Gericht:	BSG 9a. Senat
Entscheidungsdatum:	11.09.1991
Aktenzeichen:	9a RV 11/90
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	juris
Norm:	§ 1 Abs 2 Buchst d BVG
Zitiervorschlag:	BSG, Urteil vom 11. September 1991 – 9a RV 11/90 –, BSGE 69, 211-220, SozR 3-3100 § 1 Nr 3

2. Weltkrieg - Todesurteile der Militärstrafjustiz - offensichtliches Unrecht

Leitsatz

1. Die Todesurteile der Militärstrafjustiz während des 2. Weltkriegs schließen die Hinterbliebenen der von ihnen betroffenen Soldaten in der Regel nicht von allen Leistungen des BVG aus, weil angesichts der Gesamtumstände die Rechtswidrigkeit der Urteile zu vermuten ist.

Fundstellen

BSGE 69, 211-220 (Leitsatz 1 und Gründe)
SozR 3-3100 § 1 Nr 3 (Leitsatz 1 und Gründe)
RegNr 20034 (BSG-Intern)
Behindertenrecht 1992, 20-24, 6 (Leitsatz 1 und Gründe)
SuP 1992, 171-178 (Leitsatz 1 und Gründe)
Breith 1992, 241-249 (Leitsatz 1 und Gründe)
NJW 1992, 934-936 (Leitsatz und Gründe)
NZWehrr 1992, 37-42 (red. Leitsatz und Gründe)
ZfS 1992, 83-87 (Leitsatz 1 und Gründe)
SGb 1992, 456-459 (Leitsatz 1 und Gründe)
SozSich 1993, RsprNr 4435 (Leitsatz 1 und Gründe)
Verfahrensgang

vorgehend SG Stuttgart, 2. Juni 1987, S 15 V 1994/85
vorgehend Landessozialgericht Baden-Württemberg, 21. Oktober 1988, L 8 V 1400/87
Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

E Woltemas, DBKZ 1992, Nr 3, 1 (Entscheidungsbesprechung)
ohne Angabe, DRiZ 1992, 279-280 (Entscheidungsbesprechung)
Erich Schwinge, NJW 1993, 368-369 (Entscheidungsbesprechung)
Otto Gritschneder, NJW 1993, 369-372 (Entscheidungsbesprechung)
Ekkehard Habel, NJW 1995, 2830-2832 (Entscheidungsbesprechung)
... mehr

Tatbestand

1 Die Klägerin begehrt wiederaufgelebte Witwenrente nach ihrem ersten Ehemann (W. L.), der am 10. März 1945 in Breslau hingerichtet worden ist. Als Todesursache ist "Vollstreckung des Urteils durch Erschießen" vermerkt. Das Urteil ist nicht bekannt. W. L., wohnhaft in Königshütte-Bismarck, leistete seit 1942 Dienst in der ehemaligen deutschen

Wehrmacht bei einer in Dänemark stationierten Einheit. Dort wurde er nach einer Meldung vom 25. Februar 1945 wegen unerlaubter Entfernung in die Strafsachenliste eingetragen, nachdem er aus einem Heimaturlaub nicht zurückgekehrt war; angefügt ist noch der handschriftliche Vermerk "flüchtig". Der Antrag auf Hinterbliebenenversorgung ist abgelehnt worden (Bescheid vom 13. September 1984 und Widerspruchsbescheid vom 21. Dezember 1984). Das Sozialgericht (SG) hat Witwenrente ab 1. April 1984 zugesprochen. Es ist davon ausgegangen, daß W. L. wegen unerlaubter Entfernung von der Truppe verurteilt worden sei, wobei innerhalb Breslaus davon auszugehen sei, daß die Verurteilung und deren Vollstreckung unter Mißachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zustande gekommen seien. Da die Umstände nicht aufgeklärt werden könnten, sei zugunsten der Klägerin zu entscheiden; W. L. sei offensichtliches Unrecht geschehen (Urteil des SG vom 2. Juni 1987). Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung des Beklagten die Klage abgewiesen. Auch nach seinen Feststellungen gibt es einen Zusammenhang der Strafmaßnahme mit dem Militärdienst, ohne daß jedoch feststellbar sei, wie W. L. in die seit 15. Februar 1945 von sowjetischen Truppen eingeschlossene Festung Breslau gekommen und welche Tat ihm zur Last gelegen worden sei. Es sei daher auch nicht aufklärbar, ob angesichts der - hier unbekannten - W. L. zur Last gelegten Tat die Strafe unverhältnismäßig gewesen sei. Die Wertung eines Todesurteils als offensichtliche Unrechtsmaßnahme könne jedoch nur über die konkreten einzelnen Sachverhaltselemente erfolgen. Es gebe keine allgemeine Vermutung, daß jedes kriegsgerichtliche Verfahren in der Festung Breslau rechtsstaatswidrig durchgeführt worden wäre (Urteil des LSG vom 21. Oktober 1988).

2 Die Klägerin hat die vom Bundessozialgericht (BSG) zugelassene Revision eingelegt. Sie hält das Urteil des SG für zutreffend, zumal W. L. schicksalhaft ein Sonderopfer an Leben und Gesundheit durch die Militärumstände erlitten habe. Wenn man die Verurteilten nicht stets als Kriegsopfer anerkenne, werte man heute noch das Verhalten in Kriegszeiten rechtlich und politisch nach den damals geltenden Maßstäben.

3 Die Klägerin beantragt,

4 unter Änderung des Urteils des LSG vom 21. Oktober 1988 die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des SG Stuttgart vom 2. Juni 1987 zurückzuweisen.

5 Der Beklagte beantragt,

6 die Revision zurückzuweisen.

7 Er hält ebenso wie die Beigeladene, die keinen Antrag gestellt hat, die verhängte Strafe nicht für unverhältnismäßig, weil sie vermutlich wegen Fahnenflucht ausgesprochen worden sei. Es handele sich dabei um eine schwerwiegende Straftat, die in Kriegszeiten auch außerhalb des Deutschen Reiches mit der Todesstrafe geahndet worden sei. Gerade in der letzten Phase des Krieges sei die Wehrmachtführung auf die Kampfkraft der Truppe angewiesen gewesen, so daß die Höchststrafe gerechtfertigt erscheinen könne. Nach Straftaten sei prinzipiell eine Lösung vom militärischen Dienst anzunehmen, so daß eine Entschädigung nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) nicht in Betracht komme. Die Wertung eines Urteils habe nach den damaligen Grundsätzen zu erfolgen, so daß als offensichtliches Unrecht nur das zu werten sei, was nach dem damals geltenden Recht nicht hätte verhängt werden dürfen.

Entscheidungsgründe

8 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Das erstinstanzliche Urteil ist wiederherzustellen.

9 Der Klägerin ist wiederaufgelebte Witwenversorgung als Auslandsversorgung zu gewähren (§§ 64 ff, § 1 Abs 1 und 5, § 38 Abs 1 Satz 1, § 44 Abs 2 BVG); denn ihr Ehemann W. L. ist an den Folgen einer militärdienstlichen Schädigung gestorben. Den Schädigungen iS des § 1 Abs 1 BVG, ua durch die dem militärischen Dienst eigentümlichen Verhältnisse, ist eine Schädigung durch eine mit dem militärischen Dienst zusammenhängende Strafmaßnahme gleichgestellt, wenn die Maßnahme "den Umständen nach als offensichtliches Unrecht anzusehen ist" (§ 1 Abs 2 Buchst d BVG). Opfer einer solchen Schädigung ist der Ehemann der Klägerin geworden. Das gilt kraft einer durch die Erfahrung gestützten Vermutung grundsätzlich für die Hinrichtungen im Zweiten Weltkrieg aufgrund militärgerichtlicher Verurteilung, soweit nicht - nach rechtsstaatlichen Maßstäben - ausnahmsweise erkennbar die Höchststrafe gerechtfertigt erscheint. Diese Gesetzesauslegung ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut von § 1 Abs 2 Buchst d BVG, aus dem Gesetzeszweck, aus der Gesetzessystematik, den Gegebenheiten des durch § 1 BVG geregelten Lebensbereichs sowie aufgrund neuerer Erkenntnisse über die Wehrmachtjustiz (vgl Messerschmidt/Wüllner, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus, 1987).

10 Das offensichtliche Unrecht der Todesurteile und Hinrichtungen kann nicht darin gesehen werden, daß damals geltendes Recht verletzt worden ist. § 1 Abs 2 Buchst d BVG verlangt nicht, daß dies in einem kursorischen Wiederaufnahmeverfahren geprüft wird, nur weil die Urteile formal Bestand haben; Unrecht ist nicht nur festzustellen, wenn das Urteil selbst im Unrechtsstaat des Nationalsozialismus so nicht hätte ergehen dürfen (vgl BSG Urteil vom 30. Juli 1964 - 9 RV 310/63 - BSGE 21, 222 = SozR zu § 1 BVG Nr 71). So war die Vorschrift zur Zeit ihrer Entstehung nicht gemeint. Darauf darf sie auch in der Rückschau nicht reduziert werden. Denn § 1 Abs 2 Buchst d BVG setzte bei seinem Erlaß gedanklich voraus, daß 1.) auch Urteile, die sich im Rahmen des damaligen materiellen Rechts bewegen, offensichtliches Unrecht sein können, daß 2.) die Prüfung des Unrechtsgehalts außerhalb der üblichen Wiederaufnahmeverfahren durch Verwaltungsbehörden zu erfolgen hat, daß 3.) diese Prüfung zwar in Einzelfällen erfolgt, daß aber 4.) die Norm deshalb erforderlich war, weil - was 1949 noch allgemein bekannt war - Unrecht nicht nur in problematischen Einzelfällen geschehen ist, sondern in einem großen Ausmaß Todesurteile ergangen sind, die rechtsstaatlichen Anforderungen nicht genügen. Diese sollen einer Versorgung der Hinterbliebenen nicht entgegenstehen. Der insoweit bestehende Regelungsbedarf, den der Gesetzgeber des BVG gesehen hat, ist durch die Ergebnisse der militärhistorischen Forschung bestätigt und belegt worden (vgl Messerschmidt/Wüllner aaO).

11 Den Geltungsbereich des Schädigungstatbestandes des § 1 Abs 2 Buchst d BVG haben das LSG und mit ihm der Beklagte und die Beigeladene, die sich auf einige Entscheidungen des BSG (vgl BSGE 57, 266 = SozR 3100 § 1 Nr 32 mwN) stützen können, enger gezogen. An dieser Rechtsprechung, der die Vorstellung vom Unrecht als Ausnahmefall zugrundeliegt, hält der Senat nicht fest. Das Tatbestandsmerkmal "offensichtliches Unrecht" für eine vom Militärstrafgericht verhängte Todesstrafe kam nach dieser Auffassung nur dann in Betracht, wenn im Einzelfall jeglicher Rechtfertigungsgrund für die Ausschöpfung des Strafrahmens fehlte oder gar der Strafrahmen überschritten worden ist. Die Vorschrift wurde nach ihrem Wortlaut als Ausnahmeregelung für Schädigungen durch Militärstrafurteile und deren Vollstreckung verstanden; Entschädigung sollte nur wegen der Folgen einer im Einzelfall nachweislich äußerst ungerechten Verurteilung in

Betracht kommen. Diese Auslegung läßt sich, wie die Stellungnahme des Beklagten erkennen läßt, allein dann begründen, wenn die Todesurteile der Wehrmachtgerichte bis Kriegsende als grundsätzlich rechtmäßig beurteilt werden. Das wäre aber nur möglich, wenn sie als Ergebnis einer normalen, dh rechtsstaatlichen Rechtsprechung angesehen werden könnten. Einer solchen Ansicht liegt die Vorstellung zugrunde, daß die Bindung an das Gesetz und die Wahrung des rechtsstaatlichen Grundsatzes eines angemessenen Verhältnisses von Strafe und Schuld nur in einigen Ausnahmefällen außer acht gelassen worden seien. Die Höchststrafe, also die Todesstrafe, sei in aller Regel, insbesondere auch bei Flucht- und anderen Ungehorsamshandlungen, zu Recht verhängt worden, so daß derjenige, der sich dem Dienst entzogen habe, nur ausnahmsweise als Opfer des Krieges iS des BVG angesehen werden könne. Eine solche Ausnahme müsse bewiesen werden.

12 Diese Gesetzesauslegung (die ersichtlich auch noch von Schwinge, Verfälschung und Wahrheit, 1988, S 60 ff vertreten wird), wird weder der Entstehungsgeschichte der Vorschrift noch der allgemeinen Praxis der Verurteilung zur Todesstrafe in der nationalsozialistischen Wehrmacht während des Zweiten Weltkrieges gerecht (vgl Einzelbeispiele bei Kammler, Ich habe die Metzelei satt und laufe über ..., 1985). Dies gilt besonders in der Endphase von 1944/45, über die hier allein zu entscheiden ist. Die Auslegung steht auch nicht im Einklang mit dem Urteil des BSG vom 25. Mai 1960 (BSGE 12, 175 = SozR Nr 47 zu § 1 BVG), das die Strafpraxis der Kriegszeit zutreffend würdigt. Allerdings hat sich diese "Ausnahmetheorie" in zahlreichen Fällen nicht ausgewirkt, weil die Umstände, die zu einer Verurteilung geführt haben, bekannt waren, und weil - anders als im vorliegenden Fall - eine Beweislastentscheidung zuungunsten der Hinterbliebenen vermieden werden konnte.

13 Der Begründung zum Entwurf des BVG ist nicht eindeutig zu entnehmen, unter welchen Umständen eine mit dem militärischen Dienst zusammenhängende Strafmaßnahme und deren Folge nach § 1 Abs 2 Buchst d BVG als offensichtliches Unrecht anzusehen sein sollen. Schon früh hat die Rechtsprechung unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte darauf hingewiesen, daß in jedem Einzelfall zu entscheiden sei, ob eine Strafmaßnahme im Widerspruch zu rechtsstaatlichen Anschauungen stehe (BSGE 6, 195, 197). Dies entsprach der Äußerung der Bundesregierung im Gesetzentwurf zum BVG; danach soll § 1 Abs 2 Buchst d BVG insbesondere Schädigungen erfassen, "die in der letzten Phase des Krieges entstanden sind durch das Vorgehen Deutscher Wehrmacht-, Partei- und ziviler Dienststellen oder von Einzelpersonen, um die Erfüllung eines Einsatzes zu erzwingen, obwohl der verlangte Dienst den Umständen nach nicht mehr erwartet werden konnte" (BT-Drucks 1/1333, S 46f).

14 Darüber hinaus ist aber anderen Teilen der Entstehungsgeschichte, insbesondere den Beratungen des 26. Bundestagsausschusses für Kriegsopfer- und Kriegsgefangenenfragen, zu entnehmen, daß und aus welchen Gründen eine weite, relativ unbestimmte Gesetzesfassung ohne Bindung an formalisierte Wiederaufnahmeverfahren gewünscht war: Die Frage des offensichtlichen Unrechts sollte im Gesetz offengelassen werden, damit man jeweils von Fall zu Fall großzügig entscheiden könne (Dt BT, 1. Wp, Sitzungsprotokoll vom 12. Oktober 1950 S 122 <D> und 123 <A> bis 124 <A> und <B>). Den sachkundigen Abgeordneten stand erkennbar damals noch die große Zahl von Todesurteilen sowie die grausame Strafzumessung vor Augen. Ihnen war bewußt, daß die Vorschrift im wesentlichen nur für Todesurteile von Bedeutung war. Nach Auffassung des Ausschusses sollte die bis zum Inkrafttreten des BVG geübte Praxis nach den bis dahin geltenden Vor-

schriften (Sozialversicherungsdirektive <SVD> Nr 27 vom 2. Mai 1947 - ABl fd Brit Zone S 155 iVm der Sozialversicherungsanordnung <SVA> Nr 11 vom 5. Juli 1947 - aaO S 234; Gesetz zur Änderung der SVD Nr 27 und der SVG Nr 11 vom 12. Juli 1949 - GVBl Nordrhein-Westfalen S 229 und entsprechenden Vorschriften für die amerikanische Zone) beibehalten werden. Nach diesem Recht bedurfte die Gewährung einer Leistung für den Fall der Hinrichtung der Zustimmung durch die Aufsichtsbehörde. Die Zustimmung wurde in 90 vH der Fälle erteilt (26. Ausschuß Sitzung vom 12. Oktober 1950, S 123 <B>). Ein Leistungsanspruch bestand (auch nach damaligem Recht) nur dann, wenn zwischen der Hinrichtung und den unmittelbaren Kriegseinwirkungen oder dem militärischen oder militärähnlichen Dienst ein Zusammenhang bestand. Der Zusammenhang galt aber nicht schon deshalb als gelöst, weil ein Soldat sich militärdienstwidrig verhalten und deshalb ein Militärstrafverfahren mit Hinrichtung stattgefunden hatte.

15 Die gegenteilige Auffassung (vgl die Nachweise bei Wilke, BVG, ab der 3. Aufl § 1 Anm II.7, vgl auch 5. Aufl 1980, § 1 Anm II.7) ist erst später in Gerichtsurteilen vertreten worden, daß nämlich ein Militärstrafverfahren auch dann, wenn es typische soldatische Delikte betrifft, für die es im Zivilleben keine Entsprechung gibt, nicht zu den militärdiensteigentümlichen Verhältnissen zählt. Nach den dargestellten Gesetzgebungsmaterialien sollte hingegen von Fall zu Fall weiterhin großzügig entschieden werden, ohne daß es zuvor eines Wiederaufnahmeverfahrens bedurfte. Damit hat sich der Gesetzgeber zwar nicht insgesamt von den Strafurteilen der Militärgerichtsbarkeit distanziert, jedoch deutlich gemacht, daß in ihnen allgemein - nicht nur in Einzelfällen - das Unrecht aus dem Geist der Zeit im Gewande des Rechts Gestalt angenommen hat.

16 Hält man dagegen die massenhaft und zur Abschreckung verhängten Todesurteile im Zweifel für rechtmäßig, entspricht das der für die Kriegszeit typischen Geisteshaltung: "Wer den Tod in Ehren fürchtet, stirbt in Schande" (zitiert ua im Befehl der 353. Infanteriedivision vom 18. März 1945, abgedruckt in: Messerschmidt/Wüllner, aaO, S 312). Diese Wertung beruhte auf der damals geltenden Vorschrift, daß der Wehrdienst ein "Ehrendienst" sei (§ 1 Abs 1 Wehrgesetz vom 21. Mai 1935 - RGBl I 609), und schließt die Vorstellung ein, daß auch die Soldaten, die nicht gehorsam den "Ehrendienst" leisteten, sterben müßten. Denn die Freiheitsstrafen wurden als ungerechtfertigte Bevorzugung, als Leben auf Kosten der Gemeinschaft empfunden, die angesichts der Todesgefahr an der Front völlig unangemessen erschien (Erlaß Hitlers vom 14. April 1940, Bundesarchiv-Militärarchiv <BA-MA> Freiburg, RH 127, zitiert nach Messerschmidt, Festschrift für M. Hirsch S 127). Daraus folgerte man für den Opferbereich des BVG, daß er sich grundsätzlich auf die "ehrenhaft" geschädigten Soldaten beschränke, also in der Regel nicht für Hingerichtete gelte.

17 Auf dieser früheren politischen Bewertungsgrundlage über Versorgungsansprüche nach dem BVG zu entscheiden wäre mit dem Gesetzeszweck unvereinbar. Grundlage der Ansprüche nach dem BVG ist vielmehr der Opfergedanke; entschädigt werden Opfer, die durch bestimmte Wehrdienst- und Kriegsumstände (vgl § 5 Abs 1 SGB I, Überschrift und § 1 BVG) geschädigt worden sind. Die Schädigungen durch Todesstrafen, um die es in diesem Verfahren allein geht, werden nach § 1 Abs 2 Buchst d BVG den Schädigungen durch den militärischen Dienst gleichgestellt, wenn ein - damals als todesstrafenwürdig angesehener - Angehöriger der Wehrmacht sich dem strikten Befolgen militärischer Befehle oder gar dem Dienst insgesamt entzogen hat oder wenn er sich in anderer Weise strafbar gemacht hat und dadurch zum Opfer des Krieges geworden ist (vgl auch LSG Nordrhein-Westfalen, Breithaupt 1970, 510, bestätigt durch BSG, Urteil vom 16. März

1972 - 10 RV 162/70; ein ähnlicher Sachverhalt wurde in BSG SozEntsch 2. Folge, IX/3 § 1 <c> BVG Nr 17 durch das BSG anders beurteilt - dazu kritisch: Kühne, Sozialgerichtsbarkeit 1967, 489). Der Zusammenhang mit dem Militärdienst und den ihm eigentümlichen Verhältnissen - auch bei den Bestraften - wird sogar deutlich, wenn eine "zivile", dh nicht typisch militärische Straftat des Soldaten, zB Diebstahl (vgl LSG Rheinland-Pfalz, Sozialgerichtsbarkeit 1954, 55; Messerschmidt/Wüllner, aaO S 169 ff, 241), um der militärischen "Mannszucht" und Kampfkraft willen zur allgemeinen Abschreckung mit der höchsten Strafe geahndet worden ist. Dieser Abschreckungszweck kann - entgegen der von Schwinge (aaO) vertretenen Ansicht - nicht von der konkreten politischen Situation, in der dieser Krieg geführt worden ist, losgelöst werden. Die Strafmaßnahmen hatten daher ihren Grund in den besonderen Verhältnissen, die dem militärischen Dienst damals eigentümlich waren (§ 1 Abs 1 BVG). Denn die Todesstrafe wurde um der Kriegsführung willen so zwangsläufig verhängt wie in den Urteilen des Volksgerichtshofs. Diese sind nach dem Beschluß des Deutschen Bundestages vom 25. Januar 1985 als Unrecht zu brandmarken (dazu BT-Drucks 10/2368 mit Beschlußempfehlung des Rechtsausschusses). Das muß auch für jene Militärgerichtsurteile gelten, die ein Sonderopfer durch Verlust des Lebens auferlegten. Hinrichtungen sind dienstlichen Schädigungen ebenso gleichzustellen wie andere Aufopferungstatbestände im Gesetz, die sich allein auf Auswirkungen des Krieges beziehen, aber nicht notwendig mit dem soldatischen Dienst zusammenhängen: die durch unmittelbare Kriegseinwirkung (§ 1 Abs 2 Buchst a, § 5 BVG) oder durch eine Internierung (§ 1 Abs 2 Buchst c BVG) bewirkten Schädigungen. Unerheblich ist nach dem derart ausgestalteten Opfergrundsatz, ob das Verhalten des Betroffenen, das zur Schädigung führte, bestimmten Zwecken diente, ob das Verhalten heute Anerkennung verdient oder gar die von militärischen Stellen getroffenen Maßnahmen aus damaliger Sicht unrechtmäßig waren. Zu entschädigen sind daher gleichermaßen Widerstandskämpfer, unpolitische Menschen, auch "Feiglinge" und getreue Gefolgsleute in einem völkerrechtswidrigen Krieg.

18 Die Bewertung der Militärstrafjustiz der nationalsozialistischen Wehrmacht muß sich an der Wirklichkeit ausrichten, wie sie sich heute darstellt. Nur ein beschränkter Teil der damaligen Strafpraxis war rechtsstaatlich vertretbar. Solche Urteile waren dem "Normenstaat" zuzurechnen, dh dem Teil der Staatsgewalt, der sich an eine in einem Kulturstaat vertretbare Rechtsordnung hielt (vgl Fraenkel, Der Doppelstaat: Recht und Justiz im "Dritten Reich", 1984, S 21, 99 ff; amerikanische Originalausgabe von 1941).

19 Die nationalsozialistische Herrschaftsordnung war jedoch zu einem großen Teil anders geartet; sie war ein politisches Terrorsystem "der unbeschränkten Willkür und Gewalt, das durch keinerlei rechtliche Garantien eingeschränkt" wurde, und bildete insoweit den sogenannten "Maßnahmestaat" (Fraenkel, aaO, S 21, 26 ff, 136 ff). Diese Analyse und Definition des nationalsozialistischen Staates wurde damals von einem führenden Juristen, Werner Best, übernommen (Fraenkel, aaO, S 17, 68 f, 93 f; Best, Jahrbuch der Akademie für deutsches Recht 1937, 132 ff). Zum "Maßnahmestaat" gehörte auch die Todesurteilspraxis der Wehrmachtgerichte. Die massenhafte Verhängung von Todesurteilen zielte auf allgemeine Abschreckung und sollte um jeden Preis von allen Soldaten auch gegenüber sinnlosen Befehlen unbedingten Gehorsam erzwingen und jegliche Abweichung oder Verweigerung mit dem Tode ahnden. In gleicher Weise wurden ohne Rücksicht auf individuelle Schuld "zivile" Straftaten aus militärischen und politischen Gründen geahndet. Die Wehrmacht, deren Gerichte insoweit zum Vollzugsorgan des Maßnahmestaates wurden, war nach offizieller Deutung eine der beiden "Säulen" der nationalsozialistischen Herrschaft neben der Partei (Pfundtner/Neubert, Das neue

Deutsche Reichsrecht, Teil I Öffentliches Recht Band 3, Stand 1941, I g 2, zu § 2 Wehrgesetz, Anm 2). Die Wehrmacht und ihre Gerichte sollten dazu beitragen, den völkerrechtswidrigen Krieg zu führen. Die Anwendung der Höchststrafe, auch der Todesstrafe, wurde nicht mehr individuell durch Gerichte, sondern durch Führererlaß generell als angemessen festgelegt (vgl die Richtlinie, abgedruckt in Messerschmidt/Wüllner aaO S 287/288).

20 Die Annahme, es habe in Militärstrafsachen ein rechtsstaatliches Verfahren gegeben, begegnet schon für die Zeit ab Kriegsbeginn erheblichen Bedenken und kann jedenfalls für Verurteilungen seit Januar 1942 nicht mehr vertreten werden. Schon seit Kriegsbeginn bedurften die Urteile einer Bestätigung durch einen militärischen Befehlshaber, waren also im Ergebnis nicht nur von der Erkenntnis eines unabhängigen Richters getragen (§ 1 Abs 2 Nr 4, §§ 74 ff Kriegsstrafverfahrensordnung vom 17. August 1938 - RGBl 1939 I 1457). Seit 1942 durften auf Anordnung des Führers auch Oberbefehlshaber der Wehrmachtsteile und der Chef des Oberkommandos der Wehrmacht sogar rechtskräftige Urteile von Wehrmachtgerichten zum Zwecke der Strafverschärfung aufheben (vgl Messerschmidt/Wüllner aaO S 43). Nach dem Befehl Hitlers über die Bildung des Truppensonderdienstes in der Wehrmacht, der auch für die Laufbahn der Wehrmachtrichter galt (vom 24. Januar 1944 - BA-MA, RL 5/793, zitiert nach Messerschmidt/Wüllner, aaO, S 273), waren auch die Richter schließlich noch den jeweiligen Truppen- und Fachvorgesetzten unterstellt, weshalb im vorliegenden Fall die Nachricht über die Vollstreckung auch nicht durch einen Kriegsgerichtsrat, sondern durch einen Oberstabsrichter unterzeichnet worden ist. Im Bereich der Wehrmacht hat es somit keine unabhängige Justiz gegeben. Die Justiz war Vollzugsorgan des Maßnahmestaats (vgl hierzu auch Schiekel, Anm z Urteil vom LSG Rheinland-Pfalz vom 19. Juni 1954 in SGb 1954, 55, 59).

21 In diesem System, das dem Gesetzgeber bei der Schaffung des § 1 Abs 2 Buchstabe d BVG vor Augen stand, was aber das BSG in einigen Urteilen nicht berücksichtigt hat, wurden nach inzwischen gewonnenen Forschungsergebnissen im Zweiten Weltkrieg von Wehrmachtgerichten etwa 30.000 Todesurteile (hochgerechnet, einschließlich standrechtlicher Erschießungen sowie der Urteile gegen Zivilisten und Kriegsgefangene sogar 50.000) verhängt und mehr als 20.000 Todesurteile vollstreckt, zunehmend wegen Fahnenflucht oder "Zersetzung der Wehrkraft" (Messerschmidt/ Wüllner, S 63 - 168 und Messerschmidt in: Festschrift für M. Hirsch, 1981, S 111, 124 ff, 136 ff; Hennicke, Zeitschrift für Militärgeschichte 1965, 715, 717, 720; vgl auch Wüllner, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung, 1991, S 227; 446 ff; 503; 843; 852). Die rechtsstaatswidrige Entartung der Todesurteilspraxis wird im Vergleich zu den anderen kriegführenden Nationen deutlich: Amerikaner, Engländer und Franzosen haben im ganzen Zweiten Weltkrieg zusammen etwa 300 Todesurteile vollstreckt. Die Vereinigten Staaten verhängten während des Zweiten Weltkriegs insgesamt 763 Todesurteile, wovon 146 vollstreckt worden sind; vollstreckt wurde nur eines wegen Fahnenflucht, die anderen wegen Vergewaltigung und Mordes; Großbritannien vollstreckte im gesamten Zweiten Weltkrieg 40 Todesurteile an den Angehörigen seiner Streitkräfte, davon 36 wegen Mordes und 3 wegen Meuterei (vgl Messerschmidt/Wüllner aaO S 29; Messerschmidt in: Festschrift für Martin Hirsch S 111, 112). Hingegen hatte die deutsche Militärjustiz schon bis September 1940 519 Todesurteile vollstreckt (Messerschmidt/ Wüllner aaO S 70); am Ende des Krieges waren es vermutlich mehr als 20.000 (vgl auch Wüllner aaO S 192 ff; 200f; 231 ff).

22 Insgesamt erklärt sich die Gesamtbilanz "nur vor dem Hintergrund einer zur Normalität gewordenen Perversion des Rechtsdenkens". "Erscheinungen der Angst, der Erschöp-

fung, der Nichtanpassung an die geforderte Volksgemeinschaftsdisziplin mit äußerster Härte zu bekämpfen", hielt diese Justiz "für selbstverständliche Pflicht" (Messerschmidt, Festschrift Martin Hirsch, S 117). Zweifel an der nationalsozialistischen Weltanschauung, am Erfolg des völkischen Lebenskampfes, an Wehrmachtsberichten sowie die Weitergabe von Mitteilungen über Zersetzungserscheinungen in der Heimat oder über Kampfmüdigkeit und Überläufer waren todeswürdig (Nachweise bei Messerschmidt aaO, S 128).

23 Diese Terrorjustiz, zu der speziell auch die vom Festungskommandanten in Breslau 1945 geschaffene Standgerichtsbarkeit gehörte, sollte in aussichtsloser Lage rücksichtslos die Kampfkraft aufrechterhalten. Sie ist in einem früheren Urteil des Senats, das eine Hinrichtung in Breslau betraf, dargestellt (BSGE 57, 266, 271 f).

24 Die Todesstrafenpraxis läßt vermuten, daß grundsätzlich die Todesurteile der Wehrmachtgerichte offensichtlich unrechtmäßig iS des § 1 Abs 2 Buchstabe d BVG sind. Wenn allgemein die Todesstrafe ohne Rücksicht auf das Maß persönlichen Verschuldens verhängt wurde, würde es der Wirklichkeit nicht gerecht, den Betroffenen jeweils den Nachweis in ihrem Einzelfall abzuverlangen. Diese Bewertung gilt grundsätzlich für den gesamten Krieg, hat aber wegen der Eskalation der Todesstrafenpraxis in Verbindung mit den in Verlust geratenen Urteilen, die allein eine Einzelüberprüfung ermöglichen, vor allem für das letzte Kriegsjahr Bedeutung.

25 Diese Bewertung der Todesurteile der im Dienst der nationalsozialistischen Wehrmacht stehenden Justiz als offensichtlich unrechtmäßig im Sinne des Entschädigungsrechts ist außerdem wegen des Maßstabs geboten, den der Gesetzgeber in anderen Entschädigungsbereichen in vergleichbar vorsichtigen Formulierungen anlegt. Voraussetzung für solche Entschädigungsleistungen ist nicht, daß Rechtsbeugung oder Wiederaufnahmegründe nachgewiesen werden; auch im Einklang mit der damaligen Rechtsordnung erlassene Urteile können Entschädigungstatbestände sein. So hat noch am 7. März 1988 auf eine Entschließung des Bundestages die Bundesregierung eine abschließende Härteregelung zur Entschädigung von NS-Opfern im Rahmen des AKG erlassen (BAnz Nr 55/1988 S 1277), wonach auch gesetzmäßig verhängte Strafen als NS-Unrecht gelten können. Nach der Präambel zum Bundesergänzungsgesetz zur Entschädigung von Opfern der nationalsozialistischen Verfolgung (BEG) vom 18. September 1953 (BGBl I 1387) wird die Entschädigung gewährt in Anerkennung der Tatsache, daß Personen, die wegen ihrer politischen Überzeugung, aus Gründen der Rasse, des Glaubens oder der Weltanschauung unter nationalsozialistischer Herrschaft verfolgt worden sind, Unrecht geschehen ist und daß der gegen die nationalsozialistische Gewaltherrschaft geleistete Widerstand ein Verdienst um das Wohl des deutschen Volkes und Staates war. Nicht nur Verfolgung wegen aktiven Widerstandes, sondern auch Bestrafung wegen einer bekanntgewordenen "falschen" Gesinnung begründet den Entschädigungstatbestand. Eben diese durch Weltanschauung oder politische Überzeugung gekennzeichneten Straftaten haben auch im militärischen Bereich wegen der auch hier unterstellten Relevanz der Straftaten für die Volksgemeinschaft in den Urteilsbegründungen und im Strafmaß zu Verschärfungen geführt. Das Militärstrafrecht war ebenso politisiert wie das für Zivilisten geltende Strafrecht. Die Verhängung der Todesstrafen gegenüber "treulosen Schwächlingen" war schon gemessen an der "bis zum Tode getreuen Einsatzbereitschaft aller anständigen Soldaten" die regelmäßige Reaktion (Dönitz, zitiert von Messerschmidt, Festschrift für Martin Hirsch, aaO S 127).

26 In der Erkenntnis, daß auch ein Todesurteil, das - nach dem damals in Deutschland geltenden Recht, aber auch gemessen am Recht anderer westlicher Staaten - keine Rechts-

fehler aufweist, eine Entschädigung zuläßt, hat das BSG die Hinrichtung eines Generals, der an der Vorbereitung des Attentats vom 20. Juli 1944 auf Hitler beteiligt war, zugleich als eine Schädigung iS des § 1 Abs 2 Buchst d BVG angesehen (BSGE 12, 175 = SozR Nr 47 zu § 1 BVG; vgl den ausführlichen Tatbestand im bestätigten Urteil des Bayerischen LSG, Amtsbl des Bayerischen Arbeitsministeriums 1958 S B 89). Diesen Rechtsgedanken folgt der Senat. Wenn ein zum Tode verurteilter Offizier, der sich aus rein militärischer Überzeugung zum Widerstand gegen die nationalsozialistische Herrschaft entschlossen hatte und sogar an der Tötung Hitlers, des Obersten Befehlshabers der Wehrmacht (§ 3 Abs 1 Wehrgesetz), mitwirken wollte, einem offensichtlichen Unrechtsurteil zum Opfer gefallen ist, kann demgegenüber Fahnenflucht oder sonstiger, geringfügigerer Ungehorsam eines einzelnen Soldaten, als ein sehr viel unbedeutenderer Akt gegen die Kriegsführung, nicht grundsätzlich den Zusammenhang mit dem militärischen Dienst lösen; die Beurteilung der Straftat am Maßstab des § 1 Abs 2 Buchst d BVG hat zu berücksichtigen, daß ein Unrechtsstaat einen völkerrechtswidrigen Krieg geführt hat, in dem jeder Widerstand, auch der des einfachen Ungehorsams oder des Verlassens der Truppe, mit Todesstrafe geahndet wurde und daher auch rückschauend als Widerstand gegen ein Unrechtsregime nicht von der Entschädigung nach BVG ausgeschlossen werden darf.

27 Die demnach bestehende Vermutung der offensichtlichen Ungerechtigkeit von Todesurteilen wird lediglich dann nicht wirksam als Grundlage für einen Versorgungsanspruch nach § 1 BVG, wenn nachweislich die Todesstrafe wegen eines "zivilen" Verbrechens, zB wegen einer Mordtat, verhängt wurde und die Verhängung einer Höchststrafe auch außerhalb des Wehrdienstes in Betracht gekommen wäre. Ein solcher Sachverhalt war auch nach § 1 Abs 4 der VO über die Gewährung von Straffreiheit vom 3. Juni 1947 (VOBl fd Brit Zone 1947, S 68) von der "Amnestie" ausgenommen, die im übrigen für "militärische Verbrechen" gewährt worden ist. Daß die Gewährung der Straffreiheit im Einzelfall sogar wie ein Wiederaufnahmeverfahren wirken kann (insbesondere über § 7 der VO), ist in der Rechtsprechung schon immer anerkannt worden (BGHZ 10, 75 ff; BSGE 21, 222, 225), erstreckte sich jedoch gerade nicht auf Straftatbestände, die zugleich nach den allgemeinen Strafgesetzen strafbar waren. Solange jedoch kein Anhalt für einen solchen Sachverhalt besteht, ist bei militärgerichtlichen Todesurteilen nach allgemeinen Beweislastregeln zu entscheiden.

28 Im vorliegenden Fall ist die Grundlage für das vollstreckte Todesurteil nicht bekannt. Zu Recht hat das LSG keinen der denkbaren Tatsachenabläufe für erwiesen oder wahrscheinlich gehalten. Die wenigen ermittelten Tatsachen sprechen allerdings nicht für die Annahme eines Gewaltverbrechens, das mit dem Tode hätte geahndet werden müssen. Es bleibt offen, ob der frühere Ehemann der Klägerin nach seinem Heimaturlaub um die Jahreswende 1944/45 tatsächlich nicht zu seiner Truppe nach Dänemark zurückkehren wollte, obgleich dort damals - wie gerichtsbekannt ist - verhältnismäßig gute Lebensumstände für die deutschen Soldaten bestanden. Es erscheint auch möglich, daß er auf seinem Weg aus der oberschlesischen Heimat über Breslau nicht hinausgekommen ist, zumal dort wegen des Ausbaus zur Festung jeder Mann gebraucht wurde. Es mag auch sein, daß er angesichts des drohenden Zusammenbruchs seiner Heimat nahe bleiben wollte; denn er stammte aus dem Teil Oberschlesiens, der nach dem Ersten Weltkrieg von Deutschland abgetrennt worden ist, und hatte, da er polnischer Abstammung war, nur als Angehöriger der Volksliste 3 die deutsche Staatsangehörigkeit erworben (§ 1 Abs 1 und 3 Buchst a, § 5 Verordnung vom 4. März 1941 - RGBl I 118 -; § 5 Verordnung vom 31. Januar 1942 - RGBl I 51). Diese Personen, deren Angehörige angesichts der vorrückenden feindlichen Truppen aus dem Osten besonderer persönlicher Gefährdung aus-

gesetzt waren, mußten mit besonders harten Bestrafungen rechnen (vgl dazu Messerschmidt/ Wüllner, aa0 S 99). Die Entschädigung ist daher auf der Grundlage einer Beweislastentscheidung gemäß § 1 Abs 2 Buchst d BVG zuzusprechen.

29 Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.