

Rüdiger Lautmann

Willkür im Rechtsgewand: Strafverfolgung im NS-Staat

1. Verfolgung durch Strafrecht und Justiz in der NS-Diktatur

In der Moderne bildeten Strafrecht und Strafjustiz die stärkste Waffe in den Auseinandersetzungen um die Durchsetzung von Heteronormativität. Ihre Begründungen bezogen sie aus Vorstellungen über Sünde und Natur, in denen die antiken Ideen über Liebe und Erotik verleugnet wurden. Vom 18. Jahrhundert an formierte sich diskursiv die Figur der Heterosexualität, immer vor dem Hintergrund zunehmender Sanktionen gegen „sodomitische“ Akte¹. Im 19. Jahrhundert griff dann die Medizin dieses Thema auf und konstruierte eine Krankheit, nach deren Therapie bis heute erfolglos gesucht wird. Die Psychiatrie verbündete sich mit der Strafjustiz, von der sie Anschauungsfälle und Gutachtenaufträge bezog. Der Strafbetrieb gewann an Fahrt – parallel zu einem juristischen Reformdiskurs in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts. Sein Resultat war der langlebige § 175 im 1871 installierten deutschen Strafgesetzbuch. Parallel zur Gesetzesdiskussion steigerte sich die Zahl der Gerichtsprozesse. Verläufe und Ursachen der seither intensivierten Strafverfolgung sind bislang nur in groben Zügen untersucht. Sowohl die Geschichts- als auch die Strafrechtswissenschaft haben hier ungebührlich gezögert. Diese unrühmliche Haltung prägt auch den Forschungsstand zur antihomosexuellen Strafverfolgung während des Nationalsozialismus².

Die Verurteilungen nach § 175 RStGB verzehnfachten sich von 1933 bis zu ihrem kriminalstatistischen Höhepunkt 1938³. Hatten die Homosexuellen vor den Strafrichtern des Dritten Reichs eine andere Behandlung zu erwarten als seitens der gleichgeschalteten Polizei? Beide Instanzen setzten den Straf-

¹ Vgl. Wolfgang Schmale, *Geschichte der Männlichkeit in Europa (1450–2000)*, Wien 2003, S. 214–224.

² Erfreuliche Ausnahmen: Hans-Christian Lassen, *Der Kampf gegen Homosexualität, Abtreibung und „Rassenschande“*. Sexualdelikte vor Gericht in Hamburg 1933–1939, in: „Für Führer, Volk und Vaterland...“ *Hamburger Justiz im Nationalsozialismus*, hrsg. von der Justizbehörde Hamburg, Hamburg 1992, S. 216–289; Burkhard Jellonek, *Homosexuelle unter dem Hakenkreuz*, Paderborn u. a. 1990.

³ Vgl. Günter Grau, *Lexikon zur Homosexuellenverfolgung 1933–1945*. Institutionen, Personen, Betätigungsfelder, Münster 2011, S. 302f.

rechtsparagrafen in seiner jeweils gültigen Fassung um, beide verfügten dabei über gewisse Ermessensspielräume, arbeiteten in anderen Hierarchien und waren dem Staat auf verschiedene Weise verpflichtet. Eine detaillierte Analyse der Rechtsprechungstätigkeit steht bislang aus⁴. In diesem Aufsatz soll über eine Vorstudie dazu berichtet werden.

Die Polizei wurde von den Nationalsozialisten schnell durchdrungen. Dass die NSDAP das preußische Innen-, sprich Polizeiministerium erobert hatte, hatte ihnen bereits frühzeitig im Zuge ihrer Machtübernahme genützt. Als bald wurden die Ordnungshüter auch zur Homosexuellenrepression eingesetzt⁵. Schnell ergänzten parallele NS-Neugründungen die vorhandenen Einrichtungen: Neben die Polizei trat die Gestapo, neben den regulären Strafvollzug das Konzentrationslager. Während Heinrich Himmler, der Reichsführer-SS, die Leitung des gesamten Polizeiapparats übernahm, blieb der Strafvollzug im Geschäftsbereich des Justizministeriums, ebenso wie die Strafrichte, für die es (abgesehen vielleicht vom Volksgerichtshof) auch keine NS-Parallelorganisation gab. Um die Justiz gleichzuschalten, musste sie politisch durch die Gesetzgebung und die ministerielle Personalpolitik in die Zange genommen werden. Dies geschah, wobei die bestehende Struktur der Rechtsprechung (organisatorischer Aufbau, prozessrechtlich geregelte Arbeit) unangetastet blieb. Wenn also eine von Weimar und sogar vorrepublikanischer Tradition überkommene Verfahrensweise im NS-Staat ihren Bestand behielt und bis heute behalten hat, konnten dann angeklagte Homosexuelle eher auf Gerechtigkeit vertrauen?

Das könnte die These vom „Doppelstaat“ nahelegen, als den Ernst Fraenkel das NS-Regime bereits 1941 charakterisierte. Demnach herrschte einerseits Willkür und Terror, wo dies den politischen Instanzen zur Durchsetzung ihrer Ziele zweckmäßig erschien (Maßnahmenstaat), andererseits galten die gesetzliche Ordnung und das Prinzip Legitimation durch Verfahren (Normenstaat) fort, solange sie nicht mit den Absichten der Machthaber kollidierten. Fraenkel stützte seine von der Forschung überwiegend akzeptierte These auf eigene Erfahrungen sowie auf eine Auswertung von

⁴ Vgl. aber Carola von Bülow, *Der Umgang der nationalsozialistischen Justiz mit Homosexuellen*, Diss., Oldenburg 2000. Die Studie behandelt schwerpunktmäßig den Strafvollzug in den Emslandlagern und drei weiteren niedersächsischen Haftanstalten. Auch die Justizpraxis wird erörtert, allerdings nicht auf Grundlage der Prozessakten, sondern nur anhand der in den Personalakten des Strafvollzugs enthaltenen Urteile.

⁵ Vgl. dazu eingehend Andreas Pretzel/Gabriele Rossbach, *Homosexuellenverfolgung in Berlin 1933–1945*, Berlin 2005.

Gerichtsentscheidungen. Er meinte, „im Nebeneinander eines seine eigenen Gesetze im allgemeinen respektierenden Normenstaats und eines die gleichen Gesetze missachtenden Maßnahmenstaats einen Schlüssel zum Verständnis der nationalsozialistischen Herrschaftsordnung gefunden zu haben“⁶.

Das Verhältnis von Normen- und Maßnahmenstaat war jedoch nicht symmetrisch in dem Sinne, dass jedes der beiden Systeme über einen fest abgegrenzten Zuständigkeitsbereich verfügt hätte, in dem es nach seiner eigenen Herrschaftslogik frei schalten und walten konnte. Denn der Maßnahmenstaat hatte zum Objekt das Politische, und was als politisch anzusehen war, das bestimmte er selbst. Die Repräsentanten des Regimes bestritten gerne, dass es Bereiche gebe, in denen der NS-Staat nicht auf der Grundlage von Recht und Gesetz handle. Fraenkel beobachtete, dass sich bis 1938 (dem Ende seines Untersuchungszeitraums) der größte Teil des gesellschaftlichen Lebens in rechtlich geordneten Bahnen bewege.

Das NS-Regime inszenierte sich als eine Art „halbierter Rechtsstaat“. Die Gerichte bemühten sich mehr oder weniger redlich, die Wirksamkeit des Rechts aufrechtzuerhalten. Auch Nationalsozialisten hielten Rechtsunsicherheit für politisch unzweckmäßig. Allerdings erlagen die Organe des Normenstaats angesichts der Praxis des Maßnahmenstaats der Versuchung, ihre Spielräume zu erweitern, sodass maßnahmenstaatliche Elemente zunehmend auch die Tätigkeit des Normenstaats prägten. Als Beispiel ließe sich anführen, dass die (dem Normenstaat zuzurechnende) Kriminalpolizei angesichts der für effizient erachteten Gestapo-Institution „Schutzhaft“ (ein Instrument des Maßnahmenstaats) nach einer ähnlichen Einrichtung verlangte und mit dem Institut der „Vorbeugungshaft“ auch erhielt. Mit zunehmender Dauer der NS-Herrschaft durchdrang der Maßnahmenstaat auch den Normenstaat. In unserer Analyse haben wir Fraenkels Gegenüberstellung beibehalten – nicht im Sinne einer historischen Beschreibung der Transformation staatlicher Bürokratien unter dem Nationalsozialismus⁷, sondern als zwei Idealtypen, welche die Pole eines Kontinuums bezeichnen, auf dem die Strafurteile verortet werden.

⁶ Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, Frankfurt a.M.1974, S. 13.

⁷ Die aktuelle Forschungsliteratur betont nicht mehr den Gegensatz zwischen Willkürakten und geregelten Verfahren, sondern die Etablierung neuer politischer Normen sowie die arbeitsteilige, von Spannungen und Konkurrenzen geprägte Kooperation diverser Akteure bei der NS-Verfolgung; vgl. etwa Michael Wildt, *Die politische Ordnung der Volksgemeinschaft*. Ernst Fraenkels „Doppelstaat“ neu betrachtet, in: *Mittelweg* 36 12 (2003/04) H.2, S. 45–61; Sven Reichardt/Wolfgang Seibel (Hrsg.), *Der prekäre Staat. Herrschen und Verwalten im Nationalsozialismus*, Frankfurt a. M. 2011.

An den kontinuierlich ergehenden Urteilen müsste sich die Entwicklung ablesen lassen. Die These vom Doppelstaat wird vor allem für die ersten Jahre des NS-Regimes akzeptiert⁸. Zumindest für die späteren Jahre würde die alternative Interpretation von Franz Neumann greifen, der das NS-Regime insgesamt als „Unstaat“ qualifizierte (als das Ungeheuer Behemoth aus der jüdischen Mythologie), in dem „die herrschenden Gruppen die übrige Bevölkerung direkt kontrollieren, ohne die Vermittlung durch den wenigstens rationalen, bisher als Staat bekannten Zwangsapparat“⁹.

Was den Homosexuellen in der Justizmaschinerie widerfuhr, muss also keine blanke Willkür gewesen sein, sondern könnte die wohlorganisierte und routinierte Ausführung geltenden (wenn auch nicht mehr demokratisch legitimierten) Rechts in einem einigermaßen zivilisierten Verfahren gewesen sein. Tatsächlich scheint der gewöhnliche Homosexuelle von jener berüchtigten Terrorjustiz, wie sie sich vor dem Volksgerichtshof, vor den regionalen Sondergerichten oder vor Kriegsgewichtungen austobte, durchweg verschont geblieben zu sein. Erfuhren die Homosexuellen im NS-Staat also Recht im Unrecht durch einen zwischen Anpassung und Unterwerfung schwankenden Justizapparat¹⁰? Dieser Vermutung muss sorgfältig nachgegangen werden.

Für den rechtsstaatlichen Anteil gilt es zu prüfen, ob er diesen Namen überhaupt verdient und inwieweit eine Kontinuität besteht – sowohl zu den Zeiten vor 1933 als auch zu jenen nach 1945. Derartige Fragen sind bislang zwar gelegentlich gestellt, aber nicht beantwortet worden. Angesichts der Tendenz, das NS-Regime im Ganzen als Unrechtsstaat zu qualifizieren, wird für gewöhnlich auch die strafrechtliche Verfolgung der Homosexuellen als „nationalsozialistischer Terror“ angesehen. Abgesehen von der historiographischen Ungenauigkeit hat das die Nebenfolge, dass die staatliche Homophobie vor und nach dem Dritten Reich verdeckt bleibt. Auch kann eine Singularität der damaligen NS-Schwulenverfolgung nicht ohne weiteres

⁸ Vgl. Wolfgang Luthardt, Unrechtsstaat oder Doppelstaat? in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 18/1983, S. 197–209; Alexander von Brünneck, Vorwort des Herausgebers zur 2. Auflage, in: Ernst Fraenkel, Der Doppelstaat, hrsg. von Alexander von Brünneck, Hamburg 2., durchgesehene Aufl. 2001, S. 9–18.

⁹ Franz Neumann, Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944, Frankfurt a. M. 1984, S. 534.

¹⁰ Vgl. Michael Stolleis (Hrsg.), Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt a. M. 2006; Lothar Gruchmann, Justiz im Dritten Reich 1933–1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner, München 2001.

unterstellt werden: Warum stiegen im sozialdemokratisch-liberalen Schweden die Strafanklageziffern ab 1935 stark an¹¹?

Die unter Laien übliche Rede vom „Naziparagrafen 175“ ist ungenau und vergrößert die historischen Verhältnisse. Immer noch gilt es zu erforschen, worin die Besonderheiten der NS-Homosexuellenverfolgung bestehen, und was zum unspezifisch Allgemeinen der Repression in den ersten zwei Dritteln des 20. Jahrhunderts gehört. Kurz: Welche Repression war „normal“ und welche NS-spezifisch? Diesen Fragen und Themen kann auf der Ebene der Strafjustiz auf folgende Weise nachgegangen werden¹²:

1. Wie reagierte die Strafjustiz bei der Rechtsanwendung auf die sexualpolitisch-ideologischen und legislativen Vorgaben des Regimes? Wurden Homosexuelle in der Urteilspraxis der Gerichte als Feindgruppe der Nazis erkennbar oder blieben die Homosexuellen für die Justiz „gewöhnliche Kriminelle“, die unter den Bedingungen der Nazi-Herrschaft (wie andere Kriminelle auch) nur härter als zuvor angefasst wurden?
2. Ein Vergleich mit dem Wandel der Urteilspraxis bei anderen Delikten.
3. Eine Periodisierung der Urteilspraxis für die verschiedenen Stadien der Diktatur, abhängig von markanten Ereignissen nationalsozialistischer Ideologisierung oder rechtspolitischen Zäsuren.
4. Wie schlug sich die Entwicklung in der Rechtsprechung insgesamt nieder (Strafmaß, Urteilsbegründungen, Duktus von Urteilstexten)?
5. Welches Maß an Freiheit, Unabhängigkeit und „Gerechtigkeit“ – grundlegende Elemente seines beruflichen Selbstverständnisses – konnte oder wollte sich der einzelne Richter bei seinen Entscheidungen gegenüber Homosexuellen leisten? Folgte er (der 1933 nicht den Dienst quittierte) aus innerer Überzeugung oder als Mitläufer der neuen Politik? War er bereit, ihr auch sein richterliches Handeln anzupassen? Oder blieb er als Berufsjurist vielleicht doch zunächst dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit verpflichtet und widersetzte sich, wo ihm dies angebracht erschien, der zunehmenden Politisierung der Justiz – vielleicht sogar bei der Bewertung des strafbaren Handelns schwuler Männer?
6. Wie nahmen die von der antihomosexuellen Rechtsprechung betroffenen Männer die Rolle der Justiz wahr? Empfanden sie die Justiz als Willkür- und Terrorinstrument des NS-Staats oder könnten sie sich in der Obhut

¹¹ Vgl. Jens Rydström, „Sodomitical Sins are Threefold“. Typologies of Bestiality, Masturbation, and Homosexuality in Sweden, 1880–1950, in: JHS 9 (2000), S. 240–276, hier S. 268.

¹² Die folgenden Fragestellungen und Untersuchungsebenen wurden von Dr. Christian Höffling formuliert.

der Justiz vor Schlimmerem bewahrt gesehen haben? Denn die Untersuchungshaft oder Haftstrafen schützte sie zumindest vor den Folterkellern der Gestapo oder den Konzentrationslagern.

7. Wie nahm die Justiz selbst ihre Rolle und die Folgen ihres Wirkens wahr? Auch hier bestehen zwei Möglichkeiten: Die Justiz konnte sich selbst als aktiver Teilnehmer bei der Gestaltung der Verhältnisse im nationalsozialistischen Staat begreifen, oder sie betrieb auch unter den Gegebenheiten der Diktatur in erster Linie ihr professionelles Geschäft und exekutierte geltendes Recht.

Am Ende könnte sich ergeben, dass der justizielle Verfolgungseifer sich in gewissen Grenzen gehalten hat und dass der Gang durch die Mühlen der Strafjustiz vergleichsweise noch das kleinere Übel gewesen ist. Dieses Resultat wäre möglich. Dafür spricht auch die verschiedentlich dokumentierte Überlieferung, dass Hitler dem Juristenstand misstraute und nicht zuletzt deswegen für viele Terrorakte eine normative Grundlage, also den Anschein von Recht schaffen ließ. Mit dem 1935 verschärften § 175 konnten die Richter davon ausgehen, nach nationalsozialistisch genehmem Recht zu urteilen; zugleich vermochten sie, einen positivrechtlichen Rahmen einzuhalten.

Die Möglichkeiten widersprechen einander nicht vollständig, decken sich aber auch nicht. Sie charakterisieren „die schrittweise Verwandlung des Rechtsstaats in ein Terrorsystem“¹³ gegenüber dem Nebeneinander des Normen- und Maßnahmenstaats bis 1945. Beide Sichtweisen vereint, dass sich der NS-Charakter auch in der Justiz immer stärker durchsetzte. Es trennt sie, dass die NS-Ideologie den Staat nicht vollständig umgestaltet hat. Man muss das nicht als Gegenhypothese sehen, sondern nur als Aufforderung zur genauen Beschreibung.

Bei der Betrachtung der kollektiven Urteilspraxis lassen sich kaum eindeutige Antworten finden. Denn offenbar reagierte die Justiz nicht einheitlich auf die Impulse des Regimes und im Fall der Schwulen nicht erkennbar terroristisch. Zweifellos verhängten die Gerichte in einzelnen Fällen übermäßig hohe Strafen. Vielfach aber erscheinen die Verurteilungen als routinemäßige Abfertigungen notorischer Gesetzesbrecher.

¹³ Andreas Pretzel, Vom Staatsfeind zum Volksfeind, in: Susanne zur Nieden (Hrsg.), Homosexualität und Staatsräson. Männlichkeit, Homophobie und Politik in Deutschland 1900–1945, Frankfurt a. M. 2005, S. 217–252, hier S. 218.

2. Ein Forschungsprojekt zu Hamburg

Die hier angesprochenen Forschungsfragen und Vermutungen sind Zwischenresultate einer aufwändigen Aktenuntersuchung. In Hamburg, der zweitgrößten deutschen Stadt, sind die Strafakten aus der Zeit des Dritten Reichs erhalten geblieben. Dieser Bestand bietet eine grandiose Gelegenheit, die Rechtsprechung in allen Facetten zu studieren. Das von mir geleitete, von Günter Grau und Christian Höffling bearbeitete Projekt Diktatur gegen Subkultur erschließt den umfangreichen Hamburger Bestand¹⁴. Damit ergibt sich eine reizvolle Ergänzung zur Überlieferung in Berlin¹⁵ und zu kleineren Lokalstudien¹⁶.

Unsere Datenbank erfasst mit einem Viertel des eruierten Quellenbestands 430 Strafakten nach § 175 RStGB, die wir mit ausführlichen Porträts aufbereitet haben. Jedes Porträt enthält Angaben zu folgenden Merkmalen: Aktenumfang, Akteninhalt, Anzahl der Instanzen und Angeklagten, Geburtsdatum und -ort des Angeklagten, Personenstand, Wohnsituation, Schulbildung, Stationen des Lebenslaufs, Beruf, politische Zugehörigkeit, § 175-Vorstrafen, andere Vorstrafen, angeklagtes Delikt, Sachverhalt. Ferner gibt es Angaben zu den Ermittlungen: Beginn, Auslöser, Stelle und Verlauf, Anklageerhebung, weitere beteiligte Personen, Gericht und Aktenzeichen, Richter, Staatsanwalt, Verteidigung durch Rechtsanwälte, Antrag der Staatsanwaltschaft, Antrag Verteidigung. Schließlich enthalten die Akten das Urteil: Datum, Umfang und Strafmaß, Urteilsbegründung. Zum Thema Homosexualität erfahren wir etwas über Selbstdarstellung und Fremdwahrnehmung, über eingelegte Rechtsmittel und nicht zuletzt über das weitere Schicksal des Angeklagten.

Die Untersuchung des Hamburger Aktenbestands verharret derzeit noch auf einer Zwischenebene: Das Material ist erschlossen; für ein Viertel der 1822 Akten sind die Verfahrensmerkmale kodiert und die Urteile paraphrasiert. Eine Fortsetzung lässt sich (bei entsprechender Ausstattung) gut vorstellen. Dann könnten die bis ins Detail aufbereiteten Daten interpretiert oder auch der restliche Teil der Akten ausgewertet werden. Der Vergleich

¹⁴ Vgl. den Abschlussbericht Juristisches Vorgehen deutscher Diktaturen gegen die homosexuelle Subkultur, unveröffentlichtes Manuskript, Juni 2006. Das Projekt wurde von der VolkswagenStiftung gefördert.

¹⁵ Ausgewertet in Pretzel/Rossbach, Homosexuellenverfolgung.

¹⁶ Vgl. für Köln Jürgen K. Müller, Ausgrenzung der Homosexuellen aus der „Volksgemeinschaft“, Köln 2003, S. 136–157. Vom Landgericht Frankfurt a.M. lagern im Hessischen Hauptstaatsarchiv (Wiesbaden) 180 Strafprozessakten nach § 175 RStG aus der NS-Zeit.

mit anderen Orten und Beständen wäre ein weiterer Analyseschritt. Schließlich ermöglichen die Strafakten auch einen Blick in die Lebenswelt der Homosexuellen.

Die von uns gelesenen Urteile kommen in meist unauffälligem Gewand daher und wirken so, als ob ein rechtsstaatlich geordnetes Verfahren vorangegangen sei, was freilich im Einzelnen zu überprüfen bleibt. Verschiedentlich – wie im folgenden Zitat aus einem der Urteile – sticht eine ausgeprägte NS-Terminologie ins Auge:

„§ 175 StGB soll nicht in erster Linie höchstpersönliche Rechtsgüter des einzelnen schützen, sondern vorwiegend das Interesse der Gesamtheit an der Ordnung des Zusammenlebens innerhalb der Volksgemeinschaft [...]. Die Vergehen nach § 175 StGB haben einen erschreckenden Umfang angenommen. Die Gerichte müssen ihren Teil dazu beitragen, um das deutsche Volk von dieser Entartungserscheinung [...] zu befreien. Der Schutz der Volksgesundheit und der Sauberkeit des öffentlichen Lebens verlangt ein scharfes Einschreiten gegen die homosexuell sich betätigenden Personen.“¹⁷

In der Analyse der NS-Homophobie blieb bislang eine wichtige Dimension unterbelichtet: die Täterseite. Was in der Holocaustforschung einen prominenten Platz einnimmt, hat sich im Hinblick auf die Forschungen zur Homosexuellenverfolgung nie recht etabliert. Schon die alltägliche Haltung der Bevölkerungsmehrheit gegenüber den Gleichgeschlechtlichen ist bislang unerforscht – auch im Hinblick auf Anzeigen und Denunziationen. Ebenso harren die Akten der Strafrichter der historischen Analyse; dabei hat keine andere Tätergruppe ein so aussagekräftiges Dokumentenkorpus hinterlassen. Hier bietet sich eine ebenso günstige wie bedeutsame Forschungsmöglichkeit.

¹⁷ Staatsarchiv Hamburg, Rep-Nr. 37/00074, Urteil des Amtsgerichts Hamburg gegen Rudolf L. vom 7. 12. 1936, o. P.