
Historische Erkenntnis und juristische Bewertung

Die Berücksichtigung fachfremder Forschungsergebnisse durch die Sozial- und Verwaltungsgerichte am Beispiel der Rolle der Wehrmachtsgerichte im nationalsozialistischen System

von Andreas Dietz

Die geschichtswissenschaftliche Untersuchung des nationalsozialistischen Regimes, der damaligen Geschehnisse und des Verhaltens von zeitgenössischen Amtsträgern, legt die Grundlage für die Aufarbeitung dieser Zeit in anderen Bereichen. So sind z.B. deutsche Verwaltungsgerichte heute noch mit Klagen von Erben befasst, deren Vorfahren auf Grund von Verstrickungen in das nationalsozialistische Regime von der sowjetischen Besatzungsmacht nach 1945 enteignet worden sind. Dazu greifen sie auf historische Erkenntnisse zurück. Gleichwohl verfolgen die historische Forschung einerseits und die juristische Bewertung andererseits unterschiedliche Ziele: In der Geschichtswissenschaft sollen Forschungen insbesondere zu Einzelfragen neue Erkenntnisse zutage fördern und in ihrer systematischen Zuordnung eine immer genauere Gesamtschau auf das „Dritte Reich“ ermöglichen. Dem gegenüber haben die Gerichte in den von ihnen zu entscheidenden Einzelfällen nur historische Ausschnitte zu behandeln, um ihre Verfahren auf der Grundlage des aktuellen Forschungsstandes zu bearbeiten und zeitnah mit einer Entscheidung abzuschließen. Dem umfassend angelegten historischen Forschungsprozess stehen sachlich und zeitlich auf Ausschnitte der Vergangenheit begrenzte Gerichtsprozesse gegenüber. Der folgende Beitrag beleuchtet dieses Spannungsverhältnis am Beispiel der Wehrmachtsgerichte. Zunächst werden die konträren Einschätzungen des Bundessozialgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts erläutert (I.), anschließend die gerichtliche Entscheidungsfindung unter Heranziehung historischer Forschungsergebnisse (II.).

I. Der Streit um die Bewertung der Wehrmachtsgerichte

Die Rolle der deutschen Militärgerichtsbarkeit im Zweiten Weltkrieg war in den ersten Jahrzehnten nach Ende des Zweiten Weltkriegs kein Gegenstand historischer Forschung oder juristischer Bewertung. Ehemalige Wehrmichtsrichter setzten ihre vor Kriegsausbruch begonnenen Laufbahnen vielfach in der Justiz der Nachkriegszeit fort. Erst in den 70er Jahren rückte die Rolle der Wehrmichtsgerichte in den Blick der Öffentlichkeit, als ein Ministerpräsident und ehemaliger Marinerichter, mit seiner Beteiligung an Todesurteilen im zeitlichen Zusammenhang mit der Kapitulation der Wehrmacht am 8. Mai 1945 konfrontiert, sein früheres Verhalten ohne Anflug von Selbstkritik rechtfertigte: „Was damals Rechtsens war, das kann heute nicht Unrecht sein“.¹ Nach weiteren öffentlich bekannt gewordenen Details musste er schließlich unter dem Druck der Öffentlichkeit und wohl auch seiner Partei von seinen Ämtern zurücktreten. Die Brisanz zeigte sich noch anlässlich seiner Beisetzung vor wenigen Jahren, als ein unzureichend differenzierter Nachruf seines Amtsnachfolgers als Ministerpräsident öffentliche Empörung auslöste.

1. Die Bewertung der Wehrmichtsgerichte durch das Bundessozialgericht

In den 80er Jahren leitete das Bundessozialgericht eine Kehrtwende in der Rechtsprechung zum Bundesversorgungsgesetz ein. Anlass waren Klagen von Witwen ehemaliger Wehrmichtsangehöriger, die wegen Dienstpflichtverletzung, Fahnenflucht oder unerlaubter Entfernung kurz vor Kriegsende zum Tode verurteilt und hingerichtet worden waren. Ihre Anträge auf Witwenrente waren von den zuständigen Behörden abgelehnt worden. Die Hinrichtung sei zwar eine mit dem militärischen Dienst zusammenhängende Strafmaßnahme, aber nicht als offensichtliches Unrecht einer militärdienstlichen Schädigung gleichzustellen, so dass kein Rentenanspruch bestehe.

Demgegenüber stufte das Bundessozialgericht ein standgerichtliches Todesurteil, das gegen einen in der „Festung Breslau“ eingesetzten Soldaten ergangen war, der seine Stellung nach Verbrauch der Kampfmittel eigenmächtig aufgegeben hatte, nun als „offensichtliches Unrecht“ im Sinne des Rententatbestands der § 1 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. b), Abs. 5, § 38 Abs. 1 Satz 1 des Bundesversorgungsgesetzes (BVG)²

1 So Hans Filbinger, zit. nach N. N., Der Spiegel Nr. 20/1978, S. 23 (26).

2 Gesetz über die Versorgung der Opfer des Krieges (Bundesversorgungsgesetz) i.d.F. v. 22.1.1982.

ein, weil die Strafe fundamentalen und an rechtsstaatlichen Anschauungen orientierten Erfordernissen der Gerechtigkeit widerspreche.³ Ob das standgerichtliche Verfahren rechtsstaatlichen Gesichtspunkten entsprach oder Verfahrensunrecht gewesen sei, ließ es offen. Es stützte sich allein darauf, dass das Standgericht materiell gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstoßen und damit grobes Unrecht gesetzt habe, als es ungeachtet der individuellen Schuld des Täters auf die Höchststrafe erkannt habe, obwohl eine weit darunter liegende Strafe gerechtfertigt gewesen sei. Zwar habe das Standgericht insoweit die geltenden Befehle des Festungskommandanten der „Festung Breslau“ befolgt, wonach standgerichtlich zum Tode verurteilt werde, wer eigenmächtig seine Stellung verlasse. Die Strafzumessung habe sich aber allein am Ziel der Abschreckung orientiert und so typischerweise das Merkmal der Unverhältnismäßigkeit erfüllt. Dafür spreche auch die vergleichsweise hohe Zahl der gegenüber Wehrmachtsangehörigen verhängten Todesurteile, wozu sich das Bundessozialgericht auf Zahlenangaben von Schweling und Messerschmidt stützte.⁴

Wenige Jahre später stufte das Bundessozialgericht ein Todesurteil mutmaßlich eines Wehrmachtsgerichts wegen unerlaubter Entfernung als „offensichtlich unrechtmäßig“ ein, weil „grundsätzlich die Todesurteile der Wehrmachtsgerichte offensichtlich unrechtmäßig“ seien.⁵ Es kippte nun ausdrücklich die bis dahin gültige Rechtsprechung, welche von einer grundsätzlichen Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Urteile ausgegangen war und Todesurteile nur in Ausnahmefällen als Unrecht angesehen hatte, wenn im Einzelfall jede Rechtfertigung für die Ausschöpfung des Strafrahmens fehlte oder der Strafrahmen gar überschritten worden war.⁶ Stattdessen stellte das Bundessozialgericht jetzt die gegenteilige „durch Erfahrung ge-

3 BSG v. 13.12.1984, Az. 9a RV 14/83, NJW 1985, 1109.

4 BSG v. 13.12.1984, Az. 9a RV 14/83, NJW 1985, 1109 (1111) mit Verweis auf *Otto Peter Schweling/Erich Schwinge*, Die deutsche Militärjustiz in der Zeit des Nationalsozialismus. Marburg an der Lahn 1977; *Manfred Messerschmidt*, Deutsche Militärgerichtsbarkeit im Zweiten Weltkrieg, in: Hans-Jochen Vogel/Helmut Simon/ Adalbert Podlech (Hrsg.), Die Freiheit des Anderen. Festschrift für Martin Hirsch. Baden-Baden 1981, 111 ff.

5 So BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, S. 934 (935 f.). Zur Vorgeschichte *Manfred Messerschmidt*, Die Wehrmachtjustiz 1933–1945. Paderborn/München/Wien 2005, 443 ff.; *Alexander Poretzschkin*, Die NS-Militärjustiz. Anmerkungen zu dem Forschungsbericht von Wüllner und zu Konsequenzen für eine evtl. Wehrstrafergerichtsbarkeit, in: NZWehr 1994, 195 f.

6 Es grenzte sich hierbei deutlich von *Erich Schwinge*, Verfälschung und Wahrheit. Tübingen/Zürich/Paris 1988, 60 ff., ab, vgl. BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934.

stützte“ Vermutung auf, dass „die Hinrichtungen im Zweiten Weltkrieg aufgrund militärgerichtlicher Verurteilung, soweit nicht – nach rechtsstaatlichen Maßstäben – ausnahmsweise erkennbar die Höchststrafe gerechtfertigt erscheint“, grundsätzlich offensichtliches Unrecht seien. Dazu stützte es sich auf „neuere Erkenntnisse über die Wehrmachtsjustiz“, im Wesentlichen auf die Forschungsergebnisse von Messerschmidt und Wüllner.⁷ Es rekurrierte formell auf die Eigentümlichkeiten des zeitgenössischen militärgerichtlichen Verfahrens mit der Trennung in erkennendes Gericht und Bestätigung des Urteils durch den Gerichtsherrn, die Aufhebbarkeit rechtskräftiger Urteile zwecks schärferer Bestrafung und die Unterstellung der Wehrmachtsrichter unter Fachvorgesetzte sowie materiell auf den Abschreckungszweck der Todesstrafe, die Einbindung der Wehrmachtsgerichte in den nationalsozialistischen Maßnahmestaat als Teil eines politischen Terrorsystems und die hohe Zahl der vollstreckten Todesurteile als „rechtsstaatswidrige Entartung der Todesurteilspraxis“.⁸ Dabei nahm das Bundessozialgericht eine konsequente Opferperspektive ein und argumentierte mit dem Gesetzeszweck der Entschädigungsregelung, unabhängig vom Verhalten des Betroffenen und seiner Bewertung sowie der zeitgenössischen Bewertung des Urteils als Recht oder Unrecht allen Entschädigung zu gewähren, denen durch militärgerichtliche Urteile ein Sonderopfer abverlangt worden sei. Zu entschädigen seien „daher gleichermaßen Widerstandskämpfer, unpolitische Menschen, auch ‚Feiglinge‘ und getreue Gefolgsleute in einem völkerrechtswidrigen Krieg“.⁹ Zur Stützung seiner Argumentation verwies es auf Hochrechnungen einer Zahl von nicht unter 30 000 Todesurteilen.¹⁰ Dagegen erhob sich aus den Reihen ehemaliger Wehrmachtsrichter, insbesondere des führenden Kommentators des Militärstrafrechts bis 1945, heftiger Widerspruch. Sie verteidigten ihr früheres Handeln und behaupteten, die deutsche Militärjustiz sei berufen gewesen, „dem Rechte und nur ihm zu dienen“. Die Wehrmachtsgerichtsbarkeit habe sich bemüht, „den Erfordernissen rechtsstaatlicher Verfahrensgestaltung Rechnung zu tragen“. Sie habe sich weder „zum blinden Werkzeug drakonischer Gesetze degradie-

7 Vgl. *Manfred Messerschmidt/Fritz Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz im Dienste des Nationalsozialismus. Zerstörung einer Legende. Baden-Baden 1987.

8 BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, S. 934 f.

9 BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, S. 934 (935).

10 BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, S. 934 (936), unter Verweis auf *Messerschmidt/Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz (wie Anm. 7); die Daten sind auch wiedergegeben von *Messerschmidt*, Die Wehrmachtjustiz (wie Anm. 5), 51 f., 84.

ren lassen“ noch „bei der Strafzumessung jedes Maß verloren“. „Bis zum Beweis des Gegenteils“ müsse den Wehrmachtsrichtern eine einwandfreie Arbeit bescheinigt werden, ihre Urteile „entsprachen – nicht nur nach damaliger Auffassung – rechtsstaatlichen Anforderungen“. ¹¹ In der Folgezeit war die Wehrmachtsgerichtsbarkeit Gegenstand weiterer Forschungen, welche die Einschätzung des Bundessozialgerichts aber vielfach stützten.

2. Die Bewertung der Wehrmachtsgerichte durch das Bundesverwaltungsgericht

Auch der Bewertung durch das Bundesverwaltungsgericht in einer jüngeren Entscheidung lag eine Klage auf Entschädigung zugrunde, allerdings nicht von Hinterbliebenen hingerichteter Wehrmachtssoldaten, sondern von Erben eines ehemaligen Wehrmachtsrichters auf Ausgleichsleistung für diesem im Jahr 1949 in der damaligen sowjetischen Besatzungszone bzw. jungen DDR nach einem Gesetz „zur Einziehung von Vermögenswerten der Kriegsverbrecher und Naziaktivisten“ entschädigungslos enteignete Grundstücke. ¹² Einen Ausgleich hatte die zuständige Behörde mit der Begründung abgelehnt, der Betroffene habe durch seine richterliche Tätigkeit dem nationalsozialistischen System erheblich Vorschub geleistet und sei daher nach der Ausschlussklausel des § 1 Abs. 4 AusglLeistG ¹³ von Leistungen ausgeschlossen. Auf die Klage der Erben hin sprach das Verwaltungsgericht eine Ausgleichsleistung zu; die hiergegen gerichtete Revision wies das Bundesverwaltungsgericht in eingehender Würdigung des gegenwärtigen Stands der militärgeschichtlichen Forschung über die Rolle der Wehrmachtsgerichte – im Folgenden verkürzt als Bezeichnung für die ordentlichen Feld- und Borkriegsgerichte in Abgrenzung zu den Standgerichten und fliegenden Standgerichten der letzten Kriegsmonate verwendet ¹⁴ – im nationalsozialistischen System als unbegründet

¹¹ Vgl. *Schweling/Schwinge*, Die deutsche Militärjustiz (wie Anm. 4), 14, 57, 113 f., 343, 374; *Erich Schwinge*, Die Urteile der Militärstrafjustiz „offensichtlich unrechtmäßig“, in: NJW 1993, 368 (369).

¹² BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., RdNr. 1 ff.; dazu auch *Andreas Dietz*, Verstrickung und Verweigerung im nationalsozialistischen System, in: Die Öffentliche Verwaltung 66, 2013, 970 ff.

¹³ Gesetz über die staatliche Ausgleichsleistung für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage, die nicht mehr rückgängig gemacht werden können (Ausgleichsleistungsgesetz) i.d.F. v. 13.07.2004 (BGBl. I 2004, 1665), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes v. 21.03.2011 (BGBl. I 2011, S. 450).

¹⁴ Näher dazu *Andreas Dietz*, Das Primat der Politik in Kaiserlicher Armee, Reichswehr, Wehrmacht und

zurück.¹⁵ Es konnte nicht festgestellt werden, dass der Betroffene eine der drei Alternativen des § 1 Abs. 4 AusglLeistG erfüllt, also entweder gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen oder in schwerwiegendem Maße seine Stellung zum eigenen Vorteil oder zum Nachteil Anderer missbraucht oder dem nationalsozialistischen System erheblichen Vorschub geleistet hatte. Aus seiner Biografie und seinen Personalakten ergaben sich keine eindeutigen Anhaltspunkte¹⁶; insbesondere Verfahrensakten von Urteilen, an denen er mitgewirkt hatte, fanden sich nicht¹⁷. Die gebotene Einzelfallprüfung war also mangels hinreichender Tatsachengrundlage nicht möglich. Somit kam ein Ausschlussgrund nur in Betracht, wenn zwar nicht individuell nachweisbar war, dass der Betroffene solche Rechtsverstöße begangen hatte, aber er einer Organisation angehört oder darin mitgewirkt hatte, für die solche Verstöße generell zu vermuten sind. Das haben Verwaltungsgerichte auf der Grundlage allgemein zugänglicher Informationen sowie in früheren Verfahren eingeholter Auskünfte vermutet, wenn auf Grund historisch belegbarer Erkenntnisse und Erfahrungstatsachen mit der gebotenen Gewissheit anzunehmen ist, dass grundsätzlich jedes Mitglied der Gruppe oder Organisation den jeweiligen Ausschlussstatbestand erfüllt. Dahinter steht die Erkenntnis, dass in arbeitsteiligen Unterdrückungs- und Vernichtungssystemen vielfach der Tatbeitrag des Einzelnen gering und der Taterfolg nicht individuell zurechenbar ist, gleichwohl aber erst die Einzelbeiträge das Gesamtverbrechen ergeben. Gleich einem Mosaikfenster ergeben erst alle Teile zusammen das Gesamtbild. Wenn dieses aber festgestellt und der Gruppe oder Organisation ihr Gesamtbeitrag zur Unterdrückung oder Vernichtung Anderer zugerechnet werden kann, wird es auch möglich, den Tatbeitrag des Einzelnen einzuordnen: Wer der Gruppe oder Organisation in ihrem verwerflichen Tun gedient hat, ist mitverantwortlich für den Gesamterfolg. Dazu ist freilich eine Typi-

Bundeswehr – Rechtliche Sicherungen der Entscheidungsgewalt über Krieg und Frieden zwischen Politik und Militär. Tübingen 2011, 459 m.w.N.

15 BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnrn. 25 ff.

16 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 2: Der Betroffene war Rechtsanwalt und Notar gewesen, 1933 in die SA und 1937 in die NSDAP eingetreten. 1940 wurde er als Kriegsgewichtsrat z. V. in den Heeresjustizdienst beordert, 1943 zum Kriegsgewichtsrat d. R. ernannt und 1944 als Oberstabsrichter d. R. in den Truppensonderdienst übernommen.

17 Dass erst im Revisionsverfahren auf bisher nicht bekannte Akten verwiesen wurde, konnte aus revisionsrechtlichen Gründen nicht mehr berücksichtigt werden, vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 24.

zität erforderlich¹⁸, d.h. die Gruppe oder Organisation muss eine spezifische Funktion im Unterdrückungs- oder Vernichtungssystem gehabt haben und ihre Funktionsweise muss darauf beruht haben, dass jedes ihrer Mitglieder sich typischerweise in diesem Sinne verhielt. Daraus haben die Verwaltungsgerichte eine Regel entwickelt: Je näher eine Organisation dem Parteiapparat stand und je stärker sie in das Terrorregime eingebunden war, desto wahrscheinlicher ist, dass sie elementare Rechtsregeln gebrochen und das System gestützt hat. Wer das nationalsozialistische System mit seinen besonders verwerflichen Elementen wie seinem zerstörerischen Antisemitismus und Rassismus, seiner gewaltsamen Unterdrückung politisch Andersdenkender und seinem aggressiven Streben nach „Lebensraum“ durch Vertreibung, Versklavung oder Vernichtung von in der nationalsozialistischen Ideologie als „minderwertig“ angesehenen Bevölkerungsgruppen unterstützte, leistete dem Regime zumindest indirekt Vorschub.¹⁹ Dies wird z.B. bei ehemaligen Angehörigen von SS und Gestapo eher vermutet als bei einfachen Angehörigen der SA oder der NSDAP.²⁰ Greift die generelle Vermutung, kann sie allerdings durch Gegenbeweise für ein rechtschaffenes, dem System zuwider handelndes individuelles Verhalten entkräftet werden.²¹ Dahinter scheint die Erkenntnis auf, dass Unterdrückung oder Vernichtung zwar regelmäßig als systemischer Prozess ablaufen, aber dem Einzelnen oft noch Handlungsspielräume verbleiben, die keineswegs immer im Sinne der Gruppe oder Organisation, sondern – wie beredte Ausnahmen zeigen – auch im gegenteiligen Sinn genutzt werden können. Die generelle Vermutung bleibt notwendigerweise widerleglich, denn Ausnahmen bestätigen die Regel, dass in Tätergruppen oder Organisationen keineswegs alle Täter gewesen sein müssen, es vielmehr auch im Einzelfall Anstand und sogar Widerstand mitten im System gab.

Auffallenderweise stützte sich das Bundesverwaltungsgericht nicht auf die vom Bundessozialgericht aufgestellte tatsächliche Vermutung, dass die Urteile der Wehrmachtsgerichte²² „offensichtliches Unrecht“ gewesen seien – dann hätte es

18 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnrn. 28f. m.w.N.

19 Vgl. BVerwG v. 19.10.2006, Az. 3 C 39.05, BVerwGE 127, 56/58f., Rdnr. 19.

20 Vgl. BVerwG v. 29.9.2010, Az. 5 C 16.09, Buchholz Nr.428.4 zu § 1 AusglLeistG, Rdnr. 17.

21 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 28 a.E.

22 Anders als im Fall des Bundessozialgerichts handelte es sich im vom Bundesverwaltungsgericht zu entscheidenden Fall um einen Kriegsgerichtsrat eines regulären Wehrmachtsgerichts, so dass das Bundesverwaltungsgericht die Rolle der Standgerichte der letzten Kriegsjahre nicht näher zu untersuchen brauchte.

nahe gelegen, einen Verstoß der Wehrmachtsgerichte und damit aller Wehrmachtsrichter – einschließlich des Betroffenen – gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit anzunehmen.²³ Stattdessen untersuchte das Bundesverwaltungsgericht in aner kennenswerter Gründlichkeit das formelle Verfahren vor den Wehrmachtsgerichten, das zeitgenössische materielle Militärstrafrecht und die Strafzumessung an den Maßstäben eines Verstoßes gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit oder eines erheblichen Vorschubleistens zugunsten des nationalsozialistischen Systems. Für das militärgerichtliche Verfahren analysierte es zunächst dessen zeitgenössische gesetzliche Grundlagen²⁴ und beleuchtete diese mit Hilfe des heutigen Forschungsstandes.²⁵ Darüber hinaus untersuchte es die Strafzumessungspraxis der Wehrmachtsgerichte, also die tatsächliche Anwendung der Rechtsnormen, wozu es die divergierenden Zahlenangaben zu militärstrafgerichtlichen Verfahren und Todesurteilen referierte und die Tendenz zu abschreckenden Strafaussprüchen bestätigte.²⁶ Gleichwohl schränkte es seine Be-

23 Stattdessen gelangte das Bundesverwaltungsgericht zur abweichenden Einschätzung, dass die teils exzessive Verhängung der Todesstrafe zwar gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit verstoßen habe, dieser Teil der Wehrmachtsjustiz aber nur einen Ausschnitt darstelle und andere Wehrmachtsgerichte solche Unrechtsurteile zu vermeiden suchten. Daher lasse sich die erforderliche Typizität der Strafzumessungspraxis gerade nicht feststellen, vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 40. So setzte das Bundesverwaltungsgericht seine differenziertere Bewertung am Maßstab des § 1 Abs. 4 AusglLeistG der im Ergebnis schablonenhafteren Bewertung durch das Bundessozialgericht am Maßstab des § 1 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. b), Abs. 5, § 38 Abs. 1 Satz 1 BVG entgegen.

24 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 31 f.

25 Für die Organisation der Wehrmachtsgerichte stützte es sich u.a. auf *Messerschmidt/Wüllner*, Die Wehrmachtjustiz (wie Anm. 7); *Fritz Wüllner*, Die NS-Militärjustiz und das Elend der Geschichtsschreibung. Ein grundlegender Forschungsbericht. Baden-Baden 1991; *Jürgen Thomas*, Wehrmachtjustiz und Widerstandsbekämpfung. Das Wirken der ordentlichen deutschen Militärjustiz in den besetzten Westgebieten 1940–45 unter rechtshistorischen Aspekten. Baden-Baden 1990; *Christoph Rass/Peter M. Quadflieg*, Die Kriegserichtsbarkeit der Wehrmacht im Zweiten Weltkrieg. Strukturen, Handlungsweisen, Akteure, in: Albrecht Kirschner (Hrsg.), *Deserteure, Wehrkraftzersetzer und ihre Richter*. Marburg 2010, 39 ff.; *Christoph Rass/Peter M. Quadflieg*, Ganz normale Richter? Kriegserfahrung und Nachkriegskarrieren von Divisionsrichtern der Wehrmacht, in: Wolfram Wette/Joachim Perels (Hrsg.), „Mit reinem Gewissen“: Wehrmachtrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer. Berlin 2011, 184 ff. Für die Motive der Strafzumessung stützte es sich darüber hinaus auf *Messerschmidt*, Die Wehrmachtjustiz (wie Anm. 5); *Detlef Garbe*, Abschreckungsjustiz im Dienst der Kriegsführung. Anfragen zu Struktur und Wirken der NS-Militärgerichtsbarkeit, in: Peter Pirker/Florian Wenninger (Hrsg.), *Wehrmachtjustiz. Kontext, Praxis, Nachwirkungen*. Wien 2011, 29 ff.

26 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 35 f. Die Zahlenangaben entnahm es über die in Anm. 25 genannten Quellen hinaus *Peter Kalmbach*, Wehrmachtjustiz. Berlin 2012; *Franz W.*

wertungen mit dem Hinweis auf die bei weitem noch nicht abgeschlossene historische Aufarbeitung der Rolle der Wehrmachtsjustiz und ihr in der militärhistorischen Forschung heterogen gezeichnetes Bild deutlich ein. Es lehnte eine pauschale Bewertung wie jene des Bundessozialgerichts ab und verneinte die für die Feststellung einer tatsächlichen Vermutung erforderliche Typizität.²⁷ Ebenso lehnte es diese bei der Tatbestandsalternative des tatsächlichen Vorschubleistens ab.²⁸

3. Parallelen und Differenzen der Urteile von Bundessozialgericht und Bundesverwaltungsgericht

Anders als in den vom Bundessozialgericht entschiedenen Fällen stand im vom Bundesverwaltungsgericht entschiedenen Fall nicht die Anspruchsnorm, sondern ihre Ausschlussklausel im Streit:

Das Bundessozialgericht musste seinerzeit, um einen Rentenanspruch der Witwe eines hingerichteten Wehrmachtssoldaten bejahen zu können, die Anspruchsnorm der § 1 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. b), Abs. 5, § 38 Abs. 1 Satz 1 BVG zur Anwendung bringen. Von der Gesetzessystematik her waren Schädigungen durch einen militärischen Dienst anspruchsbegründend, wie sie typischerweise durch unmittelbare Kriegseinwirkung wie die Teilnahme an Kampfhandlungen oder durch Kriegsgefangenschaft verursacht werden. Schädigungen durch eine mit dem militärischen Dienst zusammenhängende Strafmaßnahme standen diesen Schädigungen nur gleich, wenn die Strafmaßnahme als „offensichtliches Unrecht“ anzusehen war. Für einen Rentenanspruch musste also der regelmäßige Ausschluss wegen einer – nach der gesetzlichen Wertung im Regelfall als rechtmäßig angesehenen – Strafmaßnahme dadurch überwunden werden, dass die Strafe ausnahmsweise als „offensichtliches Unrecht“ einzustufen war. Beim damaligen Stand der Rechtsprechung bestand jedoch eine generelle Vermutung dahin, dass die Verfahren vor den

Seidler, Die Militärgerichtsbarkeit der Deutschen Wehrmacht 1939–1945. Rechtsprechung und Strafvollzug. München/Paderborn 1991; Otto Hennicke, Auszüge aus der Wehrmachtsstatistik, in: Zeitschrift für Militärgeschichte 1966, 438 ff.; Martin Schnackenberg, „Ich wollte keine Heldentaten mehr vollbringen“. Wehrmachtsdeserteure im II. Weltkrieg. Oldenburg 1997.

27 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 37 ff. Neben den bereits angeführten Quellen stützte es sich u.a. zusätzlich auf Dietz, Primat der Politik (wie Anm. 14); Günter Gribbohm, Das Reichskriegsgericht. Die Institution und ihre rechtliche Bewertung. Berlin 2004; Robert Bohn, Reichskommissariat Norwegen. „Nationalsozialistische Neuordnung“ und Kriegswirtschaft. München 2000.

28 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 49 ff.

Wehrmachtsgerichten regelmäßig rechtmäßig gewesen waren. Ein Anspruch auf Rente wäre also abzulehnen gewesen. Auf eine individuelle und daher vorrangige Prüfung, ob im konkreten Einzelfall eine Ausnahme zu bejahen war, musste das Bundessozialgericht verzichten, da kriegsbedingt keine näheren Unterlagen über das verhängte Urteil vorlagen, die näheren Umstände des Falles selbst also im Dunkel der Geschichte blieben.²⁹ Statt in den konkreten Einzelfall einzusteigen, musste es auf der Ebene abstrakter und genereller Wertungen bleiben. Hier aber kippte das Bundessozialgericht die bis dahin geltende Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Urteile der Wehrmachtsgerichte: Es stellte jetzt die gegenläufige „durch Erfahrung gestützte“ Vermutung auf, dass „die Hinrichtungen im Zweiten Weltkrieg aufgrund militärgerichtlicher Verurteilung, soweit nicht – nach rechtsstaatlichen Maßstäben – ausnahmsweise erkennbar die Höchststrafe gerechtfertigt erscheint“, offensichtliches Unrecht seien.³⁰ Es bejahte also die Ausnahme zugunsten des Anspruchstatbestands auf der Grundlage einer generellen und im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung gegenteiligen Vermutung. An dieser u.a. auf bloße Hochrechnungen der Todesurteilszahlen gestützten Vermutung entzündete sich die Kritik aus den Reihen ehemaliger Wehrmachtsrichter. Dass das Bundessozialgericht darüber hinaus auch das formelle Verfahren der Wehrmachtsgerichte gestreift und ihre materielle Strafgrundlage sowie ihre tatsächliche Strafzumessungspraxis eingehender gewürdigt und als offensichtliches Unrecht angesehen hatte, also die Opferzahlen nur als ein Indiz verwertet hatte, ging in der Kritik teilweise unter.

Demgegenüber hatte das Bundesverwaltungsgericht mit der Klage von Erben eines Wehrmachtsrichters eine andere Fallkonstellation und diese auf einer anderen normativen Grundlage zu bewerten. Für eine Ausgleichsleistung nach § 1 Abs. 1 AusglLeistG ist erforderlich, dass der bzw. die Anspruchsteller die Voraussetzungen für den Anspruch darlegen, also insbesondere die Enteignung in der fraglichen Zeit durch besatzungshoheitliche Maßnahmen, während andererseits die ihren Anspruch bestreitende Behörde die Beweislast für alle anspruchshindernden oder anspruchsausschließenden Voraussetzungen des § 1 Abs. 4 AusglLeistG trägt. Anders als im Fall des Bundessozialgerichts brauchten die Anspruchsteller zur tatbestandlichen Regelnorm nicht noch eine für sie günstige Ausnahmeregelung darzulegen, sondern es war Sache der Behörde, gegebenenfalls die für die Anspruchsteller un-

29 BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934.

30 BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934 ff.

günstige Ausschlussregelung darzutun. Da keine individuellen Unterlagen über Verstrickungen des früheren Wehrmichtsrichters in Verstöße gegen die Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit oder in ein Vorschubleisten für das nationalsozialistische Regime vorhanden waren, konnte die Ausschlussregelung nur greifen, wenn generell von der Tätigkeit als Wehrmichtsrichter auf solche Verstrickungen geschlossen werden konnte. Eine solche Indizwirkung greift aber nur ein, wenn mit der gebotenen Gewissheit anzunehmen ist, dass grundsätzlich jedes Mitglied der Organisation den Ausschlussstatbestand erfüllt. Dazu ist die erwähnte Typizität erforderlich.³¹ Im Ergebnis wird diese Typizität eher bei nationalsozialistischen Parteiorganisationen und dort besonders bei Spezial- und weniger bei Massenorganisationen angenommen, deren *raison d'être* die Durchsetzung der nationalsozialistischen Ideologie war wie SS und Gestapo³², als bei staatlichen Organisationen, die gar schon in der Weimarer Republik existiert hatten und „gleichgeschaltet“ worden waren. Diese Wertung gründet auf der Erkenntnis, dass das nationalsozialistische System erst als Einheit seine volle Durchsetzungskraft erreichte, also im Zusammenwirken von vorauseilendem freiwilligen und von zwangsweise erzwungenem Gehorsam in Partei und Staat sowie je nach ideologischer Einstellung und beruflicher oder privater Stellung des Einzelnen. Jede Unterstützung des Regimes leistete dem System damit zumindest indirekt Vorschub.³³ Greift die generelle Vermutung, kann sie allerdings durch Gegenbeweise für ein rechtschaffenes systemwidriges individuelles Handeln entkräftet werden.³⁴ Für die Annahme einer entsprechenden Typizität bei Wehrmichtsgerichten fand das Bundesverwaltungsgericht allerdings nicht die erforderliche eindeutige Daten- und Faktenlage. Die zeitgeschichtlichen Erkenntnisse und Erfahrungstatsachen rechtfertigten nicht die Annahme einer tatsächlichen Vermutung, dass grundsätzlich jeder bei Feldkriegsgerichten in besetzten Gebieten eingesetzte richterliche Militärjustizbeamte gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen oder dem nationalsozialistischen System erheblichen Vorschub geleistet habe.³⁵

Überspitzt formuliert: Das Bundessozialgericht hatte über einen Anspruch der

31 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnrn. 28 f. m.w.N.

32 Vgl. BVerwG v. 29.9.2010, Az. 5 C 16.09, Buchholz Nr. 428.4 zu § 1 AusglLeistG, Rdnr. 17.

33 Vgl. BVerwG v. 19.10.2006, Az. 3 C 39.05, BVerwGE 127, 56/58 f., Rdnr. 19.

34 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 28 a.E.

35 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnrn. 39 f., 55 m.w.N.

Hinterbliebenen eines vermuteten Opfers, das Bundesverwaltungsgericht hingegen über einen Anspruch der Hinterbliebenen eines vermeintlichen Täters zu urteilen. Die Gerichte gelangten auf der Grundlage eines um über zwanzig Jahre unterschiedlichen historischen Forschungsstandes und am Maßstab von zwei unterschiedlichen Anspruchs- bzw. Ausschlussnormen zu gegensätzlichen Bewertungen. Dabei hat das Bundessozialgericht die – insbesondere in den letzten Kriegsjahren und von Standgerichten – zum Tode verurteilten Wehrmachtssoldaten generell zu Opfern erklärt, während das Bundesverwaltungsgericht in Abgrenzung zur Einschätzung des Bundessozialgerichts³⁶ ausdrücklich abgelehnt hat, die richterlichen Militärjustizbeamten der regulären Wehrmachtsgeschichte als typische Täter einzustufen.

II. Die juristische Ermittlung und Bewertung historischer Sachverhalte

Den dargestellten Entscheidungen des Bundessozialgerichts und des Bundesverwaltungsgerichts lagen zum Entscheidungszeitpunkt rund vierzig bzw. fast siebenzig Jahre zurückliegende Sachverhalte zugrunde. Die Herausforderung an die Gerichte liegt zum einen darin, solche weit in der Vergangenheit liegenden Sachverhalte mit den heute (noch) zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Beweismitteln soweit aufzuklären, dass sie sich ein Urteil im Einzelfall bilden können. Zum anderen müssen sie Normen unseres Rechtsstaats anwenden, ohne außer Acht zu lassen, dass das nationalsozialistische Regime nach heutigen Maßstäben zwar ein Unrechtsstaat war, aber von den damals Lebenden Gehorsam gegenüber seinen Rechtsregeln verlangte, mochten diese aus heutiger Sicht auch noch so rechtswidrig gewesen sein. Dies wirft die elementare Frage nach dem richtigen Bewertungsmaßstab auf: Würde allein das formelle und materielle Recht jener Zeit zugrunde gelegt, ignorierte das den zwischenzeitlichen Wandel der Rechtsauffassung und perpetuierte die Rechts-

36 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 40: Das Bundesverwaltungsgericht wertete die vom Bundessozialgericht als ausschlaggebend gewürdigte teils exzessive Strafzumessungspraxis bei der Verurteilung zum Tode nur als einen Aspekt unter mehreren u. a. neben den Bemühungen eines nicht näher quantifizierbaren, aber mutmaßlich erheblichen Teils der Wehrmachtsrichter, Unrecht zu vermeiden und Gerechtigkeit sowie Ausgewogenheit ihrer Entscheidungen walten zu lassen.

ordnung jener Zeit in die Gegenwart hinein („Was damals Rechtens war, das kann heute nicht Unrecht sein“). Das wäre gerade bei offensichtlichem Unrecht nicht hinnehmbar. Würde hingegen allein das heutige Recht angewandt, entspräche das zwar der Rechtsentwicklung von über 70 Jahren, übersähe aber, dass die heutigen Maßstäbe den damals Handelnden nicht bekannt waren. Ihr damaliges Verhalten würde also nach heutigem Recht gerichtet, obwohl sie ihr Verhalten nur an den ihnen damals bekannten bzw. zugänglichen Maßstäben ausrichten konnten. Um weder das damalige Unrecht fortzuschreiben, noch heute neues Unrecht zu begehen, muss daher ein kombinierter Maßstab angewandt werden: Grundsätzlich ist das damalige Verhalten also nach dem damaligen Recht zu bewerten, soweit dieses nicht zu bereits damals anerkannten – und heute noch gültigen – elementaren Rechtsprinzipien in Widerspruch stand. Judikate jener Zeit sind also nicht nur am damals geltenden Recht zu messen, sondern heute an zeitlosen überpositiven Maßstäben.

1. Die Schwierigkeiten gerichtlicher Sachverhaltsermittlung in Fällen mit Bezug zum „Dritten Reich“

Wie eingangs geschildert, handelt es sich stets um Einzelfälle.³⁷ Die Gerichte haben den jeweils anhängigen Fall zu entscheiden; fallübergreifende Ermittlungen oder gar verallgemeinerbare Bewertungen werden sie nur vornehmen, soweit sie für die Entscheidung des Einzelfalls unverzichtbar sind. Ansonsten werden sie sich vor nicht fallbezogenen Aussagen eher hüten. Insofern ist die Kernaussage im Urteil des Bundessozialgerichts einer „durch Erfahrung“ gestützten Vermutung, dass „die Hinrichtungen im Zweiten Weltkrieg aufgrund militärgerichtlicher Verurteilung, soweit nicht – nach rechtsstaatlichen Maßstäben – ausnahmsweise erkennbar die Höchststrafe gerechtfertigt erscheint“, offensichtlich Unrecht seien³⁸, ungewöhnlich. Im Vergleich dazu hat das Bundesverwaltungsgericht zurückhaltend geurteilt, dass die für die Annahme einer Typizität erforderliche eindeutige Daten- und Faktenlage fehle, so dass gerade nicht die Vermutung gerechtfertigt sei, dass grundsätzlich jeder bei Feldkriegsgerichten in besetzten Gebieten eingesetzte richterliche Militärjustizbeamte gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen oder dem nationalsozialistischen System erheblich Vorschub geleistet

37 Sie können allenfalls Vorbildwirkung haben für vergleichbare Fälle.

38 BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934 ff.

habe.³⁹ Dennoch waren beide Wertungen im jeweiligen Fall erforderlich, um trotz fehlender individueller Anhaltspunkte den Einzelfall überhaupt entscheiden zu können. Die zeitbedingte Lücke in der Tatsachenlage konnten die Gerichte sonst nicht schließen.

2. Die gerichtliche Beweiserhebung nach dem Amtsermittlungsgrundsatz

Sowohl im sozialgerichtlichen als auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gilt – anders als im zivilgerichtlichen Verfahren⁴⁰ – der Amtsermittlungsgrundsatz nach § 103 Satz 1 SGG⁴¹ bzw. § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO⁴². Danach ist das Sozial- oder Verwaltungsgericht zur Aufklärung des Sachverhalts verpflichtet. Bleiben dennoch entscheidungserhebliche Tatsachen im Streit, hat das Gericht nach pflichtgemäßem Ermessen darüber zu entscheiden, ob, in welchem Umfang und durch welche Beweismittel es Beweis erhebt.

2.1. Der Umfang der Beweiserhebung

Der Umfang der Beweiserhebung durch das Verwaltungsgericht erstreckt sich auf alle entscheidungserheblichen Tatsachen, die für die Anwendung der streitentscheidenden Norm relevant sind. Soweit Einzelfragen zwar von geschichtlichem Interesse sein mögen, aber für die Entscheidung des Falls ohne Bedeutung sind, wird das Gericht hierüber keinen Beweis erheben. Das Gericht muss den Sachverhalt soweit ermitteln, dass es entweder vom Vorliegen oder Nichtvorliegen der Tatsache überzeugt ist oder die Grenzen seiner Ermittlungsmöglichkeiten nach Auswertung aller ihm vorliegenden Informationen erreicht hat und die Rechtssache damit spruchreif ist⁴³:

Im Gerichtsverfahren sind die Behörden verpflichtet, dem Sozial- oder Verwaltungsgericht ihre zum Fall angelegten Verwaltungsakten nach § 104 Satz 4 SGG oder § 99 Abs. 1 Satz 1 VwGO vorzulegen, damit das Gericht die Richtigkeit und Voll-

39 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnrn. 39 f., 55 m.w.N.

40 Vor den Zivilgerichten gilt der Beibringungsgrundsatz, d.h. die Parteien des Rechtsstreits haben dem Gericht den Sachverhalt darzulegen und gegebenenfalls durch Beweisangebote auf seine Ermittlung hinzuwirken, vgl. *Norbert Wimmer*, in: Klaus Ferdinand Gärditz (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar*. Köln 2013, § 86, Rn. 5 m.w.N.

41 Sozialgerichtsgesetz i.d.F. v. 25.4.2013, BGBl. I 2013, 935.

42 Verwaltungsgerichtsordnung i.d.F. v. 31.5.2013, BGBl. I 2013, 1388.

43 Zum prozessualen Begriff der Spruchreife *Wimmer* (wie Anm. 40), § 86, Rdnr. 27.

ständigkeit der behördlichen Sachverhaltsermittlung überprüfen und sich darauf stützen oder ergänzend selbst Beweis erheben kann. Die behördlichen Akten sind damit die wichtigste Grundlage des Verfahrens.⁴⁴ Sie werden von der Behörde z.B. in Antragsverfahren auf Rente oder Entschädigung auf den Antrag der Hinterbliebenen bzw. Erben angelegt, in dem diese die ihnen bekannten anspruchsbegründenden Tatsachen benennen und ihnen zugängliche Nachweise z.B. für Verwandtschaftsverhältnisse und Renten- oder Erbberechtigung darlegen. Auf Grundlage dieser ersten Informationen eröffnet die Behörde nach § 18 Satz 2 SGB X⁴⁵ bzw. § 22 Satz 2 VwVfG⁴⁶ das eigentliche Verwaltungsverfahren. Dabei ermittelt sie selbst den Sachverhalt gegebenenfalls unter Beweiserhebung nach § 20 Abs. 1, § 21 SGB X bzw. § 24 Abs. 1, § 26 VwVfG⁴⁷, prüft die ihr gegenüber gemachten Angaben und schließt das Verfahren mit einer förmlichen Entscheidung ab. Gegen diese Entscheidung können die Antragsteller, wenn – wie in den hier besprochenen Beispielsfällen – ihr Antrag auf Rente bzw. Entschädigung abgelehnt worden ist, den Rechtsweg zu den Sozial- bzw. Verwaltungsgerichten beschreiten. Klagegegenstand ist dann der behauptete Anspruch; Klageziel ist die Verpflichtung der Behörde zur Leistung unter Aufhebung ihres versagenden Bescheids. Da all dies in der Behördenakte dokumentiert ist, ist sie die erste Grundlage für eine gerichtliche Fallentscheidung.

Ist die Behördenakte aus Sicht des Gerichts hinsichtlich der relevanten Tatsachen lückenhaft oder ergeben sich im Lauf des gerichtlichen Verfahrens neue Gesichtspunkte, zu denen keine behördlichen Ermittlungsergebnisse vorliegen, wird das Gericht zunächst die Beteiligten – Anspruchsteller und Behörde – nach § 103 Satz 1 SGG bzw. § 86 Abs. 1 Satz 1 VwGO um zusätzliche Informationen aus ihrer jeweiligen Sphäre ersuchen⁴⁸, z.B. um nähere Angaben zur Biografie des Betroffenen. Können sie die Lücken dennoch nicht schließen, weil z.B. aus den relevanten Lebensmonaten des Betroffenen kriegsbedingt keine Informationen mehr an seine Familie gelangt sind, setzt die gerichtliche Amtsermittlungspflicht ein. Das Gericht wird also

44 Vgl. *Wimmer* (wie Anm. 40), § 86, Rdnr. 37; *Christian Bamberger*, in: Peter Wysk (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*. München 2011, § 86, Rdnr. 18.

45 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch i.d.F. v. 3.5.2013, BGBl. I 2013, 1084.

46 Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes bei Verfahren durch Bundesbehörden bzw. des jeweiligen Landes bei Verfahren von Landesbehörden.

47 In den Behördenakten enthaltene Sachverständigengutachten bleiben für das gerichtliche Verfahren verwertbar, vgl. *VGH Mannheim* v. 25.2.2013, Az. 2 S 2385/12, NVwZ-RR 2013, 576 (I. 1).

48 Vgl. *Wimmer* (wie Anm. 40), § 86, Rdnr. 43; *Bamberger* (wie Anm. 44), § 86, Rdnr. 23 ff.

die offenen entscheidungserheblichen Punkte des Sachverhalts durch eigene Nachforschungen aufzuklären suchen und – soweit sie dennoch zwischen den Beteiligten streitig bleiben oder für das Gericht noch nicht überzeugend sind – darüber Beweis erheben.

Keines Beweises bedürfen tatsächliche Informationen, die sich allgemein zugänglichen Quellen entnehmen lassen und soweit gesichert sind, dass die darin enthaltenen Tatsachen in der Öffentlichkeit als so feststehend angesehen werden, dass der Sachverhalt von niemandem mehr vernünftigerweise in Zweifel gezogen werden kann.⁴⁹ Dies können z.B. Daten zu allgemein bekannten Ereignissen sein wie das Datum von Hitlers Ernennung zum Reichskanzler oder die Liste der Kabinettsmitglieder zum 30. Januar 1933. Insoweit können sich die Gerichte auf allgemein-geschichtliche Darstellungen stützen.⁵⁰ Nur wenn ein Prozessbeteiligter die Gültigkeit einer solchen Information unter Hinweis auf neuere Forschungsergebnisse als überholt bestreitet, muss das Gericht hierzu nachforschen und gegebenenfalls Beweis erheben, soweit diese Information für seine Fallentscheidung von Bedeutung ist.⁵¹ Nicht maßgeblich ist, ob die Beteiligten die Information für wichtig erachten, sondern entscheidend ist allein die Rechtsauffassung des Gerichts.⁵² Eine Tatsache, die aus Rechtsgründen z.B. wegen verspäteter Geltendmachung nicht für die Fallentscheidung verwendet werden kann⁵³, braucht nicht aufgeklärt zu werden. Auch

49 Vgl. BVerwG v. 28.02.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnr. 26. Die bloße Zugänglichkeit von Informationen in allgemeinen Quellen genügt allerdings nicht; sondern auch der Wahrheitsgehalt der Information muss so gesichert sein, dass er von niemandem mehr vernünftigerweise in Zweifel gezogen werden kann. Historisch noch nicht hinreichend erforschte oder strittige Tatsachen sind insoweit nicht verwertbar, vgl. ebd. Rdnrn. 30 f.

50 Vgl. die von BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934 ff. zitierte geschichtswissenschaftliche Literatur sowie z.B. BVerwG v. 19.10.2006, Az. 3 C 39.05, BVerwGE 127, 56/60 ff., Rdnrn. 24, 27 ff. (zu Strukturen der NSDAP und ihrer Parteigerichtsbarkeit); BVerwG v. 28.2.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnrn. 43 ff. (zur Zwangsarbeit im NS-System); BVerwG v. 14.5.2009, Az. 5 C 15.08, DVBl. 2009, 1252/1253, Rdnrn. 19 ff. (zu SS und Gestapo als tragenden Pfeilern des NS-Systems).

51 In BVerwG v. 28.2.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnr. 20 ff., verwies ein Beteiligter zwar auf eine Dokumentation „Gedenkstätten für die Opfer des Nationalsozialismus“ zum Beweis dafür, dass ein bestimmtes Unternehmen KZ-Häftlinge als Zwangsarbeiter angefordert habe, doch die Beweiserheblichkeit für den konkreten Fall, in dem zuvor die Heranziehung von KZ-Häftlingen nicht behauptet worden war und Anfragen an Archive ebenso wenig Hinweise darauf ergeben hatten, wurde nicht dargelegt.

52 So hat BVerwG v. 17.3.2005, Az. 3 C 20.04, BVerwGE 123, 142/148, den Verzicht auf die Einholung eines historischen Sachverständigengutachtens gebilligt, weil die getroffenen tatsächlichen Feststellungen allgemeinkundige Tatsachen betrafen und die rechtliche Bewertung Sache des Gerichts sei.

53 So konnten die von der Behörde nachträglich bezeichneten Verfahrensakten, in welchen der frühere

Tatsachen von lediglich allgemeinem Interesse ohne Entscheidungserheblichkeit für den Einzelfall brauchen ebenso wenig ermittelt zu werden. Die Gerichte haben nur die Aufgabe, den Einzelfall zu entscheiden; ihre Aufgabe ist nicht, durch Forschungen den allgemeinen Erkenntnisstand voranzubringen.

Die Amtsermittlungspflicht erstreckt sich auch nicht auf Tatsachen und Umstände, für die sich in den beigezogenen Verwaltungsakten kein Anhaltspunkt findet und die von keinem Beteiligten angesprochen werden, sich also dem Gericht nicht aufdrängen.⁵⁴ Ist z.B. wie in einem Fall des Bundessozialgerichts keinem Beteiligten das verhängte Todesurteil gegen den Wehrmachtssoldaten bekannt⁵⁵, braucht das Gericht auch nicht danach zu suchen. Erwähnt ein Beteiligter einen für den Rechtsstreit entscheidenden, dem Gericht aber weder bekannten noch erkennbaren Umstand nicht, vergisst z.B. die Behörde den Hinweis auf ein mutmaßliches Fehlverhalten des betroffenen Wehrmachtsrichters und eine darüber bestehende belastende Urkunde⁵⁶, braucht das Gericht ebenso wenig in Archiven aufs Geratewohl zu forschen. Erwähnt der Beteiligte hingegen eine entscheidungserhebliche Urkunde und macht so genaue Angaben dazu, dass mit gewisser Aussicht auf Erfolg danach gesucht werden kann, muss das Gericht von Amts wegen oder auf Beweisantrag des Beteiligten hin Nachforschungen unternehmen, z.B. für Urkunden vornehmlich Auskünfte von Archiven wie des Bundesarchivs und für historische Informationen und Wertungen Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte oder des Militärgeschichtlichen Forschungsamts einholen.⁵⁷

Rechtliche Bewertungen – auch zu vergangenen Rechtsauffassungen und Rechtslagen – sind originäre Aufgabe der Gerichte und können von ihnen anhand zeitgenössischer und aktueller juristischer Literatur und Rechtsprechung sowie unter Auswertung der Amts- und Gesetzesblätter erstellt werden. Allenfalls bei Rechtsbe-

Wehrmachtsrichter erwähnt gewesen sein soll, vom Bundesverwaltungsgericht aus revisionsrechtlichen Gründen nicht berücksichtigt werden. In der Revisionsinstanz sind neue Tatsachen nicht (mehr) berücksichtigungsfähig, weil die Revision allein der rechtlichen Prüfung der Entscheidung der Vorinstanz auf der dortigen Tatsachengrundlage dient, vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 24.

54 Vgl. BVerwG v. 28.07.2011, Az. 2 C 28.10, BVerwGE 140, 199 ff. Rdnrn. 24 ff.

55 Vgl. BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934.

56 So im vorliegenden Fall, vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 24.

57 Z.B. zur historischen Überprüfung einer Tätigkeit eines Amtsträgers, vgl. BVerwG v. 29.9.2010, Az. 5 C 16.09, Buchholz Nr. 428.4 zu § 1 AusglLeistG, Rdnrn. 15 f., anhand von Kabinettsprotokollen, Akten und dgl. Gleiches gilt für Mitgliedschaften z.B. in der NSDAP, vgl. VG Cottbus v. 14.3.2012, Az. 1 K 28/09, juris, Rdnr. 44, 54; VG Leipzig v. 12.2.2014, Az. 1 K 1091/11, juris, Rn. 49 ff.

zügen zu ausländischen Rechtsordnungen, die in den Beispielsfällen aber nicht vorlagen, kommt die Einholung von Expertisen von Forschungsinstituten zum ausländischen Recht in Betracht.

2.2. Die Beweislast und die gerichtlichen Beweismittel

Werden entscheidungserhebliche Tatsachen bestritten oder sind sie noch nicht überzeugend nachgewiesen, muss der Betroffene, der daraus eine für sich günstige Rechtsfolge ableiten will, diese grundsätzlich belegen. Er trägt nach dem Günstigkeitsprinzip die Beweislast.⁵⁸ Allerdings kommt ihm in Verfahren vor den Sozial- oder Verwaltungsgerichten dabei das Gericht mit dem bereits erläuterten Amtsermittlungsgrundsatz zu Hilfe, indem es gegebenenfalls selbst Nachforschungen betreibt. Die wichtigsten Beweismittel in den hier relevanten Fällen mit Bezug zur Tätigkeit der Wehrmachtsgerichte sind der Zeugenbeweis, der Sachverständigenbeweis und der Urkundsbeweis.

Der Zeugenbeweis dient der Erforschung von Wahrnehmungen einer Person, also dessen, was sie getan, gesehen, gehört und erlebt hat.⁵⁹ Der unmittelbare Zeuge bekundet, was er selbst wahrgenommen hat; der mittelbare Zeuge oder „Zeuge vom Hörensagen“, was ein Anderer ihm mitgeteilt hat. Als unmittelbare Zeugen kommen Zeitgenossen der Personen in Betracht, die als Wehrmachtssoldat verurteilt worden sind oder als Wehrmachtsrichter verurteilt haben. Je länger jene Zeit zurückliegt, desto kleiner wird die Zahl der noch lebenden Zeitzeugen und desto schwächer wird auch ihre Erinnerung. Soweit von bereits verstorbenen Zeitzeugen noch niedergeschriebene Erinnerungen existieren, können diese nicht mehr im Wege des Zeugen-, aber des Urkundsbeweises berücksichtigt werden.⁶⁰

Der Sachverständige soll als sachkundige Person nicht Geschehnisse aus eigener Wahrnehmung schildern, sondern Sachverhalte ermitteln und bewerten sowie Zu-

58 Dazu Sebastian Unger, in: Gärditz (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung (wie Anm. 40), § 108, Rdnr. 33; Bamberger (wie Anm. 44), § 108, Rdnr. 16.

59 Vgl. Charlotte Kreuter-Kirchhof, in: Gärditz (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung (wie Anm. 40), § 98, Rdnr. 20 m.w.N.

60 So wurden im Fall von BVerwG v. 28.2.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnr. 55, Gesprächsniederschriften mit Zeitzeugen vorgelegt zum Beweis der humanen Behandlung der Werksangehörigen durch den Betriebsinhaber; bei VG Leipzig v. 4.6.2008, Az. 1 K 684/07, juris, Rdnrn. 17 ff. eidesstattliche Versicherungen ehemaliger Beschäftigter. Ebenso wurde eine eidesstattliche Erklärung eines früheren Vorgesetzten aus dem Jahr 1949 zum Verfahrensgegenstand gemacht, allerdings ohne ihr ausschlaggebende Bedeutung zuzumessen, vgl. VG Berlin v. 15.3.2012, Az. 29 K 178.09, juris, Rdnrn. 13 ff., 62 a.E.

sammenhänge erläutern, für welche dem Gericht die Sachkunde fehlt.⁶¹ In den hier besprochenen Fällen können die Gerichte z.B. Auskünfte von historischen Forschungseinrichtungen einholen zu Fragen, ob sich bestimmte behauptete Ereignisse nach heutigem Forschungsstand tatsächlich abgespielt haben, wie bestimmte Strukturen und Befehlsverhältnisse beschaffen waren, ob Akten zu bestimmten Vorgängen einst angelegt worden und heute noch vorhanden sind.⁶² Das Gericht braucht also z.B. die aktuelle Archivlage nicht durch eigene Nachforschungen aufzuklären, sondern kann sich dort tätiger Archivare oder Historiker bedienen, die auf Grund ihrer Sachkunde die relevanten Akten auffinden oder ihr Fehlen bestätigen können.⁶³ Soweit Akten aufgefunden werden oder Sachverständigengutachten bereits zu den Behördenakten gelangt sind⁶⁴, können diese im Wege des Urkundsbeweises ins Verfahren eingeführt werden.⁶⁵ Soweit darüber hinaus eine spezielle historische Einordnung erforderlich ist, kann diese wiederum ein Archivar oder Historiker als Sachverständiger leisten.⁶⁶

Der Urkundsbeweis richtet sich auf die Tatsache der Existenz einer bestimmten Urkunde, z.B. eines Urteils, sowie auf ihren gedanklichen Inhalt, also bei einem Urteil typischerweise auf die Feststellungen zum Sachverhalt und die rechtliche Würdigung sowie auf den Strafausspruch.⁶⁷ Die in Fällen wie den hier besprochenen wichtigsten Urkunden sind die Akten jener Verfahren, in denen z.B. der Wehr-

61 Vgl. *Kreuter-Kirchhof* (wie Anm. 59), § 98, Rdnr. 33 m.w.N.

62 So bat die Behörde im Fall VG Leipzig v. 4.6.2008, Az. 1 K 684/07, juris, Rdnr. 26, 61, u.a. das Bundesarchiv Berlin, das Sächsische Hauptstaatsarchiv, das Sächsische Staatsarchiv, das Bundesarchiv (Außenstelle Ludwigsburg) um Auskunft.

63 Vgl. BVerwG v. 28.2.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnr. 56, wo das Verwaltungsgericht durch Anfrage an Archive Urkunden zutage förderte.

64 In den Behördenakten enthaltene Sachverständigengutachten bleiben im Verfahren auch für das spätere gerichtliche Verfahren verwertbar, vgl. VGH Mannheim v. 25.2.2013, Az. 2 S 2385/12, NVwZ-RR 2013, 576 (Ls. 1).

65 Beispielsweise Akten über die Enteignung, vgl. BVerwG v. 28.2.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnr. 55; SA- und SS-Mitgliedsunterlagen, vgl. VG Leipzig v. 4.6.2008, Az. 1 K 684/07, juris, Rdnrn. 3 ff.

66 So stützte sich VG Berlin v. 15.3.2012, Az. 29 K 178.09, juris, Rdnr. 48, auf ein vom Kläger vorgelegtes Gutachten des Instituts für Zeitgeschichte für die Bewertung der Übernahme der Polizei in die SS; VG Leipzig v. 4.6.2008, Az. 1 K 684/07, juris, Rdnrn. 49, 66 auf ein Gutachten des Militärgeschichtlichen Forschungsamts.

67 Ist Beweisthema die Existenz der Urkunde also solche oder ihr Zustand, z.B. eine bestimmte Unterschrift auf ihr, handelt es sich um einen Augenscheinsbeweis durch optische Wahrnehmung des Gerichts; richtet sich die Beweisaufnahme aber auf ihren Inhalt, handelt es sich um einen Urkundsbeweis, vgl. *Kreuter-Kirchhof* (wie Anm. 59), § 98, Rdnr. 53.

machtssoldat verurteilt worden ist oder an denen der Wehrmachtsrichter mitgewirkt hat. Liegen Akten vor, kommt ihnen wegen des Zeitablaufs zwischen ihrer damaligen Entstehung und ihrer heutigen Bewertung erhebliches Gewicht zu. Kriegs- und kriegsfolgenbedingt sind jedoch viele Akten aus der Tätigkeit der Wehrmachtsgerichte verloren gegangen, so dass die heute entscheidenden Gerichte deren Existenz und Inhalt notdürftig aus sekundären Quellen rekonstruieren müssen – unter allen Vorbehalten hinsichtlich der Richtigkeit und Vollständigkeit dieser Quellen.⁶⁸ Das völlige Fehlen der Akten lässt sich regelmäßig nicht durch andere Beweismittel ausgleichen.

Die Würdigung der ausermittelten Sachlage ist Kern der gerichtlichen Tätigkeit. Das Gericht hat im Wege der freien Beweiswürdigung nach § 128 Abs. 1 SGG bzw. § 108 Abs. 1 VwGO den konkreten Einzelfall zu entscheiden und dazu die vorliegenden Erkenntnisse zur Kenntnis zu nehmen, zu gewichten und insgesamt zu würdigen.⁶⁹ Es muss seiner Überzeugungsbildung das Gesamtergebnis des Verfahrens zugrunde legen und darf weder von einem unrichtigen oder unvollständigen Sachverhalt ausgehen, noch entscheidungserhebliche Umstände übergehen.⁷⁰ Ein Sachverhalt ist allerdings nicht unvollständig, wenn Sachverständige zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen oder ein Beteiligter ein bereits vorliegendes Gutachten für unrichtig hält.⁷¹ Die Bewertung der Nachvollziehbarkeit einander widersprechender sachverständiger Stellungnahmen ist wieder Kernaufgabe der richterlichen Überzeugungsbildung. Nur wenn sich dem Gericht nach seinem materiellrechtlichen Standpunkt eine Beweisaufnahme aufdrängt, weil entscheidungserhebliche Gesichtspunkte offen geblieben sind und noch ermittelt werden können, muss es den aufgeworfenen Fragen nachgehen, soweit dies für die Einzelfallentscheidung erheblich ist. Auch nicht unvollständig ist ein Sachverhalt, wenn das Gericht entge-

68 So fehlte im Fall von BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934, eine Urkunde des gegen den Soldaten ergangenen Urteils; aktenkundig war nur die „Vollstreckung des Urteils durch Erschießen“, woraus sich immerhin auf die einstige Existenz eines Urteils und seine Vollstreckung schließen ließ und alternative kriegsbedingte Todesursachen ausgeschlossen werden konnten. Im Fall von BSG v. 13.12.1984, Az. 9a RV 14/83, NJW 1985, 1109, war das Urteil des Standgerichts offenbar nur mündlich ergangen; eine Urkunde wohl nie erstellt worden. Hinrichtungsgrund, Hinrichtungszeitpunkt und das Standgericht waren allerdings aus einem Schreiben heraus bekannt, die Tagesbefehle der „Festung Breslau“ aus allgemein zugänglichen Quellen.

69 Vgl. *Unger* (wie Anm. 58), § 108, Rdnrn. 4 ff.; *Bamberger* (wie Anm. 44), § 108, Rdnrn. 4 ff.

70 Vgl. nur BVerwG v. 28.2.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnr. 59.

71 Vgl. VGH Mannheim v. 25.2.2013, Az. 2 S 2385/12, NVWZ-RR 2013, 576 (Ls. 2).

gen allgemein bekannten Einschätzungen z.B. zur regelmäßig schlechten Behandlung von Zwangsarbeitern im Einzelfall gegenteilige Erkenntnisse gewonnen hat, die ausnahmsweise eine gute Behandlung durch den Betroffenen bestätigen.⁷² Wenn diese Erkenntnisse überzeugend sind, wird das Gericht ihnen folgen und in seinem Urteil begründen, warum es sich im Einzelfall vom generellen Forschungsstand distanziert. Es braucht dazu auch nicht nachzuforschen, ob es sich um eine seltene oder häufigere Ausnahme handelte und welche näheren Hintergründe und Motive für die damals Betroffenen handlungsleitend waren. Solche verallgemeinerbaren Fragen bleiben der wissenschaftlichen Forschung vorbehalten. Das unterstreicht, dass die Aufgabe der Gerichte allein in der Entscheidung des Einzelfalls liegt, nicht in der Gewinnung verallgemeinerbarer Erkenntnisse für einen allgemeinen Forschungsstand.

3. Die Beweislastverteilung bei Lücken im Sachverhalt

Bleiben entscheidungsrelevante Umstände des Einzelfalls im Dunkel der Geschichte, lässt sich z.B. nicht mehr ermitteln, weswegen ein Todesurteil gegen einen Wehrmachtssoldaten ergangen ist oder ob ein Wehrmachtsrichter durch seine militärrichterliche Tätigkeit gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen hat, müssen die Gerichte dennoch den Einzelfall entscheiden. Dazu dienen erstens die Lückenschließung durch generelle tatsächliche Vermutungen und zweitens, sollte auch ein solcher Lückenschluss nicht möglich sein, die Entscheidung nach den Grundsätzen der Beweislast.

3.1. Die tatsächliche Vermutung zur Schließung von Sachverhaltslücken

Generelle Vermutungen erlauben, in vergleichbaren Fällen gewonnene Erkenntnisse auf den konkreten Einzelfall zu übertragen. Tatsächliche Vermutungen begründen die Annahme, dass eine im Einzelfall nicht beweisbare Tatsache sich dennoch ebenso ereignet (hat) wie in anderen vergleichbaren Fällen⁷³, z.B. ein Todesurteil gegen einen an einem bestimmten Tag an einem bestimmten Ort hingerichteten Wehrmachtssoldaten ebenso ergangen ist wie gegen seine mit ihm hingerichteten Kameraden, auch wenn die Urteilsurkunde in den Kriegswirren verloren gegangen ist. Rechtliche Vermutungen hingegen rechtfertigen die Einschätzung, dass eine im

72 Vgl. nur BVerwG v. 28.2.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnr. 44.

73 Vgl. *Unger* (wie Anm. 59), § 108, Rdnr. 26; *Bamberger* (wie Anm. 44), § 86, Rdnr. 12.

Einzelfall mangels näherer Anhaltspunkte nicht beurteilbare Handlung ebenso rechtmäßig oder rechtswidrig war wie dieselbe Handlung in anderen vergleichbaren Fällen, z. B. ein standgerichtliches Todesurteil aus dem April 1945 wegen der allgemein bekannten Umstände weiterer standgerichtlicher Verfahren in diesem Frontabschnitt mangels Erfüllung elementarer rechtsstaatlicher Anforderungen ebenso Unrecht gewesen ist. Solche Schlüsse von vergleichbaren Fällen auf den konkreten Einzelfall sieht teilweise das Gesetz vor, teilweise wurden sie auch von der Rechtsprechung entwickelt.

Eine solche rechtliche Vermutung war Gegenstand der Entscheidung des Bundessozialgerichts über den Rentenanspruch eines auf Grund eines Todesurteils mutmaßlich eines Wehrmachtsgerichts wegen unerlaubter Entfernung hingerichteten Wehrmachtssoldaten. Bis dahin hatten die Sozialgerichte eine grundsätzliche Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Urteile der Wehrmachtsgerichte aufgestellt und hatten Todesurteile nur in Ausnahmefällen als Unrecht angesehen.⁷⁴ Sie waren damit der gesetzlichen Regelung gefolgt, nach der militärstrafgerichtliche Urteile im Regelfall keine rentenrelevante Schädigung nach sich zogen, weil es sich um rechtmäßige Strafmaßnahmen handele. Stattdessen stellte das Bundessozialgericht jetzt die gegenteilige „durch Erfahrung gestützte“ Vermutung auf, dass „die Hinrichtungen im Zweiten Weltkrieg aufgrund militärgerichtlicher Verurteilung, soweit nicht – nach rechtsstaatlichen Maßstäben – ausnahmsweise erkennbar die Höchststrafe gerechtfertigt erscheint“, grundsätzlich offensichtliches Unrecht seien.⁷⁵ Damit konnte das Bundessozialgericht die Lücke in der rechtlichen Argumentation schließen, dass das konkret ergangene Urteil nicht mehr vorlag und damit auch gerichtlich nicht mehr bewertet werden konnte.

Im Vergleich dazu stellte das Bundesverwaltungsgericht eine tatsächliche Vermutung dafür auf, welche Organisationen in der nationalsozialistischen Diktatur schon auf Grund ihrer Struktur, Aufgaben und Tätigkeit gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit verstoßen oder dem System erheblich Vorschub geleistet haben. Aus dem Verhalten der Gruppe oder Organisation schloss es auf ein entsprechendes Verhalten des Betroffenen im konkreten Einzelfall.⁷⁶ Das ermöglichte dem Bundesverwaltungsgericht, Lücken in der entschädigungsrelevanten

74 Vgl. BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934.

75 So BSG v. 11.9.1991, Az. 9a RV 11/90, NJW 1992, 934 (935f.).

76 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnrn. 28f. m.w.N.

ten Tatsachenkette zu schließen, weil über das individuelle Verhalten des Einzelnen keine Erkenntnisse vorlagen. Für ehemalige Angehörige von SS und Gestapo hat es die Erfüllung des Ausschlussgrundes vermutet, für einfache Angehörige der SA oder der NSDAP oder – wie im besprochenen Fall – für Wehrmachtsrichter nicht.⁷⁷

Gleichwohl sind solche Vermutungen nicht starr. Insbesondere tatsächliche Vermutungen können durch neue Forschungsergebnisse zum generellen Verhalten der betreffenden Gruppe oder Organisation oder durch neue Erkenntnisse zum individuellen Verhalten des Betroffenen widerlegt werden. Dementsprechend hat das Bundesverwaltungsgericht ein Vorschubleisten tatsächlich vermutet bei einer hauptamtlichen, nicht völlig neutralen oder unbedeutenden Tätigkeit in der SS⁷⁸, denn erst das reibungslose Ineinandergreifen der Tatbeiträge von Befehlen Erteilenden und Befehle Ausführenden habe die alltägliche Umsetzung eines angeordneten Terrorprogramms ermöglicht, so dass nicht in mehr oder minder bedeutsame Tatbeiträge aufgespalten werden könne, auch wenn für einzelne Funktionsträger in der Gesamtorganisation keine für die Terrortätigkeit kausalen Tatbeiträge individuell nachweisbar seien.⁷⁹ Dennoch wurde diese tatsächliche Vermutung im Einzelfall als widerlegt angesehen für einen SS-Untersturmführer, der den gerichtlichen Feststellungen zufolge eine jüdische Familie vor der „Reichspogromnacht“ 1938 gewarnt und vergeblich zur Flucht zu bewegen versucht habe, daraufhin zwei Männer vor ihrem Haus postiert und sie so vor Übergriffen, Festnahme, Deportation und Plünderungen bewahrt habe. Darüber hinaus habe er Zwangsarbeiter ausgesprochen human behandelt, andererseits in der SS und für die SS keine nennenswerten Aktivitäten entfaltet.⁸⁰ Damit lagen ausreichende Gegenbeweise für ein rechtschaffenes, dem System zuwider handelndes individuelles Verhalten vor, welche die tatsächliche Vermutung im Einzelfall entkräftete.

77 Vgl. BVerwG v. 29.9.2010, Az. 5 C 16.09, Buchholz Nr. 428.4; BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11.

78 Vgl. BVerwG v. 14.5.2009, Az. 5 C 15.08, DVBl. 2009, 1252/1253, Rdnrn. 19f. Ähnlich VG Leipzig v. 4.6.2008, Az. 1 K 684/07, juris, Rdnrn. 48 ff.

79 Vgl. BVerwG v. 14.5.2009, Az. 5 C 15.08, DVBl. 2009, 1252/1254, Rdnr. 21: Im entschiedenen Fall handelte es sich um einen Obersturmführer im SS-Hauptamt, der dort als Leiter der „Germanischen Leitstelle“ die Abteilung „Gäste und Reisen“ geleitet hat. Er habe auch subjektiv innerhalb des Räderwerks der SS zuverlässig und damit als „williger Vollstrecker“ gewirkt. Auch ein SS-Untersturmführer wird als herausgehobene Funktion betrachtet, so VG Leipzig v. 4.6.2008, Az. 1 K 684/07, juris, Rdnr. 48.

80 Vgl. VG Leipzig v. 4.6.2008, Az. 1 K 684/07, juris, Rdnrn. 54 ff.

3.2. Die Bedeutung der Beweislast im Einzelfall

Bleiben entscheidungserhebliche Tatsachen trotz aller Nachforschungen offen, weil z.B. Urkunden nicht auffindbar sind, kommt das Prinzip der Beweislast zum Tragen. Sie ist unter den Beteiligten eines Rechtsstreits entsprechend dem allgemeinen Günstigkeitsprinzip verteilt. Wer eine für ihn günstige Rechtsfolge aus einer Norm für sich beansprucht, muss die Erfüllung aller Voraussetzungen ihres Tatbestands darlegen und notfalls unter Beweis stellen.

Daraus folgt für die Anwendung einer Anspruchsnorm wie § 1 Abs. 1, Abs. 2 Buchst. b), Abs. 5, § 38 Abs. 1 Satz 1 BVG, dass unaufklärbare Anspruchsvoraussetzungen zu Lasten des Anspruchstellers gehen. Handelt es sich beim Betroffenen – anders als in den hier vom Bundessozialgericht entschiedenen Fällen⁸¹ – nicht sicher um einen Wehrmachtsangehörigen, weil seine Rekrutierung und Vereidigung für den „Volkssturm“, dessen Angehörige „während ihres Einsatzes“ als Soldaten galten⁸², in den Wirren der letzten Kriegsmonate nicht mehr nachweisbar ist, kommt ein Rentenanspruch als Hinterbliebene eines Wehrmachtssoldaten nicht in Betracht.

Umgekehrt folgt aus dem Günstigkeitsprinzip für die Anwendung von § 1 Abs. 1 und Abs. 4 AusglLeistG, dass ein Anspruchsteller die Beweislast für die Voraussetzungen des anspruchsbegründenden § 1 Abs. 1 AusglLeistG trägt, die seinen Anspruch bestreitende Behörde hingegen die Beweislast für einen Ausschluss nach § 1 Abs. 4 AusglLeistG. Lässt sich nicht nachweisen, dass die Enteignung auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage erfolgte, sondern spricht alle Wahrscheinlichkeit für eine Enteignung nach dieser Phase, geht die Unaufklärbarkeit zu Lasten des Anspruchstellers, der dann keinen Entschädigungsanspruch nach diesen Normen geltend machen kann. Steht ihm umgekehrt tatbestandlich ein Anspruch für eine Enteignung auf besatzungsrechtlicher oder besatzungshoheitlicher Grundlage zu, ist es Sache der eine Entschädigung verweigern den Behörde, die Voraussetzungen des Ausschlusses zu beweisen wie in dem geschilderten Fall.⁸³ Legt sie keine Beweise dafür vor, ist der Anspruch nicht ausgeschlossen.

81 BSG v. 13.12.1984, Az. 9a RV 14/83, NJW 1985, 1109.

82 „Erlass des Führers über die Bildung des Deutschen Volkssturms“ v. 25.9.1944, RGBl. I 1944, 253 f.

83 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, Rdnrn. 43 f.

4. Mögliche Beiträge der historischen Forschung zur Fortentwicklung der Rechtsprechung und umgekehrt

Aus der geschilderten Rechtsprechung zu Renten- und Entschädigungsansprüchen ergeben sich wichtige wechselseitige Bezüge zwischen historischer Forschung und juristischer Bewertung.

Auf der einen Seite kann die historische Forschung den Gerichten für ihre Tätigkeit die erforderliche Tatsachengrundlage zur Verfügung stellen: Im Einzelfall können gerichtliche Beweiserhebungen zum Auffinden von entscheidungsrelevanten Urkunden oder zum Bekanntwerden neuer historischer Informationen führen. Über den Einzelfall hinaus können auch auf neue Erkenntnisse gestützte Bewertungen durch die Geschichtswissenschaft, soweit sie inhaltlich nachvollziehbar und wissenschaftlich hinreichend gesichert sind, in die Herleitung genereller Vermutungen münden. Ließe sich – anders als in den hier besprochenen Fällen – z. B. durch neue Forschungsergebnisse aufzeigen, dass alle Schüler einer bestimmten Schule und eines bestimmten Jahrgangs noch im April 1945 für den „Volkssturm“ rekrutiert, auf den „Führer“ vereidigt und an die Front geworfen wurden, könnte eine tatsächliche Vermutung dafür abgeleitet werden, dass jeder Schüler dieser Schule und dieses Jahrgangs rechtlich ein Wehrmachtssoldat war, auch wenn die Rekrutierung und Vereidigung des Betroffenen im Einzelfall nicht mehr nachweisbar ist.

Umgekehrt können auch juristische Bewertungen der historischen Forschung dienen. Auf der Grundlage der eindeutigen Einschätzungen der Verwaltungsgerichte zur Rechtswidrigkeit des formellen und materiellen Militärstrafrechts des „Dritten Reichs“ kann die Geschichtswissenschaft dieses Ergebnis für ihre weiteren Forschungen zugrunde legen und z. B. das Verhalten damaliger Amtsträger anhand der vorhandenen Akten- und Archivbestände darauf untersuchen, welche Beiträge einzelne oder Gruppen von Amtsträgern zur Pervertierung des Rechts im Sinne der nationalsozialistischen Ideologie und Herrschaft leisteten und wie weit sie sich dessen auch bewusst waren, möglicherweise sogar Unrechtsbewusstsein besaßen. Ein Ansatzpunkt kann sein, dass die vielfach drakonische Anwendung des formellen und materiellen Militärstrafrechts durch die Wehrmachtsgерichte sogar zeitgenössisch öffentliche Kritik fand. Die handelnden Personen hätten also bei gehöriger Gewissensanstrengung erkennen können, dass sie gegen elementarste rechtsstaatliche Prinzipien verstießen, wenn die Wehrmachtsgерichte z. B. entgegen § 49 Abs. 2 Satz 2 KStVO 1938, wonach der Gerichtsherr dem Angeklagten „bei strafbaren Handlungen, die mit dem Tode bedroht sind, stets, in anderen Fällen, wenn er es für

sachdienlich“ hielt, einen Verteidiger zu bestellen hatte, die Regelung so eng auslegten, dass nur in bereits nach dem Akteninhalt zu einer Todesstrafe führenden aussichtslosen Fällen ein Verteidiger bestellt wurde, nicht aber „in zweifelhaften Fällen“, in welchen eine Verteidigung noch hätte helfen können. Deswegen musste sich die Wehrmachtsgerichtsbarkeit ihre als „nicht verteidigerfreundlich“ angesehene Praxis und gar eine „gewisse Selbstherrlichkeit“ vorwerfen lassen.⁸⁴ In den Augen der heutigen Rechtsprechung gilt die „Verhängung von Todesstrafen gegen nicht verteidigte Betroffene“ als „nach rechtsstaatlichen Maßstäben ganz unerträglich“.⁸⁵ Auch im materiellen Strafrecht traf der Vorwurf, „bei der Strafzumessung jedes Maß verloren“ zu haben, nicht nur für die Stand-, sondern auch für die regulären Wehrmachtsgerichte zu, die selbst unter den Rahmenbedingungen einer im Existenzkrieg stehenden Diktatur öffentlich zum Maßhalten beim Strafmaß aufgerufen werden mussten.⁸⁶ Dabei wendeten sie großteils bedenkenlos nationalsozialistische Unrechtsnormen an und argumentierten der nationalsozialistischen Rechtslehre folgend in den Denkmustern einer „Volks- und Wehrgemeinschaft“, setzten Individuen als „Asoziale“ und „Schädlinge“ herab und genozidales Vokabular vom „Ausmerzen“ der Straftäter ein.⁸⁷ Den „beispiellosen Missbrauch der Todesstrafe“ und die „vollständige Missachtung der Ideen von Gerechtigkeit und Menschlichkeit“ geißelt die heutige Rechtsprechung mit erfreulicher Deutlichkeit.⁸⁸ Sicher lohnenswert und Geschichts- und Rechtswissenschaft gegenseitig befruchtend wären somit weitere Untersuchungen zum Denken und Handeln von Wehrmachtsrichtern in jener Zeit. Gerade die sehr differenzierende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bietet hierfür hinreichende Ansatzpunkte.

84 So zeitgenössisch (!) *Waldemar Spatz*, ZWehrR 9, 1944/45, 122 f. Näher zum formellen militärgerichtlichen Verfahren *Dietz*, Primat der Politik (wie Anm. 14), 156 ff. m.w.N.

85 Vgl. BGH v. 16.11.1995, Az. 5 StR 747/94, NJW 1996, 857 (865).

86 Den Vorwurf erhob öffentlich *G. Petermann*, in: ZWehrR 9, 1944/45, 207 (209 f.); nachträglich wiesen ihn *Schweling/Schwinge*, Die deutsche Militärjustiz (wie Anm. 4), 374, zurück.

87 Weitere Beispiele bei *Dietz*, Primat der Politik (wie Anm. 14), 483 ff. m.w.N.

88 So BGH v. 16.11.1995, Az. 5 StR 747/94, NJW 1996, 857 (859 f.).

Zusammenfassung

Mit ihrer Rechtsprechung zu Renten- und Entschädigungsansprüchen leisten deutsche Sozial- und Verwaltungsgerichte aller Instanzen auch fast siebzig Jahre nach Ende des nationalsozialistischen Unrechtsregimes noch wertvolle Beiträge zur Aufarbeitung der Verstrickung damaliger Personen und Organisationen in diese Diktatur. Sie wenden einen juristisch anerkannten zeitlosen Maßstab für die heutige Bewertung eines in der Vergangenheit weit zurückliegenden Verhaltens an. Damaliges Verhalten wird nur soweit als rechtmäßig angesehen, als es nicht zu bereits zu jener Zeit anerkannten elementaren Rechtsprinzipien in Widerspruch stand, also in so unerträglichem Maß den Grundsätzen formeller und materieller Gerechtigkeit widersprach, dass es nur als Unrecht bezeichnet werden kann.⁸⁹ Gerade den Wehrmachtsgerichten kann ungeachtet der zeitgenössischen Gesetzeslage⁹⁰ vielfach – aber nicht ausnahmslos und typischerweise – ein Verstoß gegen die Grundsätze der Menschlichkeit und Rechtsstaatlichkeit vorgeworfen werden. Offen ist, ob sie diesen Widerspruch zu höherrangigen Prinzipien erkannten und billigend in Kauf nahmen, oder erkennen konnten, aber ignorierten. Gerade hierzu kann die historische Forschung noch wichtige Beiträge durch Auswertung von Archivalien und Aktenbeständen liefern. Aufgabe der Gerichte ist es dann, nicht nur das zeitgenössische Strafrecht, sondern auch die tatsächliche Strafzumessung und Strafvollstreckung der Wehrmachtsgerichte zu würdigen⁹¹ und die individuelle Vorwerfbarkeit oder generelle Vermutungen im Einzelfall auf ihre sachliche Richtigkeit hin zu überprüfen und nötigenfalls ihre Rechtsprechung an neue Erkenntnisse anzupassen. Diese Erkenntnisse kann nur die historische Forschung liefern und so einen wertvollen Beitrag zur Weiterentwicklung des juristischen Blicks auf die Vergangenheit leisten.

Der Verfasser des Beitrags ist Richter am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof und Privatdozent an der Universität Augsburg sowie Lehrbeauftragter an der Hochschule für Politik München. Der Beitrag gibt seine private Meinung wieder.

PD Dr. *Andreas Dietz*, Postfach 340148, 80098 München

89 Vgl. *Gustav Radbruch*, Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: *Süddeutsche Juristenzeitung* 1946, 105 (107).

90 Vgl. BVerwG v. 28.02.2007, Az. 3 C 38.05, BVerwGE 128, 155 ff., Rdnr. 37.

91 Vgl. BVerwG v. 16.05.2012, Az. 5 C 2.11, BVerwGE 143, 119 ff., Rdnr. 30.