S. 232, ONr. 484, Bd. VIII.

Professor für Zeitgeschichte an der Universität Wien, Ludwig Jedlicka, als Sachverständiger zu beantragen sei. Indes wurde auf Beschluss des Richtersenat dem Ablehnungsantrag der Verteidiger nicht stattgegeben. Über Jedlickas Hinzuziehung sollte zwar zu einem anderen Zeitpunkt entschieden werden, dazu kam es aber aus unbekannten Gründen nicht mehr. Für die Zulassungsbegründung legte der vorsitzende Richter Dr. Edgar Reisenleitner ähnlich wie knapp zehn Jahre zuvor Staatsanwalt Bauer ein Plädoyer für die historische Expertise im Gerichtsaal ab: Sachverständige bieten ein Bild über die damalige Situation, erlauben dem Gericht, darüber zu urteilen, und nehmen aus pragmatischer Sicht außerdem tiefgreifende historische Recherchearbeiten ab. Und wie Bauer schon damals mit Eindringlichkeit betonte, sollte Buchheim auch hier keinesfalls über die angeklagten Personen urteilen.²³⁴

Gleich danach durfte der Historiker mit seinem Vortrag beginnen, der, wie er gleich zu Anfang bemerkte, weitestgehend dem von ihm bereits veröffentlichten Material entsprang. Auch Buchheims Vortrag zielt insgesamt darauf ab, die Annahme eines allgemein vorherrschenden Befehlsnotstands zu negieren. Hierzu wählt er jedoch einen völlig anderen Zugang als einst Scheffler. Während letzterer sich dem Befehlsnotstand über die Rechtsinstitution der SS- und Polizeigerichtsbarkeit nähert, führte Buchheim seine Argumentation über staatsrechtliche Überlegungen zum nationalsozialistischen Führerregime. Hervorstechend ist, dass er im Gegensatz zu Scheffler hierzu eine geringe Zahl von zeitgenössischen Quellen zitiert. So nennt er im Vortrag etwa keine einzige Rechtsvorschrift, Anordnung oder Erlass.

Da der Bericht keinem eigenständigen schriftlichen Dokument zugrunde liegt, sondern lediglich über das Protokoll der Hauptverhandlung fixiert wurde, lässt sich Aufbau und Struktur lediglich im Nachhinein bestimmen. Jedoch lassen sich innerhalb der 52 Seiten umfassenden Niederschrift sechs größere Abschnitte erkennen, wogegen sich die Argumentation vor allem im letzten Teil befindet. Zusammenfassend reflektiert Buchheim ebenso wie Scheffler in einem Einführungsteil zunächst das allgemeine Wissen um den Befehlsnotstand, den Zweck eines Gutachtens und stellt einige Überlegungen zur Vorgehensweise der Geschichtswissenschaft an. Isoliert man die Zielsetzung des Vortrags:

[...] geht [es] um die Fragen, wo leitet sich der Anspruch auf Gehorsam in der SS überhaupt her, inwieweit waren die Befehlsempfänger vielleicht generell disponiert oder nicht disponiert, diese Befehle zu befolgen, welche Möglichkeiten boten sich

²³⁴ Ebda., S. 234.

generell, nicht im Einzelfall, sondern als generale (sic!) Feststellung, einem solchen Befehl sich vielleicht zu entziehen.²³⁵

Das Interesse des Vortrags soll sich also wie schon einst bei Scheffler um die damaligen Bedingungen drehen. Danach folgt ein größerer Block, der gleichsam die Vorarbeit für die Hauptargumentation bildet und eine Vorgeschichte zu SS, SD und Gestapo enthält. Buchheim richtet dabei seinen Fokus zunächst stark auf das Prinzip der nationalsozialistischen Herrschaft, ohne deren Kenntnis nach eigener Aussage der historische Blick auf die Möglichkeit des Befehlsnotstands verzerrt ist. In der Dualität des Herrschaftsanspruchs, bestehend aus normativer Staatlichkeit und außernormativer Führergewalt, erkennt er das Wesen des nationalsozialistischen Staates. Interessant ist dabei die Bemerkung, dass die Zeitgeschichte an dieser Stelle nicht interpretieren darf, sondern anhand der Quellen zeigen soll, „[...] daß das, was gesagt ist, damals so war, bzw. damals so verstanden wurde.“²³⁶ Diese Randbemerkung erinnert stark an das von Rank'sche Postulat über die Aufgabe der Geschichte, darüber zu schreiben, „wie sie eigentlich gewesen“.

Das Hauptargument der doppelbödigen Herrschaft gießt im dritten Abschnitt des Gutachtens das Fundament für die Ableitung, dass es im „Dritten Reich“ folglich auch zwei Arten von Befehlen gab: den „Befehl in Dienstsachen“ und den „Befehl in Weltanschauungssachen“.²³⁷ Dem Befehl in Dienstsachen lag eine gesetzliche und staatliche Normativität zugrunde, die ein legitimes Pflichtmoment für den Empfänger darstellte. Dem gegenüber stand der weltanschauliche Befehl auf außernormativer Basis, der sich aus einem politischen Zweck, der Ideologie und dem propagierten geschichtlichen Auftrag Adolf Hitlers ableitete. Hier kam laut Buchheim lediglich eine Treue-, nicht aber eine Gehorsamspflicht zu tragen. Die Weisung von außernormativen Befehlen, die etwa auf Vernichtung von Menschen abzielte, tauchte in Bereichen, Institutionen und Organisationen auf, deren Aufgabe in erster Linie die „Endlösung“ war.²³⁸ Darunter insbesondere die SS, die mehrmals als „Führerexekutive“ bezeichnet wird. Der Sachverständige vertritt den Standpunkt, dass der Beitritt zu derartigen Verbänden freiwillig und konsensual erfolgte und demzufolge keine staatsbürgerliche Pflicht darstellte.²³⁹

²³⁵ Ebda., S. 238.

²³⁶ Ebda., S. 241.

²³⁷ Ebda., S. 259.

²³⁸ Ebda., S. 255.

²³⁹ Ebda., S. 258 – 259.

Buchheim zählt das WVHA ebenfalls zur „Führerexekutive“ hinzu²⁴⁰, welches ab 1940 für die angeklagten Dejaco und Ertl die übergeordnete Dienststelle darstellte.

Der vierte, recht kurze Abschnitt handelt vom Unrechtsbewusstsein der Täter*innen. Wie auch schon im Frankfurter Auschwitz-Prozess greift Buchheim die These des „suspendierten Unrechtsbewusstseins“ auf. Demnach verfügten die Männer der SS eine Gewissheit über Recht und Unrecht, welche aber in Fällen „politischer Aufträge“ ausgesetzt wurde. Erleichtert wurde die Aussetzung durch Abwertung von Menschengruppen, Kriegspropaganda oder der Tatsache, dass zahlreiche Verbrechen oftmals weit weg vom eigenen sozialen Umfeld stattfanden.²⁴¹

Im fünften Teil des Vortrags wird nach der Möglichkeit der Verweigerung eines Weltanschauungsbefehls gefragt. Anhand dreier Beispiele konnte man sich bei geschicktem Verhalten und ein wenig Erfahrung vom verbrecherischen Befehl entziehen. Die Berufung auf den § 47 des MStGB gehörte allerdings nicht dazu, weil Buchheim ein solches Vorgehen sogar für gefährlich hält.²⁴² Hier bemüht er stattdessen das Beispiel, Vernichtungsbefehle erfolgreich zu umgehen, anhand des SS-Arztes Kurt Blomes.²⁴³

Im letzten Abschnitt werden die bisherigen Ergebnisse reflektiert. Insgesamt, so der Historiker, sind weder Fälle von Einweisungen von SS-Angehörigen in Lager bekannt, noch verfügten Hauptamtschefs oder Kommandeure die unmittelbare Macht über Leben und Tod. Die SS ging nicht in derselben Weise wie gegen Außerhalb auch gegen Innerhalb vor.²⁴⁴ Dieselbe Aussage benutzte Scheffler mehrmals auch in seinem Gutachten. Warum sich letztlich kaum Männer gegen verbrecherische Befehle wandten, erklärt Buchheim pointiert, allerdings auch zu vereinfacht durch eine „[...] mangelnde Kraft, sich gegen den Trend, sich gegen bestimmte Prinzipien der sozialen Umwelt zu stellen.“²⁴⁵

Auf das Ende des Vortrags folgte die Befragung des Sachverständigen. Sie dauerte mehr als zwei Stunden und damit deutlich länger als jene von Scheffler. Hier offenbarte sich zudem ein großes Interesse aller Gerichtsparteien. Zunächst regte der vorsitzende Richter einige Fragen an und daran anschließend Staatsanwalt Dr. Hugo Kressnik. Dabei stellte sich heraus, dass beide gut informiert waren, die Besonderheiten derartiger Verfahren kannten und daher

²⁴⁰ Ebda., S. 254.

²⁴¹ Ebda., S. 272.

²⁴² Ebda., S. 275.

²⁴³ Es ist bekannt, dass dieser bei Gauleiter Arthur Greiser interveniert hatte, weshalb der Plan, mehrere tausend polnische Tuberkulosekranke zu vergasen, vorerst nicht verwirklicht wurde. Allerdings tat er dies nicht aus Gewissensgründen, sondern um alliierter Kriegspropaganda über deutsche Verbrechen keine Grundlage zu bieten.

²⁴⁴ Ebda., S. 281.

²⁴⁵ Ebda., S. 285.

einige teils spezifische Fragen aufwarfen. Die meiste Zeit der Anhörung beanspruchten jedoch beide Anwälte Dr. Franz Obenaus und Mörth. Beide bohrten intensiv. So wurde nach der Einführung der SS- und Polizeigerichtsbarkeit gefragt, ob Rekruten der § 47 des MStGB beigebracht wurde oder wie viele inhaftierte SS-Angehörige im Straflager Danzig-Matzkau umkamen, um nur wenige von vielen Fragen zu nennen. Da die Situation aber rasch einem Schulexamen zu gleichen schien, wird die mehr und mehr defensiv werdende Haltung des Historikers sichtbar. So bat er nach einiger Zeit, „[...] mich über solche Dinge nicht mehr zu befragen, denn sie sind ja auch nicht Gegenstand meiner Sachverständigentätigkeit. Das ist auch nicht in der Ladung gestanden, daß ich darüber vernommen werde.“²⁴⁶ Verglichen mit der damaligen Anhörung Schefflers ließ sich Buchheim hier gelegentlich in die Ecke drängen.

Nach mehr als fünf Wochen wurde im ersten österreichischen Auschwitz-Prozess ein Urteil gefällt, das jedoch blamabel ausfiel. Beide Angeklagte wurden in beinahe jedem Punkt einstimmig in den ihnen zur Last gelegten Anklagepunkten für unschuldig erkannt. Insofern entfielen alle Zusatzfragen. Übrig blieb nur eine in Bezug auf das Handeln im Befehlsnotstand. Denn lediglich Ertl wurde in Beihilfe zu Mord eine Schuld zugesprochen. Hier einigten sich die Geschworenen jedoch mit voller Stimmenanzahl, dass er unter einem angeblichen Zwang gehandelt habe, der sich aus den „Befehlsverhältnissen der SS“ ergeben sollte.²⁴⁷ Bemerkenswert ist die Begründung der Geschworenen. So heißt es:

Diese Zusatzfrage wurde einstimmig bejaht. Außerdem hat der Angeklagte Ertl nach Kenntniserhalt über die Vorgänge in Auschwitz-Birkenau, die Planungsdurchführungen zu verzögern versucht, auch sich bemüht von Auschwitz wegzukommen, was ihm schließlich auch gelang. Die Gesamtbeurteilung der Persönlichkeit Ertls ergab ein für ihn durchaus positives Bild.²⁴⁸

Insofern lassen sich zwei Dinge sagen. Erstens hatte Buchheims Darstellung über den Ausschluss eines Befehlsnotstands anscheinend keinerlei Wirkung auf die Geschworenen ausgeübt. Zweitens, was jedoch ungleich schwerer liegt, wurde die rechtliche Situation des Befehlsnotstands offensichtlich missverstanden, aber vom Gericht nicht ausgebessert.

²⁴⁶ Ebda., S. 321.

²⁴⁷ Ebda., Fragen an die Geschworenen, 10.03.1972, S. 8, ONr. 484, Bd. IX.

²⁴⁸ Ebda., Niederschrift der Geschworenen, 10.03.1972, S. 2, ONr. 484, Bd. IX.

Historisches Rechtsgutachten von Hans-Günther Seraphim

In der oben bereits erwähnten Strafsache gegen Dejaco und Ertl enthält die Strafakte auch ein Gutachten Hans-Günther Seraphims. Es handelt sich um ein eigenständiges Dokument im Umfang von 33 Seiten, das einst auf das Verfahren im Jahr 1966 vor dem Landgericht in Essen in der Strafsache „Matschke u.a.“ wegen Verbrechen der Einsatzgruppen zugeschnitten war.²⁴⁹

In der Aktenübersicht vermerkt eine Kurznotiz, dass das Gutachten am 6. März, das heißt zwischen den Verhandlungstagen, als Ablichtung durch den Strafverteidiger Mörth eingebracht wurde. Es kam jedoch zu keiner nachweislichen Verwendung.

Der schriftliche Bericht mit dem Titel „Zeitgeschichtliches Gutachten“ weist eine klare Struktur auf. Mit vier Teilen wird auf einen abschließend fünften zugearbeitet, der die Frage des Befehlsnotstands für Angehörige der Einsatzgruppen behandelt. Wie in den beiden anderen Gutachten auch existiert eine kompakte Vorbemerkung. Wie schon Scheffler und Buchheim betonten, unterstreicht auch Seraphim das unterschiedliche Vorgehen der Geschichte und Justiz: erstere betrachtet Einzelfälle stets im Gesamtzusammenhang, letztere stellt jene wiederum an den Ausgangspunkt ihres Urteils.²⁵⁰

Im ersten Abschnitt widmet sich das Gutachten dem öffentlichen Leben im nationalsozialistischen Deutschland. Auffällig erscheint, dass zu diesem Zweck das Bild einer Unterdrückungsherrschaft gemalt wird, die nicht nur die als „jüdisch“ oder anderweitig markierten Personen betraf. Permanente Propaganda in den Zeitungen, die Seraphim untersucht hat, allseitiges Misstrauen sowie letztlich rohe Gewalt zur Akzeptanz des Regimes prägten den Alltag „[...] des überwiegenden Teils des deutschen Volkes. Auf der anderen Seite standen jene, die als Vollstrecker des Willens der NSDAP [...] Träger der Gewaltmaßnahmen und des Terrors waren.“²⁵¹ Seraphim erwähnt dabei mit keinem Wort die allgemeine Unterstützung des Nationalsozialismus. Eine kurze Geschichte der SS und des SD bildet das Thema des zweiten Abschnitts. Sie sorgten, so Seraphim, für Angst und Unsicherheit im Reich. Daran anschließend handelt der dritte Abschnitt von der SS- und Polizeigerichtsbarkeit für die Angehörigen der

²⁴⁹ Bei dem Strafprozess handelte es sich um ehemalige Angehörige des *Sonderkommandos 7a* des Chefs der Sipo und des SD, welches der *Einsatzgruppe B* unterstellt war. Verbrechensgegenstand waren mehr als 800 Ermordungen von Jüd*innen, Sinti*zze und Rom*nja im Bereich des besetzten Weißrusslands. Vgl. C.F. Rüter, D.W. de Mildt, „Lfd. Nr. 620,“ in *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945 – 2012*, Bd. 23. Die vom 01.01.1966 bis zum 06.07.1966 ergangenen Strafurteile Lfd. Nr. 617 – 634, hrsg. von Fritz Bauer und Karl Dietrich Bracher (Amsterdam, München: Amsterdam Univ. Press, 1998), S. 128 – 129.

²⁵⁰ WStLA, 27c Vr 3806/64, Landesgericht für Strafsachen, Gutachten mit Titel „Zeitgeschichtliches Gutachten dem Schwurgericht beim Landgericht Essen im Verfahren gegen Matschke u.a. erstattet von Dr. Hans-Günther Seraphim. 1966“, o.D., S. 1, ONr. 592, Bd. X.

²⁵¹ Ebda., S. 5.

Einsatzgruppen. Es ist kurzgefasst und umfasst alle wesentlichen Eckdaten. Im Vergleich zu Schefflers Ausführungen, die sich zuweilen in einigen Details verloren, gelingt Seraphim insgesamt aber eine sowohl übersichtlichere als auch verständlichere Gestaltung. Der Schwerpunkt der im Gutachten verwendeten Quellen befindet sich ferner im vierten Abschnitt. Darin wird die Entwicklung, Grundlagen und Aufgaben der Einsatzgruppen im besetzten Osteuropa geschildert. Es werden hierfür Dokumente der wichtigsten an der Vernichtung beteiligten Akteure zur Argumentation herangezogen, die aus dem unmittelbaren Nahbereich Adolf Hitlers stammen und Auskunft über dessen Mentalität geben sollen. Darunter werden kurze Ausschnitte von Befehlen des Oberkommandos des Heeres (OKH), Tagebucheinträgen vom Chef des Generalstabes des Heeres Franz Halder oder Anweisungen des RF-SS Himmler wiedergegeben. In diesem Rahmen vertritt Seraphim zugleich die These, dass der ursprüngliche Vernichtungsbefehl zur „Endlösung der Judenfrage“ wohl erst Mitte Juli 1941 von Hitler an Himmler mündlich erteilt worden sei und nicht schon vor Beginn des deutschen Vernichtungsfeldzuges gegen die Sowjetunion.²⁵²

Die Frage des Befehlsnotstands innerhalb der Einsatzgruppen als „wichtigstes Problem dieses Gutachtens“ wickelt Seraphim im letzten Abschnitt ab. Bei Ungehorsam kamen zwei Grundlagen zur Geltung: die außergerichtliche Dienststrafgewalt, die den Führern der Einsatzgruppen zuteilwurde, sowie die Sondergerichtsbarkeit. Eine Besonderheit war jedoch, dass gegen Sipo- und SD-Angehörige des RSHA aufgrund der Sonderregelung intern durch SD-Untersuchungsführer ermittelt werden konnte, sodass eingeleitete Verfahren zunächst außerhalb der Kenntnis der SS-Juristen blieben. Der Sachverständige geht aber nur dann von einem Befehlsnotstand aus, wenn der verbrecherische Befehl als Rechtswidrigkeit vom Empfänger erkannt wurde, dass er sich dessen nicht ohne Lebensgefahr entziehen konnte oder dies zumindest annahm.²⁵³ Seraphim verwendet in diesem Rahmen die Mittelungen über die SS- und Polizeigerichtsbarkeit, die er als Pflichtenlehre zu bezeichnen pflegt. Darin zitiert wird die vollständige „Ziffer 3 c“, die bei mehreren Gehorsamsverletzungen die Möglichkeit eines Gerichtsverfahrens oder im Krieg die Todesstrafe in Aussicht stellte. Dies wird vom Sachverständigen als Grundlage für einen Befehlsnotstand aufgefasst.²⁵⁴ Allerdings ist aus zwei Gründen nicht gegen Befehlsverweigerer prozessiert worden. Seraphim sieht den ersten Grund in der Geheimhaltung. Eine größere Personengruppe hätte dadurch von den nationalsozialistischen Verbrechen Kenntnis erlangt, die einer Geheimhaltung unterlagen. Zum

²⁵² Ebda., S. 22.

²⁵³ Ebda., S. 28.

²⁵⁴ Ebda., S. 30.

zweiten hätte die Gefahr bestanden, dass der Angeklagte den § 47 des MStGB zu Hilfe genommen hätte. Über die Widerrechtlichkeit einer Führerweisung wäre zu entscheiden gewesen.²⁵⁵ Einige Jahre später wird Scheffler den Beweis erbringen, dass die SS- und Polizeigerichte sehr wohl über die Massenmorde Bescheid wussten. Laut Seraphim ist es aber nie zu Verfahren gekommen, weshalb auch keine Befehlsnotstände dokumentiert sind. Stattdessen wurden derartige Fälle der administrativen Regelung übergeben, welche Strafe dann weitestgehend von der Gnade und Ungnade des Vorgesetzten abhing. Und „[...] es braucht kaum gesagt zu werden, daß jene, die etwa solche administrativen Regelungen durchführten, sich hüten werden, davon zu sprechen.“²⁵⁶ Jedenfalls aber herrschte, so unterstellt der Sachverständige ferner, innerhalb der Sipo eine Vorstellung über „schärfste Maßnahmen und schwerste Folgen“ bei Protest. Ungehorsam hat stets Ungewissheit bedeutet, weshalb der Sachverständige also zumindest von einem Putativnotstand ausgeht. Sich für oder gegen die Ausführung eines verbrecherischen Befehls zu entscheiden, hält er jedenfalls für „unerhört schwer“.²⁵⁷ Das disputable Gutachten schließt mit nachfolgender Bemerkung, die er als wichtigste Überlegung überhaupt bezeichnet: „Die Frage war ganz einfach, ob man bereit war und den Mut aufbrachte, um seines Gewissens willen alles aufs Spiel zu setzen.“²⁵⁸

Betrachtet man die drei Gutachten von Buchheim, Scheffler und Seraphim zum Befehlsnotstand gegeneinander, wird mehreres sichtbar. Zunächst handelte es sich bei den Sachverständigen ausschließlich um Vertreter der bundesdeutschen Zeitgeschichte, die jedoch als die wenigen Experten ihrer Gegenwart galten, erwartbar gut mit den Sachverhalten umgehen konnten, aber teils unterschiedliche Ansätze zur Problemlösung vertraten. Die österreichische Zeitgeschichte beteiligte sich an derartigen Verfahren nicht. Ferner gab es nur in einem der drei beobachteten Fälle eine auf die Besonderheiten eines einzelnen Verfahrens zugeschnittene Expertise. Scheffler fertigte hierzu in kurzer Zeit eine eigenständige Darstellung an, während Buchheim lediglich die Ergebnisse seiner bisherigen Forschung wiedergab und Seraphims Gutachten an sich einen völlig fremden Gegenstand behandelte. Allerdings sprachen nur Buchheim und Scheffler persönlich vor. Über die Verwendung von Seraphims Gutachten ist nichts überliefert. Hinsichtlich der Geschichtsforschung deckten sich die Einschätzungen über Situationen von Befehlsnotständen sowohl bei Buchheim als auch bei Scheffler. Beide argumentierten auf unterschiedlichen Ebenen gegen die Annahme eines allgemeinen Notstands.

²⁵⁵ Ebda., S. 31.

²⁵⁶ Ebda.

²⁵⁷ Ebda., S. 32 – 33.

²⁵⁸ Ebda., S. 33.

Seraphims Gutachten nahm eine oppositionelle Position ein. Angesichts der aus Täter*innensicht durchaus günstigen Beurteilung wird auch der Grund deutlich, weshalb seine Person als Sachverständiger bei Strafverteidigern und Angeklagten eine gewisse „Beliebtheit“ genoss. Alle drei Sachverständige pflegten in ihren Gutachten wissenschaftliche Standards, die sich unter anderem in nachvollziehbaren Schritten oder strukturiertem Aufbau niederschlugen. Seraphim, aber im besonderen Ausmaß Scheffler, arbeiteten dazu nah an den historischen Quellen und bemühten die gesamte greifbare Dokumentenlage. Dadurch konnten die Argumente besonders gut untermauert werden. Jedoch gelang es Seraphim, ein rhetorisch gelungenes, leicht verständliches und prägnantes Gutachten abzufassen. Scheffler hingegen verlor sich in seiner breiten Darstellung in einigen Details. Eine gerichtliche Rezeption der drei betrachteten Berichte kann nur für zwei Fälle nachgewiesen werden. Nicht immer standen dabei die wissenschaftlichen Inhalte der Gutachten im Mittelpunkt. Während Scheffler mit antisemitischem Unterton angegriffen wurde, musste sich hingegen Buchheim teils speziellen, aber inhaltlichen Fragen aller Gerichtsparteien stellen. In beiden Fällen versuchten die Strafverteidiger mit ihrer anwaltlichen Strategie, die Historiker nicht mit einer wissenschaftlichen Diskussion herauszufordern, sondern sie vielmehr in Kleinigkeiten zu verwickeln. Ein historisches Gutachten, das vom Befehlsnotstand nicht als Tatsache ausging, musste vor österreichischen Schwurgerichten nicht zwangsläufig eine Verurteilung für die Täter bedeuten. Das zeigt etwa das Beispiel des persönlichen Vortrags von Buchheim, von dem sich die Geschworenen für die Urteilsfindung nicht überzeugen ließen.

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung

Die Analyse des historischen Rechtsgutachtens von Wolfgang Scheffler für die dritte Hauptverhandlung gegen den Transportoffizier Franz Novak gab einen ausschnittartigen Einblick auf die Tätigkeit der gutachterlichen bundesdeutschen Zeitgeschichte in der österreichischen Nachkriegsjustiz. Der vom Gericht aufgeworfenen Frage des Befehlsnotstands, den der Angeklagte mehrmals für sich beteuert hatte, wurde vom Sachverständigen mit einem schriftlichen Rechtsgutachten und mündlichen Vortrag auf umfangreiche Weise, mit zahlreichem Quellenmaterial und mit einem starken geschichtlichen Narrativ begegnet. Bereits am großen Umfang der Darstellung, die nahezu jeden Aspekt des Befehlsnotstands zu berühren versucht, wird das Bemühen Schefflers sichtbar, die historischen Hintergründe aufzuklären. Der allgemeinen Annahme einer Zwangs- und Gefahrenlage für

Untergebene der SS, des SD und der Polizei wurde mit einer dreistufigen Argumentationsstrategie eine klare Absage erteilt. Allgemeinplätze, Irrtümer oder Mythen wurde mit Fakten entgegengetreten. Scheffler sprach zuweilen den Angeklagten und seine Rolle im Vernichtungsapparat auf indirekte Weise an. Des Öfteren wurden aber Begriffe, Namen oder Theorien aus dem Jargon ohne nähere Erklärungen verwendet, was die Verständlichkeit der historischen Erzählung für die Geschworenen mitunter getrübt haben könnte. Der Sachverständigenbeweis war während der Befragung nicht nur inhaltlichen Entgegnungen, sondern auch persönlichen Attacken und antisemitischen Untergriffen durch die Strafverteidigung ausgesetzt. Sachverständiger Scheffler konnte seine Argumente allerdings souverän verteidigen. Im Rahmen der Urteilsfindung durch das Geschworenengericht zeigte das Gutachten Wirkung. Der Befehlsnotstand wurde in knapper Mehrheit verneint, weshalb der Angeklagte für seine Verbrechen für schuldig befunden wurde.

Wurden in der österreichischen Nachkriegsjustiz zwischen 1956 und 1975 historische Rechtsgutachten zur Frage des Befehlsnotstands eingesetzt, zeigte der Vergleich, dass es sich dabei ausnahmslos um Vertreter der bundesdeutschen Zeitgeschichtsperspektive gehandelt hatte. Der österreichischen Zeitgeschichte, die sich vergleichsweise spät etabliert hat, kamen hierbei keine verantwortungsvollen Aufgaben zu. Insgesamt betrachtet spielte die gutachterliche Zeitgeschichte hierzulande aber nur eine untergeordnete Rolle. In nur zwei Verfahren wurden von der Staatsanwaltschaft mit Wolfgang Scheffler und Hans Buchheim Historiker persönlich vor Gerichte geladen. Letzterer behandelte wie Scheffler ebenfalls die Frage des Befehlsnotstands. Seine Expertise überzeugte den Geschworenensenat allerdings nicht. Ein Freispruch wegen „unwiderstehlichen Zwangs“ konnte nicht verhindert werden. In einer Handvoll anderer Verfahren wurden schriftliche Gutachten aus bereits abgeschlossenen Nachkriegsverfahren in der Bundesrepublik angefordert, die aber mitunter auf anders gelagerte Gegenstände zugeschnitten waren. Sie dienten dann lediglich der Recherche im Zuge von Ermittlungsarbeiten, weshalb sie auch hier kein Gewicht auf die Urteile ausübten. Ihre Ergebnisse wurden schlicht nicht wahrgenommen oder aber bewusst ausgeklammert. Insofern ist Schefflers historisches Gutachten das einzige, welches zwar erfolgreich Einfluss auf den Schuldspruch ausübte, der aber aufgrund der politischen Situation des „Schlussstriches“ effektiv keine Wirkung entfaltete. Novak blieb seit seiner Haftentlassung trotz zeitgeschichtlicher Expertise als auch materieller Indizien bis zu seinem Tod ein freier Mann.

Quellen- und Literaturverzeichnis

Primärquellen

- WStLA, 20 Vr 2729/63, Landesgericht für Strafsachen, Strafsache gegen Franz Novak, I. – XIX.
- WStLA, 20 Vr 5774/60, Landesgericht für Strafsachen, Strafsache gegen Dr. Franz Razesberger, Bd. I. – V.
- WStLA, 27c Vr 3806/64, Landesgericht für Strafsachen, Strafsache gegen Walter Dejaco und Fritz Karl Ertl, Bd. I. – XI.
- ORF, Multimediales Archiv, Der Standpunkt, Befehl ist Befehl? (Gestaltung: Herbert Hauk), 21.01.1967.
- Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Jahrgang 1960, Ausgegeben am 12. Mai 1960, Kundmachung der Bundesregierung vom 20. April 1960 über die Wiederverlautbarung der Österreichischen Strafprozeßordnung 1945, online unter https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1960_98_0/1960_98_0.pdf (abgerufen am 18.09.2021).
- Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich, Jahrgang 1965, Ausgegeben am 14. Juli 1965, Kundmachung der Bundesregierung vom 1. Juni 1965 über die Wiederverlautbarung des Gebührenanspruchsgesetzes, online unter https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1965_179_0/1965_179_0.pdf (abgerufen am 18.09.2021).
- Österreichische Staatskanzlei, *Österreichisches Strafgesetz*. Wien: Österreichische Staatsdruckerei, 1945.

Sekundärliteratur

- Beeker, Malte. „Führerbefehl‘ und ‚suspendiertes Unrechtsbewusstsein‘? Das zeitgeschichtliche Gutachten Hans Buchheims im Auschwitz-Prozess und seine strafrechtswissenschaftliche Rezeption.“ *Zeitschrift für Geschichtswissenschaft* 64, 5 (2016): 464 – 483.
- Broszat, Martin. „Juristische und zeitgeschichtliche Bewältigung der Vergangenheit (1976).“ In *Nach Hitler. Der schwierige Umgang mit unserer Geschichte. Beiträge von*

- Martin Broszat*, hrsg. von Hermann Graml und Klaus-Dietmar Henke, S. 42 – 49. München: Oldenburg, 1987.
- Buchheim, Hans. “Befehl und Gehorsam.“ In *Anatomie des SS-Staates. Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte*, 7. Auflage, hrsg. von Hans Buchheim, Martin Broszat, Hans-Adolf Jacobsen und Helmut Krausnick, S. 215 – 320. München: Deutscher Taschenbuch Verlag, 1999.
 - Die Außenstelle Ludwigsburg. “Aus den Akten: NS-Verbrechen, totalitäre Herrschaft und individuelle Verantwortlichkeit. Das Problem des sog. Befehlsnotstandes.“ *Mitteilungen aus dem Bundesarchiv* (2008): S. 63 – 69.
 - Frei, Norbert. “Der Frankfurter Auschwitz-Prozeß und die deutsche Zeitgeschichtsforschung.“ In *Auschwitz. Geschichte, Rezeption und Wirkung. Jahrbuch zur Geschichte und Wirkung des Holocaust*, hrsg. von Fritz Bauer Institut, S. 123 – 138. Frankfurt, New York: Campus Verlag, 1996.
 - Friedländer, Henry. “Der deutsche Strafprozeß als historische Quelle.“ In *Keine „Abrechnung“. NS-Verbrechen, Justiz und Gesellschaft in Europa nach 1945*, hrsg. von Claudia Kuretsidis-Haider und Winfried R. Garscha, S. 280 – 284. Leipzig, Wien: Akademische Verlagsanstalt, 1998.
 - Gallhuber, Heinrich. “Anmerkungen zur Arbeit mit gerichtlichen Strafakten in der zeitgeschichtlichen Forschung (Teil 1)“ *Rundbrief, Verein zur Erforschung nationalsozialistischer Gewaltverbrechen und ihrer Aufarbeitung, Verein zur Förderung Justizgeschichtlicher Forschungen* 1 (1999): S. 6 – 9.
 - Haberer, Eric. “History and Justice. Paradigms of the Prosecution of Nazi Crimes.“ *Holocaust and Genocide Studies* Vol. 19, 3 (2005): S. 487 – 519.
 - Halbmayr, Brigitte. *Zeitlebens konsequent. Hermann Langbein 1912 – 1995. Eine politische Biographie*. Wien: Braumüller, 2012.
 - Holpfer, Eva, Loitfellner, Sabine. “Holocaustprozesse wegen Massenerschießungen und Verbrechen in Lagern im Osten vor österreichischen Geschworenengerichten. Annäherung an ein unerforschtes Thema.“ In *Holocaust und Kriegsverbrechen vor Gericht. Der Fall Österreich*, hrsg. von Thomas Albrich, Winfried R. Garscha, Martin F. Polaschek, S. 87 – 126. Innsbruck, Wien, Bozen: Studienverlag, 2006.
 - Holpfer, Eva. “Ich war nichts anderes als ein kleiner Sachbearbeiter von Eichmann‘. Die justizielle Ahndung von Deportationsverbrechen in Österreich.“ In *Holocaust und Kriegsverbrechen vor Gericht. Der Fall Österreich*, hrsg. von Thomas Albrich, Winfried

- R. Garscha, Martin F. Polaschek, S. 151 – 182. Innsbruck, Wien, Bozen: Studienverlag, 2006.
- Jäger, Herbert. *Verbrechen unter totalitärer Herrschaft. Studien zur nationalsozialistischen Gewaltkriminalität*. Olten: Walter-Verlag, 1967.
 - Just-Dahlmann, Barbara, Just, Helmut. *Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945*. Frankfurt a. M.: Athenäum, 1988.
 - Kuretsidis-Haider, Claudia. „*Das Volk sitzt zu Gericht*“. *Österreichische Justiz und NS-Verbrechen am Beispiel der Engerau-Prozesse 1945 – 1954*. Innsbruck, Wien, Bozen: Studienverlag, 2006.
 - Kuretsidis-Haider, Claudia, Garscha, Winfried R. „Gerechtigkeit nach Diktatur und Krieg. Entnazifizierung, Nachkriegsprozesse und ‚Wiedergutmachung‘ als Transitional Justice.“ *Mitteilungen, DÖW, Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes* 197 (2010): S. 1 – 12.
 - Kuretsidis-Haider, Claudia, Laimighofer, Johannes, Sanwald, Siegfried. „Auschwitz-Täter und die österreichische Nachkriegsjustiz.“ In *Täter. Österreichische Akteure im Nationalsozialismus*, hrsg. vom Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes, S. 13 – 39. Wien: doew.at, 2014.
 - Kuretsidis-Haider, Claudia. „Einsatz in Maly Trostinec“. Der Gaswagenfahrer Josef Wendl vor Gericht.“ In *Deportation und Vernichtung – Maly Trostinec*, hrsg. von Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstandes, S. 153 – 189. Wien: doew.at, 2019.
 - Lichtenstein, Heiner. *Majdanek. Reportage eines Prozesses*. Frankfurt a. M.: Europa Verlag, 1979.
 - Loitfellner, Sabine. „Hitlers erstes und letztes Opfer? Zwischen ‚Anschluss‘ und Auschwitz-Prozess. Zum Umgang Österreichs mit seiner NS-Vergangenheit.“ In *Kriegserfahrung und nationale Identität in Europa nach 1945. Erinnerung, Säuberungsprozesse und nationales Gedächtnis*, hrsg. von Kerstin von Lingen, S. 150 – 169. Paderborn, München, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh, 2009.
 - Martens, Michael. *Heldensuche. Die Geschichte des Soldaten, der nicht töten wollte*. Wien: Zsolnay, 2011.
 - Neugebauer, Wolfgang. „Ludwig Jedlicka, Herbert Steiner und die Widerstandsforschung. Aspekte der Frühgeschichte des Instituts für Zeitgeschichte und des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstandes.“ In *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte der Universität*

- Wien. 1966 – 2016, hrsg. von Bertrand Perz und Ina Markova, S. 62 – 84. Wien: new academic press, 2017.
- Pätzold, Kurt, Schwarz, Erika. *„Auschwitz war für mich nur ein Bahnhof“. Franz Novak – der Transportoffizier Adolf Eichmanns*. Berlin: Metropol-Verlag, 1994.
 - Perz, Bertrand. “Der österreichische Anteil an den NS-Verbrechen. Anmerkungen zur Debatte.“ In *Österreichische Nation – Kultur – Exil und Widerstand. In memoriam Felix Kreissler*, hrsg. von Helmut Kramer, Karin Liebhart und Friedrich Stadler, S. 223 – 234. Wien, Berlin: LIT Verlag, 2006.
 - Perz, Bertrand, Markova, Ina. “Einleitung.“ In *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte der Universität Wien. 1966 – 2016*, hrsg. von Bertrand Perz und Ina Markova, S. 15 – 20. Wien: new academic press, 2017.
 - Pohl, Dieter. “Prosecutors and Historians. Holocaust Investigations and Historiography in the Federal Republic 1955 – 1975.“ In *Holocaust and Justice. Representation and Historiography of the Holocaust in Post-War Trials*, hrsg. David Bankier and Dan Michman, S. 117 – 130. Jerusalem: Yad Vashem, Berghahn-Books, 2010.
 - Polaschek, Martin F. “Rechtliche Fragen im Umgang mit Gerichtsakten als historischer Quelle.“ In *Keine „Abrechnung“. NS-Verbrechen, Justiz und Gesellschaft in Europa nach 1945*, hrsg. von Claudia Kuretsidis-Haider und Winfried R. Garscha, S. 285 – 302. Leipzig, Wien: Akademische Verlagsanstalt, 1998.
 - Radtke, Henning. “Die SS- und Polizeigerichtsbarkeit. Die Gerichtsbarkeit einer selbsternannten Elite?“ In *Deserteure, Wehrkraftzersetzer und ihre Richter. Marburger Zwischenbilanz zur NS-Militärjustiz vor und nach 1945*, hrsg. von Albrecht Kirschner, S. 247 – 262. Marburg: Historische Kommission für Hessen, 2010.
 - Radtke, Hennig, von Lingen, Kerstin, Theel, Christopher. “Straffreiheit durch Führerbefehl? Die Rechtswirkung von nationalsozialistischem Rechtsverständnis in der Militärjustiz am Beispiel von SS- und Polizeigerichtsbarkeit sowie Wehrmachtjustiz, 1939 – 1945.“ *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung* 129 (2012): 214 – 266.
 - Rathkolb, Oliver. *Die paradoxe Republik. Österreich 1945 bis 2015*. Wien: Paul Zsolnay Verlag, 2015.
 - Rigele, Brigitte. *Verhaftet. Begnadigt. Davongekommen. Verfahren vor dem Volksgericht Wien 1945 – 1955*. Wien: Wiener Stadt- und Landesarchiv, 2010.

- Rückerl, Adalbert. *NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung*, 2. Auflage. Heidelberg: C.F. Müller Juristischer Verlag, 1984.
- Rüter. C.F. “Erfassen – Erhalten – Erschließen. Erfahrungen und Erkenntnisse bei der Edition deutscher Urteile wegen NS-Gewaltverbrechen.“ In *Keine „Abrechnung“. NS-Verbrechen, Justiz und Gesellschaft in Europa nach 1945*, hrsg. von Claudia Kuretsidis-Haider und Winfried R. Garscha, S. 265 – 279. Leipzig, Wien: Akademische Verlagsanstalt, 1998.
- Rüter, C.F., de Mildt, D.W. “Lfd. Nr. 620.“ In *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945 – 2012, Bd. 23. Die vom 01.01.1966 bis zum 06.07.1966 ergangenen Strafurteile Lfd. Nr. 617 – 634*, hrsg. von Fritz Bauer und Karl Dietrich Bracher, S. 127 – 200. Amsterdam, München: Amsterdam Univ. Press, 1998.
- Rüter, C.F., de Mildt, D.W. “Lfd. Nr. 702.“ In *Justiz und NS-Verbrechen. Sammlung deutscher Strafurteile wegen nationalsozialistischer Tötungsverbrechen 1945 – 2012, Bd. 32. Die vom 14.03.1969 bis zum 22.08.1969 ergangenen Strafurteile Lfd. Nr. 702 – 716*, hrsg. von Fritz Bauer und Karl Dietrich Bracher, S. 1 – 80. Amsterdam, München: Amsterdam Univ. Press, 2004.
- Rupnow, Dirk. *Vernichten und Erinnern. Spuren nationalsozialistischer Gedächtnispolitik*. Göttingen: Wallstein, 2005.
- Sachslehner, Johannes. *„Rosen für den Mörder“. Die zwei Leben des NS-Täters Franz Murer*. Graz: Verlagsgruppe Styria, 2017.
- Safrian, Hans. *Eichmann und seine Gehilfen*. Frankfurt a. M.: Fischer Taschenbuch Verlag, 1997.
- Scheffler, Wolfgang. “Der Beitrag der Zeitgeschichte zur Erforschung der NS-Verbrechen – Versäumnisse, Schwierigkeiten, Aufbau.“ In *Vergangenheitsbewältigung durch Strafverfahren? NS-Prozesse in der Bundesrepublik Deutschland*, hrsg. von Jürgen Weber und Peter Steinbach, S. 114 – 133. München: Günter Olzog Verlag, 1984.
- Scheffer, Wolfgang, Grabitz, Helge. *Der Ghetto-Aufstand Warschau aus der Sicht der Täter und Opfer in Aussagen vor deutschen Gerichten*. München: Goldmann, 1993.
- Seeger, Adina. “Architekt von Auschwitz-Birkenau, Angeklagter im Wiener Auschwitz-Prozess. Fritz Ertl – Werdegang eines NS-Täters.“ *zeitgeschichte* 2, 42 (2015): S. 84 – 99.
- Seraphim, Hans-Günther. “Nachkriegsprozesse und zeitgeschichtliche Forschung.“ In *Mensch und Staat in Recht und Geschichte. Festschrift für Herbert Kraus zur Vollendung*

- seines 70. Lebensjahrs dargebracht von Freunden, Schülern und Mitarbeitern, hrsg. Der Göttinger Arbeitskreis, S. 436 – 460. Kitzingen/Main: Holzner-Verlag, 1954.
- Steinbacher, Sybille. “Die Anfänge der Zeitgeschichtsforschung in Wien und das Institut für Zeitgeschichte München.“ In *50 Jahre Institut für Zeitgeschichte der Universität Wien. 1966 – 2016*, hrsg. von Bertrand Perz und Ina Markova, S. 39 – 61. Wien: new academic press, 2017.
 - Streim, Alfred. “Ein Leben für die Zeitgeschichte.“ In *Die Normalität des Verbrechens. Bilanz und Perspektiven der Forschungen zu den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen. Festschrift für Wolfgang Scheffler zum 65. Geburtstag*, hrsg von. Helge Grabitz, Klaus Bästlein, Johannes Tuchel, S. 9 – 12. Berlin: Hentrich, 1994.
 - Streit, Christian. *Keine Kameraden. Die Wehrmacht und die sowjetischen Kriegsgefangenen 1941 – 1945*. Bonn: J.H.W. Dietz, 1997.
 - Stutzenstein, Sarah. “Schlussstrich unter die NS-Verbrechen? Die verdeckte Lösung der Verjährungsfrage in Österreich.“ *Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs* 1 (2020): S. 124 – 148.
 - Turner, Mathew. *Historians at the Frankfurt Auschwitz Trial. Their Role as Expert Witnesses*. London, New York: I.B. Tauris, 2018.
 - Van Pelt, Robert-Jan, Dwork, Debórah. *Auschwitz von 1270 bis heute*. Zürich: Pendo, 1998.
 - Weinke, Annette. *Eine Gesellschaft ermittelt gegen sich selbst. Die Geschichte der Zentralen Stelle Ludwigsburg 1958 – 2008*, 2. Auflage. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2009.
 - Wiesenthal, Simon. *Doch die Mörder leben*, hrsg. von Joseph Wechsberg. Gütersloh: Bertelsmann, 1967.
 - Wildt, Michael, Hg. *Nachrichtendienst, politische Elite, Mordeinheit. Der Sicherheitsdienst des Reichsführers-SS*. Hamburg: Institut für Sozialforschung, 2003.
 - Wojak, Irmtrud. “Herrschaft der Sachverständigen? Zum ersten Frankfurter Auschwitz-Prozeß.“ *Kritische Justiz* 32, 4 (1999): S: 605 – 616.
 - Wolfrum, Edgar. “Täterbilder. Die Konstruktion der NS-Täter durch die deutsche Nachkriegsjustiz.“ In *Die lange Stunde Null. Gelenkter sozialer Wandel in Westdeutschland nach 1945*, hrsg. von Hans Braun, Uta Gerhardt, Everhard Holtmann, S. 117 – 140. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2007.

Internetquellen

- Eurologisch, Österreichische Nationalbank, Historischer Währungsrechner, online unter <<https://www.eurologisch.at/docroot/waehrungsrechner/#/>> (abgerufen am 18.09.2021).
- Garscha, Winfried R. *Simon Wiesenthals Beitrag zur gerichtlichen Verfolgung der NS-Täter in Österreich. Referat im Rahmen der Tagung »Österreichs Umgang mit der NS-Täterschaft« anlässlich des 90. Geburtstags von Simon Wiesenthal, Wien, 2./3. Dezember 1998*, S. 2, online unter <https://www.doew.at/cms/download/6kqis/garscha_wiesenthal.pdf> (abgerufen am 20.09.2021).
- Pohl, Dieter. “Nachruf Wolfgang Scheffler. Urgestein Deutscher Forschung ist tot.“ *taz*, 21.11.2008, online unter <<https://taz.de/!5172411/>> (abgerufen am 15.09.2021).
- Rechtslexikon.net. “Befehlsnotstand.“ online unter <<http://www.rechtslexikon.net/d/befehlsnotstand/befehlsnotstand.htm>> (abgerufen am 23.09.2021).
- Rechtslexikon.net. “Putativnotstand.“ online unter <<http://www.rechtslexikon.net/d/putativnotstand/putativnotstand.htm>> (abgerufen am 23.09.2021).
- Rechtslexikon.net. “Gutachten.“ online unter <<http://www.rechtslexikon.net/d/gutachten/gutachten.htm>> (abgerufen am 02.06.2021).
- Sommerfeld, Christian. “Zum 77. Jahrestag der Wannsee-Konferenz. Wolfgang Scheffler und das Haus der Wannsee-Konferenz.“, 28.03.2019, online unter <<https://www.ghwk.de/de/blog/standard-titel-2>> (abgerufen am 15.09.2021).
- Wildt, Michael. “Die Transformation des Ausnahmezustands. Ernst Fraenkels Analyse der NS-Herrschaft und ihre politische Aktualität.“ *Docupedia-Zeitgeschichte*, 01.06.2011, online unter <https://docupedia.de/zg/Fraenkel_Der_Doppelstaat> (abgerufen am 19.09.2021).
- W. R. Garscha, “Verfahren wegen NS-Gewaltverbrechen vor österreichischen Gerichten seit 1956. Statistischer Überblick,“ März 2007, online unter <http://www.nachkriegsjustiz.at/prozesse/geschworeneng/statistik56_04.php> (abgerufen am 20.09.2021).

Anhang

Abstract

Das Ziel dieser Arbeit ist eine Analyse des historischen Rechtsgutachtens Wolfgang Schefflers in einem österreichischen Nachkriegsverfahren. Der Historiker wurde für den dritten Schwurgerichtsprozess 1969 gegen den Transportoffizier Franz Novak beim Reichssicherheitshauptamt als Sachverständiger zur Klärung der Frage eines Befehlsnotstands nach Wien geladen. Es entstand ein umfangreiches Gutachten, das im Rahmen des Beweisverfahrens mündlich vorgetragen wurde und in der Strafsache schriftlich vorliegt. Untersucht wurden die Gesichtspunkte der Entstehung, Aufbau- und Gestaltungsweise, Argumentationsstrategie, gerichtliche Rezeption sowie schließlich Einfluss auf das Urteil. Es stellte sich heraus, dass der Gutachter die Annahme eines allgemeinen Befehlsnotstands für Angehörige der SS, des SD und der Polizei ablehnte, die Expertise antisemitischen Angriffen ausgesetzt war und knapp einen Freispruch verhindern konnte. Zudem wurden weitere Gutachten zur Frage des Befehlsnotstands vergleichend in den Blick genommen, um ein größeres Bild über die gutachterliche Zeitgeschichte in österreichischen Nachkriegsverfahren zu gewinnen. In der Gesamtbetrachtung zeigte sich, dass Gutachten und ihre Verwendung hierzulande nur eine untergeordnete Rolle spielten. Ihre Ergebnisse wurden meist nicht wahrgenommen oder bewusst ausgeklammert. Trotz materieller Indizien und zeitgeschichtlicher Expertise wurde zwischen 1956 und 1975 eine Handvoll österreichischer Täter wegen Befehlsnotstands freigesprochen.