

Herrn Dr. Christoph Freundlhaler
mit herzlichem Grüßen!
Dr. Moos

Das Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz 2009

Univ.-Prof. Dr. Reinhard Moos, Linz

Journal für Rechtspolitik (JRP) 18 (2010), 146 ff

Reinhard Moos

Das Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz 2009

- I. Einleitung
- II. Vorgeschichte bis zum AnerkG 2005
- III. Zustandekommen des AufhG 2009
- IV. Würdigung des AufhG 2009
 - A. NS-Unrecht
 1. Materielles Recht
 - a. Fortgeltung der Nachkriegsgesetze
 - b. Wegfall der politischen Klausel im AufhG 1945
 - c. Ausdehnung auf sonstiges typisches NS-Unrecht
 - d. Versöhnungsbeirat
 - e. Kriegsverräter
 - f. Homosexuelle
 2. Gerichtstypen
 - a. Spezielle NS-Strafgerichte
 - b. Erbgesundheitsgerichte
 - B. Mischverurteilungen
 - C. Verfahrensvorschriften und Ausländer
 1. Wegfall der amtswegigen Prüfung
 2. Antragsteller
 3. Zuständiges Gericht
 4. Geltung für Ausländer
- V. Zusammenfassung

Abstract: Das AufhG 2009 löst das AnerkG 2005 ab, über das in dieser Zeitschrift ebenso eingehend berichtet wurde wie über die vorangegangene Entwicklung. Nach einem kurzen Überblick über diese Vorgeschichte und die Gründe zur erneuten Gesetzgebung wird das politische Zustandekommen des neuen Gesetzes behandelt und dieses im Einzelnen dargestellt. Wenn auch die lang umstrittene Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure vollkommen erreicht wurde, zeigen sich doch im Übrigen einige Mängel in der juristischen und rechtspolitischen Aufarbeitung der Materie, denen das Hauptaugenmerk gilt.

Deskriptoren: Amtswegigkeit; Annexionstheorie; Antragsbefugnis; Aufhebungsbeschluss; Ausländer; Deserteure; Erbgesundheitsgerichte; Gerechtigkeit; Grüne; Homosexuelle; Kameradenmörder; Kriegsverräter; Minderjährigenschutz; Mischverurteilungen; NS-Militärjustiz; NS-Unrecht; Okkupationstheorie; Rehabilitation; Rückwirkung; Sondergerichte; Vergangenheitsbewältigung; Verjährung; Versöhnungsbeirat; Volksgerichtshof; Widerstandskämpfer; Zwangssterilisierung.

Rechtsquellen: AufhG 2009; AnerkG 2005; BefrAmn 1946; AufhG 1945; Rechts-Überleitungsgesetz 1945; dt NS-AufhG 1998/2002/2009; §§ 206, 207 StGB.

I. Einleitung

„Nationalsozialistische Unrechtsurteile aufgehoben“ – unter diesem Titel berichtete die Parlaments-

korrespondenz am 21. Oktober 2009:¹⁾ „Mit den Stimmen der Regierungsfractionen und der Grünen hat heute der Nationalrat sämtliche noch nicht aufgehobenen NS-Unrechtsurteile aufgehoben. Damit sind auch alle Deserteure aus Hitlers Armeen rehabilitiert. Grundlage der Debatte war ein Antrag der Grünen und ein Antrag des Justizausschusses betreffend ein Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz. Trotz intensiver Bemühungen, in den Tagen zwischen den Beratungen des Justizausschusses und der heutigen Plenarsitzung eine Einigung aller Parteien zu erreichen, konnten die MandatarInnen von FPÖ und BZÖ dem Entwurf, trotz weitgehender Übereinstimmung, schließlich nicht zustimmen.“

II. Vorgeschichte bis zum AnerkG 2005

Diese Meldung beendete das zehnjährige politische und parlamentarische Ringen der oppositionellen Parlamentsfraktion der Grünen, ein solches Gesetz gegen die Regierungsmehrheit von ÖVP und FPÖ durchzubringen. Unmittelbar nach dem Krieg sind zwar das Aufhebungs- und Einstellungsgesetz 1945 (abgek AufhG 1945) und 1946 die Befreiungssamnettie (abgek BefrAmn) ergangen, durch welche die meisten Verurteilungen aufgehoben wurden. Diese Gesetze, die noch immer in Geltung stehen, sind aber unvollständig und mangelhaft. Teils gehen sie zu weit, teils sind sie zu eng, teilweise sind sie in sich widersprüchlich oder sie überschneiden sich. Manche bezweifelten, dass die Verurteilungen ex lege rückwirkend außer Kraft getreten sind und die Gerichtsbeschlüsse bloß bestätigende Bedeutung haben. *Roland Miklau* sprach treffend von einem „juristischen Irrgarten“.²⁾

Die Materie verlangte nicht nur eine umfassende Neuregelung, sondern vor allem auch eine Auseinandersetzung der Öffentlichkeit mit dieser Problematik. Nach den 50er-Jahren waren diese Gesetze völlig in Vergessenheit geraten, was für die Abschottung von der NS-Vergangenheitsbewältigung in Österreich

¹⁾ Parlamentskorrespondenz/01/21.10.2009/Nr 889 (PK 0889) zur 40. Sitzung des Nationalrats XXIV. GP.

²⁾ *Miklau*, Die Ergebnisse des Forschungsprojektes – aus der Sicht des Bundesministeriums für Justiz – Teil 2, in: Kohlhofer/Moos (Hrsg), Österreichische Opfer der NS-Militärjustiz (2003) 103 ff, 103.

bezeichnend war.³⁾ Erst die sog *Waldheim*-Affäre ab 1986 und die zu Ende der 80er-Jahre in Deutschland entstehenden Zweifel an der angeblich unpolitischen Wehrmachtsjustiz⁴⁾ führten zu einem langsamen Umdenken. In Deutschland wurde 1998 ein NS-Aufhebungsgesetz erlassen,⁵⁾ in das 2002 die pauschale Rehabilitierung der Deserteure einbezogen wurde.⁶⁾ Bahnbrechend waren in Österreich die Rehabilitierung des österreichischen Kriegsdienstverweigerers *Franz Jägerstätter* nach deutschem Wiedergutmachungsrecht durch ein Berliner Gericht im Jahre 1997⁷⁾ und die Aufhebung von Todesurteilen gegen Zeugen Jehovas wegen Kriegsdienstverweigerung durch das Wiener Landesgericht 1997 auf Grund des aus diesem Anlass wieder aufgefundenen AufhG 1945.⁸⁾ Die BefrAmn wurde erst 2003 wieder entdeckt.⁹⁾ Durch sie wurden im Jahre 1946 alle Verurteilungen durch deutsche Militär- und SS-Gerichte und damit auch stillschweigend die Verurteilungen von Deserteuren aus der deutschen Wehrmacht rückwirkend aufgehoben,¹⁰⁾ so dass es aus juristischer Sicht der ganzen Aufregung um die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure nicht bedurft hätte. Den Betroffenen genügte die BefrAmn nicht, weil nicht der Eindruck entstehen sollte, dass sie als Verbrecher begnadigt wurden, sondern sie wollten wegen ihrer Haltung gegen den verbrecherischen Hitlerkrieg rehabilitiert sein, so dass zumindest eine

anerkennde politisch-moralische Deklaration¹¹⁾ oder wegen der Lücken der alten Gesetze noch besser ein neues Rehabilitationsgesetz angebracht war.

Der Verfasser hat über den parlamentarischen Leidensweg der Gesetzesinitiativen der Grünen von 1999 bis zum AnerkG 2005¹²⁾ im JRP ausführlich berichtet und die Mängel dieses Gesetz, das einen „Schlussstrich“ hatte ziehen wollen, im Einzelnen aufgezeigt.¹³⁾ Hierauf darf an dieser Stelle verwiesen werden.

Obwohl die Grünen so lange um ein solches Gesetz gekämpft hatten – der Justizausschuss hatte ihren Gesetzesantrag von 2002 mit der Mehrheit der Regierungsparteien ÖVP und FPÖ nicht weniger als fünfmal bis 2005 vertagt –, lehnten sie das AnerkG 2005 ab, weil in seiner Anerkennungsklausel (Art I § 2) zwar der Opfer der nationalsozialistischen Militärjustiz und der Widerstandskämpfer gedacht wurde, aber geflissentlich nicht ebenso der verurteilten Deserteure, um deren ausdrückliche gesellschaftliche Anerkennung es den Grünen gerade ging. Sie empfanden es auch mit Recht als unerträglich, dass die politischen Opfer in einem Atemzug mit allen Kriegsopfern genannt wurden, dh mit Flüchtlingen, Bombengeschädigten, Kriegserwitwen, „Trümmerfrauen“ usw, obwohl sich beide Gruppen nicht miteinander vergleichen lassen, denn jenen war die Ehre abgesprochen worden, während diese unabhängig von ihrer Gesinnung zu leiden hatten.

Es hätte aber auch Grund genug bestanden, das AnerkG 2005 schon wegen seiner legislativen Unbrauchbarkeit abzulehnen. Ein Gesetzentwurf der Grünen (Antrag *Stoitsits*)¹⁴⁾, der auf der Grundlage des AufhG 1945 und der BefrAmn durch eine einheitliche neue Regelung eine Rechtsbereinigung und Ergänzung erreichen wollte, wurde von der Mehrheit des Parlaments abgelehnt. Stattdessen folgte der Nationalrat einem Initiativantrag der Regierungsparteien ÖVP und BZÖ (FPÖ) (Antrag

³⁾ Vgl aus jüngerer Zeit zur „österreichischen Gedächtnislandschaft“ etwa *Lehngut*, Externalisierung und Divergenz. Die Parteien und die österreichische Vergangenheitsnarrative, in: *Zeitgeschichte* (2009) Bd 36, Heft 4, 262 ff; *Miklau*; Rechtspolitik jenseits des Abgrunds, in: Busek (Hrsg), Was haben wir falsch gemacht? (2010) 71 ff.

⁴⁾ Siehe zu den Forschungen von *Messerschmidt/Wüllner* (1987, 1991) *Moos*, Vergangenheitsbewältigung der Militärgerichtsbarkeit. Auch ein Beitrag zu *Franz Jägerstätter*, JRP 1994, 135 ff; vgl schon *Moos*, Verborgene Wurzeln der NS-Justiz, AnwBl 1987, 633.

⁵⁾ Dt BGBl I 1998/58 v 31.8.1998.

⁶⁾ NS-AufhGÄndG, dt BGBl I 2002/51 v 26.7.2002.

⁷⁾ Vgl *Putz*, *Franz Jägerstätter* „... besser die Hände als der Wille gefesselt ...“ (1. Aufl 1987, 2. Aufl 1997), Anhang der 2. Aufl 290; *Moos*, Die Aufhebung der Todesurteile der NS-Militärgerichtsbarkeit, JRP 1997, 253 ff, 258 ff.

⁸⁾ Vgl *Jobst*, Anton Uran, verfolgt – vergessen – hingerecht (1997) 63 ff; *Moos* (FN 7) 263 ff; *Moos*, Recht und Gerechtigkeit, in: *Steininger* (Hrsg), Vergessene Opfer des Nationalsozialismus (2000) 23 ff, 40 ff.

⁹⁾ Vgl *Grünevald*, Die Ergebnisse des Forschungsprojekts – aus der Sicht des Bundesministeriums für Justiz – Teil 1, in: *Kohlhofer/Moos* (Hrsg), Österreichische Opfer der NS-Militärjustiz (2003) 96; *Manoschek*, Zur Rehabilitierung der österreichischen Opfer der NS-Militärjustiz, in: *Kohlhofer/Moos* (Hrsg), Österreichische Opfer der NS-Militärjustiz (2003) 29 ff, 34.

¹⁰⁾ Soweit Verurteilungen von Deserteuren nach § 5 KSSVO wegen Wehrkraftzersetzung erfolgten, wurden sie bereits durch das AufhG 1945 § 1 lit a als nicht erfolgt erklärt.

¹¹⁾ So die Forderung vom *Miklau* (FN 2) 105.

¹²⁾ BGBl I 2005/86 v 10.8.2005 (abgek AnerkG 2005).

¹³⁾ Vgl *Moos* (FN 4) 135 ff; *Moos* (FN 7) 253 ff; *Moos*, Das Anerkennungs-gesetz 2005 und die Vergangenheitsbewältigung der NS-Militärjustiz in Österreich, JRP 2006, 182 ff. – Siehe zum langen Gang der Gesetzwerdung ferner monographisch *Metzler*, Ehrlos für immer? Die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure in Deutschland und Österreich (2007); *Metzler*, Nicht länger ehrlos. Die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure in Österreich, in: *Pirker/Wenninger* (Hrsg), Wehrmachtsjustiz. Kontext – Praxis – Nachwirkungen (2010, im Erscheinen). Siehe auch eingehend zum parlamentarischen Ringen der Grünen unter der maßgeblichen Führung von *Stoitsits Obermaier* (Hrsg), Das unermüdliche Bohren harter Bretter. Die parlamentarischen Spuren von Terezija Stoitsits 1990–2007 (2010) 9, 147 ff, 156 f, 217.

¹⁴⁾ Antrag 21/A StenProtNR XXII. GP; Abgeordnete der SPÖ hatten sich dem Antrag angeschlossen. Zum Verfasser des Antrags s u FN 19 am Ende.

Molterer)¹⁵⁾, der bestrebt war, am bestehenden Rechtszustand möglichst wenig zu ändern – ein Lehrstück, wie man dem politischen Gegner die Luft aus den Segeln nimmt.

Das AnerkG 2005 stellte zunächst fest, dass das AufhG 1945 und die BefrAmn weiterhin in Geltung stehen und die von ihnen erfassten Urteile rückwirkend aufgehoben wurden. Damit wurde das geltende Recht bestätigt. Sodann unterschob es diesen beiden Nachkriegsgesetzen in einer Generalklausel den Inhalt, dass „mit“ ihnen „alle Verurteilungen, die Gerichte, insbesondere Militär-, SS-, Sonder- oder Standgerichte“, die als Ausdruck „typisch nationalsozialistischen Unrechts“ zu betrachten sind, erfasst werden. Das entsprach jedoch nicht dem Wortlaut dieser beiden Gesetze und konnte auch nicht in sie hineininterpretiert werden, so dass keine eigene Rechtsgrundlage für solche Urteilsaufhebungen geschaffen wurde. Es änderte sich also nichts¹⁶⁾, während von den Regierungsparteien versichert wurde, nunmehr seien alle Unklarheiten beseitigt und die Rechtssicherheit hergestellt.¹⁷⁾ Soweit Gerichte in der Folge mit Aufhebungsfällen, die über das AufhG 1945 hinausgingen, befasst wurden, mussten sie sich wegen der Unanwendbarkeit des AnerkG 2005 als eigene Rechtsgrundlage mit seiner analogen Anwendung behelfen.¹⁸⁾

III. Zustandekommen des AufhG 2009

Nach der schwierigen Geburt des AnerkG 2005 war nicht anzunehmen, dass das Parlament damit noch einmal etwas zu tun haben wollte. Die Aussicht, dass die Mehrheitspartei ÖVP die politische und legislative Unzulänglichkeit ihres Gesetzes eingestehen und es ändern oder gar aufheben würde, war als sehr gering einzuschätzen, zumal die praktische Anwendung wegen der langen Zeit seit Kriegsende immer mehr nachlassen musste. Die Wahrheit brach sich jedoch in den Folgejahren Bahn. Die vom Parlament erstrebte politische Befriedung blieb aus. In

¹⁵⁾ Antrag 614/A StenProtNR XXII. GP; vgl den Bericht des Justizausschusses (abgek JA) 1024 BlgStenProtNR XXII. GP und die Plenardebatte in der 116. Sitzung NR XXII. GP v 12.5.2005 und 7.7.2005, 110. Siehe näher *Moos* (FN 13, JRP 2006) 188 f.

¹⁶⁾ *Moos* (FN 13, JRP 2006) 192: „eine bloße politische Proklamation und Fiktion ohne rechtliche Verbindlichkeit“. Vgl auch den Erlass des BMJ v 29.11.2009 betr Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz, JABl 2009/ 38: Das Anerkennungsgesetz 2005 „blieb jedoch durch den Verweis der Generalklausel auf die bereits bestehenden Rechtsgrundlagen auf diese früheren Gesetze samt Verordnungen eingeschränkt“. So auch das Eingeständnis der Unzulänglichkeit des AnerkG 2005 im Bericht des JA zu seinem Selbständigen Antrag 359 BglStenProtNR XXIV. GP v 7.10.2009.

¹⁷⁾ Vgl *Moos* (FN 13, JRP 2006) 190.

¹⁸⁾ Vgl zB LG für Strafsachen Graz, Beschluss v 26.2.2008, 1 Bl 17/08s-3; vgl näher die Begründung im Antrag der Grünen 374/A (s u FN 19).

den ausgebooteten Grünen rumorte es weiterhin, weil sie die Desavouierung der Deserteure nicht hinnehmen wollten. *Hannes Metzler* veröffentlichte 2007 sein Buch „Ehrlos für immer? Die Rehabilitation der Wehrmachtsdeserteure in Deutschland und Österreich“ mit einer detaillierten Darstellung der Prozesse politischer Willensbildung im ideologisch hoch aufgeladenen Feld der Vergangenheitspolitik. Der ehemalige Deserteur *Richard Wadani* meldete sich im Rahmen des Personenkomitees „Gerechtigkeit für die Opfer der NS-Militärjustiz“ eindrucksvoll zu Wort und machte klar, dass die Desertion ein Beitrag Österreichs im Sinne der Moskauer Deklaration zur Befreiung vom nationalsozialistischen Joch war. In einer von den Grünen veranstalteten parlamentarischen Enquete in Wien am 26. Februar 2008 über die „Gegenwart der Vergangenheit. Grüne Initiativen im Gedenkjahr 2008“ wurde auch das AnerkG 2005 angegriffen.

Schließlich wagte es der Justizsprecher der Grünen, *Albert Steinhauser*, am 21. Jänner 2009 den Initiativantrag eines NS-Aufhebungsgesetzes im Nationalrat einzubringen,¹⁹⁾ das sowohl die Lücken des AnerkG 2005 ausfüllen als auch endlich symbolisch den Wehrmachtsdeserteuren ausdrücklich gesellschaftliche Anerkennung verschaffen sollte. Der Antrag wurde wiederum von der SPÖ unterstützt. Dieser Gesetzentwurf schloss sich zunächst, entsprechend dem AnerkG 2005, der geltenden Rechtslage an, indem er feststellte, dass nach Maßgabe des AufhG 1945, ihrer Ergänzungsverordnung vom 5. September 1945 und der BefrAmn die entsprechenden Verurteilungen rückwirkend aufgehoben worden sind. Für die Zukunft sah er Einschränkungen und Ergänzungen der alten Gesetze vor. Demnach sollte die politische Klausel des § 1 lit a AufhG 1945, die im Einzelfall eine Handlungstendenz gegen das NS-Regime oder für die Wiederherstellung eines souveränen Staates Österreich verlangt, entfallen. Ergänzend wurden hinsichtlich der verurteilenden Gerich-

¹⁹⁾ Antrag 374/A (abgek „Antrag Grüne“), Erste Lesung in der 17. Sitzung NR v 12.3.2009, StenProtNR XXIV. GP, 25. Tagesordnungspunkt 212ff (www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/A/A_00374/pmh.shtml). Im Bericht über die 4. Sitzung des JA v 7.10.2009 (358 BlgStenProtNR XXIV. GP) wird die Begründung des Antrags der Grünen (347/A) nur im ersten, allgemeinen Teil wiedergegeben, der wesentliche zweite Teil (S 5 bis 11) mit der Begründung im Einzelnen fehlt leider.

Es handelt sich um den unveränderten Gesetzentwurf mit ausführlicher Begründung von Univ.-Prof. Dr. *Reinhard Moos*; vgl die Hinweise von *Steinhauser* in der 17. Sitzung des NR am 12.3.2009, StenProtNR 212f und erneut *Steinhauser* in der Plenardebatte in der 40. Sitzung des NR am 21.10.2009, Zweite und Dritte Lesung des Selbständigen Antrag des JA Nr 359, StenProtNR XXIV. GP, 219. – *Moos* hatte bereits den Gesetzentwurf der Grünen von 2005 (Antrag 21/A) verfasst; vgl die Hinweise von *Stoisits* zum Abänderungsantrag an den JA v 19.4.2005, 21/A StenProtNR XXII. GP und die Dringliche Anfrage v 12.5.2005, 116 StenProtNR XXII. GP, 142 ff.

te die Urteile der Sonder- und Standgerichte, des Volksgerichtshofs und der an dessen Stelle urteilenden Oberlandesgerichte ebenso einbezogen wie Zwangssterilisierungen durch Erbgesundheitsgerichte und die Verurteilungen durch Zivilgerichte wegen homosexueller Handlungen während der NS-Zeit. Ferner wurden in einer Generalklausel alle Entscheidungen als rückwirkend nicht erfolgt eingestuft, die „von Gerichten unter Verstoß gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Regimes aus politischen, militärischen, rassistischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen gefällt wurden“. Die beiden alten Gesetze sollten insoweit nicht mehr gelten, als die Urteilsaufhebungen Mischverurteilungen mit Allgemeindelikten umfassten und eine erneute Verfolgung der Allgemeindelikte vorsahen. Schließlich sollte das LG für Strafsachen Wien für Bescheinigungen über die Urteilsaufhebungen zentral zuständig sein. Eine abschließende Resolution sollte feststellen, dass die Widerstandskämpfer, Wehrdienstverweigerer, Deserteure, Zwangssterilisierte und die wegen Homosexualität Verurteilten rehabilitiert seien.

Der Antrag wurde in der Ersten Lesung des Gesetzesantrags im Plenum des Nationalrats am 12. März 2009 dem JA zugewiesen.²⁰⁾ In einer kurzen Debatte wies *Steinhauser* auf noch bestehende Lücken im AnerkG 2005 hin. Die Regierungspartei ÖVP verzichtete auf einen Debattenteilnehmer. Von Seiten der Regierungspartei SPÖ wurde zu einer gewissenhaften Diskussion eingeladen, während der Vertreter der FPÖ „eher für die Aufhebung“ der BefrAmn eintrat und die beantragte Aufhebung von Mischverurteilungen bei Deserteuren, die zu Mördern geworden seien, ablehnte. Das BZÖ forderte unter Beifall der FPÖ, zwischen den „linken Tätern“ und den „vergessenen Opfern“ keinen Unterschied zu machen und die vom Volksgerichtshof zum Tode verurteilten Kärntner Partisanen nicht zu rehabilitieren.

Bei diesem geringen Interesse und Informationsstand war vom Justizausschuss so wenig wie schon 2005 ein Durchbruch zu erwarten. Die öffentliche Debatte drehte sich vor allem darum, dass eine pauschale Rehabilitierung der Deserteure nicht in Frage komme, weil geprüft werden müsse, ob ihre Motive im Einzelfall anerkennenswert waren (worauf es nach der BefrAmn nicht ankommt) und ob sie „Kameradenmörder“ waren. Seitens der FPÖ (*Strache*) wurde der Anteil der „Kameradenmörder“ mit 15 bis 20% bezeichnet.²¹⁾ Eine wissenschaftliche Untersuchung hatte indes ergeben, dass der Anteil der Mörder 0,15% betragen hat.²²⁾ Eine Aus-

nahme von der Urteilsaufhebung bzw eine erneute Strafverfolgung erschien verzichtbar. Die Problematik ist 64 Jahre nach Kriegsende weggefallen, weil solche Deserteure entweder unmittelbar nach dem Krieg infolge einer neuen Anklage gem § 9 BefrAmn erneut verurteilt worden sind oder, soweit kein Aufhebungsverfahren stattgefunden hat und die ganz wenigen Täter noch am Leben sind, ihre Taten in der Regel beweismäßig so wenig mehr genau erforschbar sind, dass auf eine erneute Verurteilung verzichtet werden kann.

Zum Meinungsumschwung in der Öffentlichkeit zugunsten eines neuen Aufhebungsgesetzes mit der politischen und gesellschaftlichen Anerkennung der Deserteure als Widerstandskämpfer²³⁾ kam es überraschend im Herbst 2009 im Zusammenhang mit der in Wien am 1. September 2009 eröffneten Ausstellung „Was damals Recht war ...‘ Soldaten und Zivilisten vor Gerichten der Wehrmacht“. Es handelte sich um eine bereits in 13 deutschen Städten gezeigte Wanderausstellung, die das Personenkomitee „Gerechtigkeit für die Opfer der Militärjustiz“ für Österreich adaptiert hatte. Sie wurde von über 6.000 Personen besucht und fand ein ungeahnt großes, positives Medienecho.²⁴⁾ In zahlreichen begleitenden, hochrangig besetzten und gut besuchten Diskussionsforen, Symposien und Vorträgen wurde diese Thematik zustimmend kommentiert. Besondere Aufmerksamkeit erregte ein Beitrag des profil,²⁵⁾ der aufdeckte, wie viele prominente Deserteure es in Österreich gegeben hat bis hin zum Vater des Kardinals *Christoph Schönborn*. Besonders hervorzuheben sind die Eröffnungsrede von Parlamentspräsidentin *Barbara Prammer* (SPÖ) und die denkwürdige, um nicht zu sagen historische Diskussion im Club 2 des ORF v 2. September 2009²⁶⁾, in welcher der ehemalige Parlamentspräsident *Andreas Khol* nachdrücklich und klar den Durchbruch zur pauschalen Rehabilitierung für die ÖVP signalisierte und begründete, während sich der Vertreter des Österreichischen Kameradschaftsbundes *Otto Keimel*

– Entschädigungspolitik in Österreich (2003) 133 ff, 153: nur 2 oder 3 Fälle bei 1.276 Deserteuren.

²³⁾ Vgl *Geldmacher*, Täter oder Opfer, Widerstandskämpfer oder Feiglinge? Österreichs Wehrmachtsdeserteure und die Zweite Republik, in: *Bewaffneter Widerstand – Widerstand im Militär. Jahrbuch 2009 des Dokumentationsarchivs des Österreichischen Widerstands* (2009) 37 ff, 44 ff.

²⁴⁾ Vgl den eingehenden Bericht von *Metzler*, Folgen einer Ausstellung. Die Rehabilitierung der Wehrmachtsdeserteure in Österreich, in: *Geldmacher/Koch/Metzler/Pirker/Rettl* (Hrsg), „Da machen wir nicht mehr mit ...“ (2010, im Erscheinen).

²⁵⁾ *Zöchling*, Die andere Seite, profil 31.8.2009, 33 ff.

²⁶⁾ Unter dem Thema „Helden oder Kriegsverräter. Die Deserteure der Wehrmacht“ unter der kundigen Leitung von *Rudolf Nagiller*; Teilnehmer: *Kardinal Christoph Schönborn, Andreas Khol, Brigitte Hamann, Otto Keimel, Richard Wadani, Hannes Metzler*.

²⁰⁾ Siehe FN 19.

²¹⁾ APA-Meldung v 14.9.2009.

²²⁾ Vgl *Geldmacher*, „Auf Nimmerwiedersehen!“ Fahnenflucht, unerlaubte Entfernung und das Problem, die Tatbestände auseinander zu halten, in: *Manoschek* (Hrsg), *Opfer der NS-Militärjustiz, Urteilspraxis – Strafvollzug*

überraschend zurückhaltend zeigte²⁷⁾ und damit einverstanden war, den Krieg Hitlers als ein Unrecht zu bezeichnen, woraus die Anerkennung der Desertion folgte. Auf *Khol* folgte wenig später die gewichtige Stimme des Zweiten Nationalratspräsidenten *Fritz Neugebauer* (ÖVP).²⁸⁾ Er forderte ebenfalls die pauschale Rehabilitierung der Deserteure, weil Desertion aus der Wehrmacht Widerstand war.

Der Initiativantrag der Grünen vom 21. Jänner 2009 (347/A), der vom Nationalrat am 12. März 2009 an den JA überwiesen worden war, wurde von diesem in der Sitzung vom 7. Oktober 2009 – wie schon 2005 – abgelehnt.²⁹⁾ An seiner Stelle wurde ein Selbständiger Antrag des JA (Nr 359) unter dem Vorsitz des Justizsprachers der ÖVP, *Heribert Donnerbauer*, eingebracht. Dieser Entwurf wurde im Plenum des Nationalrats am 21. Oktober 2010 beraten und mit den Stimmen der Regierungsmehrheit (ÖVP und SPÖ) und der Zustimmung der Grünen, aber gegen die Stimmen von FPÖ und BZÖ als *Aufhebungs- und Rehabilitationsgesetz* (abgek AufhG 2009) angenommen.³⁰⁾ Die Schlussdebatte in ruhiger, offener und sachlicher Atmosphäre war durch hohes Niveau gekennzeichnet. Die Verurteilung der NS-Militärjustiz war einhellig. Der wunde Punkt blieb für die rechte Seite der Opposition freilich der „General-Freispruch aller Deserteure“.

Dieses Gesetz befriedete 70 Jahre nach Kriegsbeginn das lange Ringen um dieses Kapitel politischer Vergangenheitsbewältigung. In seinem § 4 Abs 1³¹⁾ („Rehabilitierung“) werden alle – auch ohne deswegen verurteilt worden zu sein –, die „Akte des Widerstandes oder andere gegen das NS-Unrechtsregime gerichtete Akte gesetzt und dadurch etwa als Widerstandskämpfer oder insbesondere als Deserteure durch die bewusste Nichtteilnahme am Krieg an der Seite des nationalsozialistischen Unrechtsregimes ... beigetragen haben“, rehabilitiert und ihnen die Achtung der Republik Österreich ausgesprochen.³²⁾ Sorgfältig davon getrennt wird in § 4 Abs 2

²⁷⁾ Noch am Vortag war bei der Eröffnung der Ausstellung kein Vertreter des eingeladenen Bundesheeres erschienen, was *Khol* heftig rügte.

²⁸⁾ Vgl. Der Standard 7.9.2009 und in der Plenardebatte des NR 40. Sitzung v. 21.10.2009, StenProtNR XXIX. GP, 213f.

²⁹⁾ 4. Sitzung JA, StenProtNR XXIV. GP, 212ff, 216 (www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/I/I_00359/pmh.shtml).

³⁰⁾ 40. Sitzung NR, StenProtNR XXIV. GP, 211ff. Der Bundesrat gab am 5.11.2010 dem Antrag statt, keinen Einspruch zu erheben, vgl. 8188 BlgStenProtBR v. 3.11.2009, 34/BNR, XXIV. GP, 118. Verkündung im BGBl I 2009/110 v. 17.11.2009.

³¹⁾ Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes sind im Folgenden solche des AufhG 2009.

³²⁾ Der Erlass des BMJ v. 29.11.2009 zum AufhG, JÄBl v. 2009/38, betont, dass der Gesetzgeber primär dem Mangel an öffentlicher Aufmerksamkeit, der bislang den Urteilsaufhebungen und der juristischen Rehabilitierung der Betroffenen weitgehend versagt geblieben war, „in

den „aus ihrer Heimat Vertriebenen und allen Opfern des vom nationalsozialistischen Unrechtsregime zu verantwortenden Krieges“ Mitgefühl ausgesprochen.

Im Folgenden soll geklärt werden, inwieweit dieses epochale Gesetz auch dem Anspruch gerecht geworden ist, die juristischen Lücken des AnerkG 2005 zu schließen, dessen Art I mit Ablauf des 30. November 2009 außer Kraft gesetzt wurde (§ 7).

IV. Würdigung des AufhG 2009 im Einzelnen

Der Selbständige Gesetzesantrag des JA wurde inhaltlich „im Zusammenhang“ mit dem abgelehnten Antrag der Grünen ausgearbeitet.³³⁾ Dieser liegt dem AufhG 2009 erkennbar zu Grunde. Der Antrag des JA greift die wesentlichsten der dort genannten Problempunkte auf: Ausdehnung der Urteilsnichtigkeit auf Urteile spezieller NS-Strafgerichte und der Erbgesundheitsgerichte, eine Generalklausel der Nichtigkeit von Entscheidungen, in denen typisches NS-Unrecht zu Ausdruck kommt, einschließlich der Verurteilung wegen Homosexualität; Entfall von Mischverurteilungen und die programmatische Ehrenerklärung für alle Verurteilten, insbesondere für Deserteure.

Das AufhG 2009 wurde in Eile erstellt und lässt die Reife vermissen, die einer Regierungsvorlage mit anschließendem Begutachtungsverfahren zugekommen wäre. Das Gesetz ist nicht aus einem Guss. Es ist kompliziert, nicht klar systematisch gegliedert, teilweise ist es sogar bei Einzelheiten in sich widersprüchlich. Es regelt nicht alle Fragen ausdrücklich oder doch so versteckt, so dass manches ungewiss bleibt. Auch enthält es Einschränkungen, die nicht zum Gesamtsystem passen. Die Begründung des JA ist außer bei der unproblematischen Einbeziehung des Kriegsverrats, der im Antrag der Grünen noch fehlte, sehr kurz. Sie setzt vielfach einen Rückgriff auf die ungekürzte Begründung des Antrags der Grünen vom 21. Jänner 2009 voraus, ohne dass allerdings hierauf verwiesen wird.

A. NS-Unrecht

1. Materielles Recht

a. Fortgeltung der Nachkriegsgesetze

§ 1 Abs 1 Satz 1 stellt in Übereinstimmung mit dem AnerkG 2005 und dem Antrag der Grünen klar, dass als hauptsächliche Basis aller Urteilsaufhebungen das AufhG 1945 mit seiner Ergänzungsverordnung

aller Form und Öffentlichkeit“ wirksam entgegnetreten möchte.

³³⁾ 359 BlgStenProtNR XXIV. GP, Antragsentwurf v. 7.10.2009 mit Begründung. Dieser Hinweis auf den grundlegenden Antrag der Grünen (374/A) wurde in der Endfassung der Begründung weggelassen.

1945 und die BefrAmn weiterhin in Kraft bleiben.³⁴⁾ Für den Gesetzgeber geht es somit nur um die Ergänzungen und Korrekturen zu diesen Gesetzen.

b. Wegfall der politischen Klausel im AufhG 1945

Nach dem Gesetzentwurf der Grünen sollte die in § 1 lit a AufhG 1945 enthaltene Klausel, wonach „die Handlungen gegen die nationalsozialistische Herrschaft oder auf die Wiederherstellung eines unabhängigen Staates Österreich gerichtet“ sein mussten, wegfallen, denn für die Gegenwart soll sich das AufhG 1945 auf den NS-Unrechtsgehalt der Strafnormen beziehen und nicht auf die patriotische individuelle Einstellung. Diese Klausel macht außerdem eine Einzelfallprüfung der Handlungstendenz zusätzlich zu den Gesetzesverstößen (§ 1 lit a leg cit: „und“) erforderlich, die dem erstrebten Prinzip der Pauschalaufhebung widerspricht. Sie wurde von den Gerichten nicht beachtet, die praeter legem die objektive Handlungstendenz gegen die NS-Herrschaft genügen ließen, die aus den Verstößen gegen die Verbotsgesetze hervorgeht.³⁵⁾ Immerhin wäre bei den Kriegsdienstverweigerungen der Zeugen Jehovas, die allein aus streng religiösen Gründen erfolgten, das AufhG 1945 wegen der einschränkenden politischen Klausel eigentlich unanwendbar. Die Streichung dieser Klausel war längst geboten.

Das AufhG 2009 enthält leider keine entsprechende klare Bestimmung. Wie aus dem Erlass zu diesem Gesetz zu entnehmen ist, soll der Wegfall aus § 1 Ab 1 Satz 3 abgeleitet werden, wonach es einer „gesonderten, amtswegigen Prüfung und Feststellung“ nicht bedarf. Das dient nicht der Rechtsklarheit, denn mit diesem Satz ist auf den ersten Blick die Verneinung einer Pflicht zur amtswegigen Verfahrenseinleitung und die Gesetzeswirkung ex lege gemeint (s unten C.1.). Der Entfall der politischen Klausel wäre eher aus § 3 Abs 2 abzuleiten, wonach es bei der Anwendung des AufhG 1945 keine Einzelfallprüfungen mehr gibt. Es geht aber, wie gesagt, nicht nur um den Wegfall der Einzelfallprüfung, sondern darum, dem AufhG 1945 eindeutig den weiterreichenden politischen Sinn der Unrechtsaufhebung zu geben, der für die Gegenwart maßgeblich ist.

c. Ausdehnung auf sonstiges typisches NS-Unrecht

Rechtstheoretisch und praktisch bedeutsam ist die Ausdehnung der Urteilsaufhebungen in § 1 Abs 2

³⁴⁾ Diese Bestimmungen samt der Durchführungsverordnung zur BefrAmn 146 wurden der Justiz mit Erlass des BMJ v 30.12.2003 betr die Rehabilitierung der Opfer der NS-Militär- bzw SS-Gerichtsbarkeit, veröffentlicht in JABl 2004/7 v 29.9.2004, 141 ff, 143 ff Anlagen A bis D, bekannt gemacht.

³⁵⁾ Vgl den Ministerialerlass v 30.12.2003, JABl 2004/7; Moos (FN 13, JRP 2006) 191 f.

Z 4 auf „typisch nationalsozialistisches Unrecht“, das in „sonstigen“ verurteilenden Entscheidungen zum Ausdruck kommt. Damit sind Entscheidungen zusätzlich zu den alten Aufhebungsgesetzen (§ 1 Abs 1) und den neu hinzugekommenen speziellen Strafgerichten (§ 1 Abs 2 Z 1) gemeint. Mit dieser Unrechtsformel wird ein *überpositiver Rechtsbegriff* anerkannt, der „gesetzliches Unrecht“ im Sinn der berühmten Radbruchformel von 1946 als eines unerträglichen Verstoßes gegen elementare Gedanken der Gerechtigkeit anerkennt.³⁶⁾ Diese Formel findet sich im dt NS-AufhG 1998, sie widerspricht aber dem in Österreich gängigen formalen Positivismus. Ihre Anerkennung im AufhG 2009 und schon im AnerkG 2005 ist darum nicht selbstverständlich. Der Antrag der Grünen von 2005 suchte ihn noch zu vermeiden und durch eine ergänzende Aufzählung typischer NS-Gesetze zu präzisieren. Es hat sich jedoch gezeigt, dass dieser Weg unzureichend ist, denn auch normale strafrechtliche Vorschriften, wie zB das StG, konnten zum Zwecke der Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des NS-Regimes missbraucht werden, so dass darin typisch nationalsozialistisches Unrecht zum Ausdruck kommen kann.³⁷⁾ Der Bezug auf diesen Unrechtsbegriff war auch deshalb angebracht, weil das AufhG 1945 und vor allem die BefrAmn aus historischen Gründen nicht auf den Unrechtscharakter der aufgehobenen Verurteilungen abstellen, sondern auf die Wiederherstellung der staatlichen österreichischen Souveränität.

Der materielle Unrechtsbegriff entsprach schon im Jahre 1945 dem im Verfassungsrang stehenden *Rechts-Überleitungsgesetz* über die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich vom 1. Mai 1945³⁸⁾. Dadurch wurden politisch untragbare Vorschriften nicht übernommen, die „mit dem Bestand eines freien und unabhängigen Staates Österreich oder mit den Grundsätzen einer echten Demokratie unvereinbar sind, die dem Rechtsempfinden des österreichischen Volkes widersprechen oder typisches Gedankengut des Nationalsozialismus enthalten.“ Maßgeblich sind demnach als Inhalt der „Gerechtigkeit“ bzw für das Rechtsempfinden des Volkes schwerwiegende Verletzungen der allgemein anerkannten Menschenrechte bzw der Menschenwürde und der wesentlichen Grundsätze der freiheitlichen rechtsstaatlichen Ordnung.³⁹⁾

d. Versöhnungsbeirat

Um die Gerichte bei der Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs „sonstiges typisch natio-

³⁶⁾ Vgl Moos (FN 7) 261 f; ausführlich Moos (FN 8) 26 ff; Begründung des Antrags der Grünen (374/A) 8.

³⁷⁾ Vgl etwa die oben FN 18 zitierte Entscheidung des OLG Graz, in der Vorschriften des StG zu solchen Zwecken missbraucht wurden.

³⁸⁾ StGBI 1945/6.

³⁹⁾ Vgl Begründung des Antrags der Grünen (374/A) 8.

nalsozialistisches Unrecht“ im Einzelfall zu unterstützen, wird gem § 5 ein sog Versöhnungsbeirat beim BMJ eingerichtet.⁴⁰⁾ Er hat gem § 5 Abs 5 „auf Ersuchen der Gerichte“ entsprechende Stellungnahmen abzugeben. Es ist anzunehmen, dass Gerichte solche Ersuchen stellen, falls sie es für erforderlich halten, weil sie im Zweifel sind, ob es sich im Einzelfall um solch typisches NS-Unrecht handelt. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs „hat“ das Gericht bei Prüfungen im Einzelfall eine solche Stellungnahme zu beantragen.⁴¹⁾ Davon steht aber nichts im Gesetz. Die Gerichte können in den meisten Fällen den unbestimmten Rechtsbegriff von sich aus anhand des oben wiedergegebenen Rechts-Überleitungsgesetzes interpretieren. Ferner ist die Beachtung der Zielvorgabe der NS-Verbote hilfreich, wie sie im Antrag der Grünen und im dt NS-AufhG 1998 genannt wird: „zur Durchsetzung oder Aufrechterhaltung des nationalsozialistischen Unrechtsregimes aus politischen, militärischen, rassischen, religiösen oder weltanschaulichen Gründen“. Die Begründung des Gesetzesantrags des JA verweist darauf, dass typisch nationalsozialistisches Unrecht „auch in der Wahl der Strafart bzw einer völlig unverhältnismäßigen Strafbemessung für das ‚allgemeine‘ Delikt zum Ausdruck kommen“ kann.⁴²⁾ Das können die Gerichte in der Regel von sich aus beurteilen. Der Erlass zum AufhG 2009 gesteht ihnen ohnehin zu, dass die Stellungnahmen des Versöhnungsbeirats nicht bindend sind. Der Erlass bietet Informationshilfen durch die Angaben von zehn Archivadressen an, deren öffentliche Bekanntgabe nicht nötig wäre, wenn sie nur für den internen Gebrauch des Versöhnungsbeirats gedacht wären. Die Gerichte können sich ferner an eine Analogie zum AufhG 1945 und an die Aufzählung von 16 NS-Gesetzen und Verordnungen in seiner Ergänzungsverordnung⁴³⁾ oder auch an die noch weitergehende Aufzählung von 59 solcher Gesetze und Verordnungen in der Ergänzungsverordnung zum dt NS-AufhG 1998 halten.⁴⁴⁾

e. Kriegsverräter

In der Rehabilitationsklausel (§ 4) werden auch die sog Kriegsverräter genannt. Diese Personengruppe wurde erst unlängst in das dt NS-AufhG 1998 ein-

⁴⁰⁾ Die organisatorische Regelung des aus fünf Personen bestehenden Versöhnungsbeirats (unter dem Vorsitz eines Beamten des BMJ, zwei Vertreter des Kriegs- und Behindertenverbandes, ein Vertreter der universitären Zeitgeschichte und ein Vertreter der universitären Rechtsgeschichte) ist die ausführlichste Bestimmung im ganzen Gesetz. Die Aufgabe des Versöhnungsbeirats wird erst im letzten Absatz des § 5 erwähnt. Der Leser bleibt so lange über den Sinn dieser Einrichtung im Unklaren.

⁴¹⁾ Begründung des JA-Antrags (359) zu § 3.

⁴²⁾ Begründung des JA-Antrags (359) zu § 3.

⁴³⁾ Verordnung v 5.9.1945, StGBI 1945/155.

⁴⁴⁾ Aufgezählt im Anhang zum dt NS-Aufhebungsgesetz, dt BGBl I 1998/58, 2503f.

bezogen und damit den Wehrmachtsdeserteuren gleichgestellt.⁴⁵⁾ Bis dahin war in Deutschland deren Rehabilitierung nur über die Generalklausel in Einzelfällen möglich. In Österreich fallen die Kriegsverräter schon seit 1946 unter die BefrAmn, denn es handelt sich um Verurteilungen durch Militärgerichte nach § 57 MilStGB iVm § 91b dt StGB wegen „landesverräterischer Begünstigung“ für Soldaten im Kriegseinsatz, die mit dem Tode bestraft wurden (absolute Strafdrohung). Dieselbe Strafe drohte § 60 MilStGB für die Nichtanzeige eines solchen Vorhabens an. Der Tatbestand war denkbar weit und unbestimmt und erfasste nicht nur den Geheimnisverrat, sondern jedes Vorschubleisten zu Gunsten feindlicher Mächte, also jede kriegsschädigende Handlung. Der Kriegsverrat war dem berüchtigten § 5 KSSVO (Wehrkraftzersetzung) verwandt und betraf besonders Deserteure. In der Praxis wurde er auch auf Zivilisten ausgedehnt. Seine ausdrückliche Erwähnung im AufhG 2009 war deshalb angebracht.⁴⁶⁾

f. Homosexuelle

Zu den Erweiterungen der materiellrechtlichen Verurteilungsgrundlagen im AufhG 2009 zählen auch die in der NS-Zeit wegen Homosexualität Verurteilten (§ Abs 2 Z 3). Diese Personengruppe wurde in Deutschland im Jahre 2002 in das NS-Aufhebungsgesetz 1998 einbezogen.⁴⁷⁾ Die Verfolgung der Homosexualität (unter Männern) war zwar kein typisches NS-Unrecht, galten die entsprechenden Vorschriften doch noch Jahrzehnte nach dem Krieg weiter. Der Grund für die Einbeziehung liegt allein in der unverhältnismäßig hohen Bestrafung und in den Schrecken des Strafvollzugs oder der Konzentrationslager bis hin zum Tode dieser vom NS-Staat als „rassehygienisch minderwertig“ eingestuften Personen.⁴⁸⁾

Dasselbe muss auch für Österreich gesagt werden, wo die Strafdrohungen auf bis zu 10 Jahren schweren Kerker lauteten (§§ 129, 130 StG). Weder die Begründung des JA noch der Erlass zum AufhG 2009 äußern sich über den Grund der Urteilsaufhebung. Die dadurch entstehende Unklarheit wirkt sich prompt aus: Im Unterschied zu Deutschland schränkt § 1 Abs 2 Z 3 die Urteilsaufhebungen wegen gleichgeschlechtlicher Handlungen dahingehend ein, dass sie nur Platz greifen, wenn die entsprechenden Handlungen nach gegenwärtigem Recht straffrei sind. Damit kommt ein völlig neuer

⁴⁵⁾ 2. NS-AufhGÄndG, dt BGBl I 2009/3150 v 24.9.2009; vgl dazu etwa die Berichte in den Salzburger Nachrichten 25.8.2009, 6; 27.8.2009, 18; und 10.9.2009, 19.

⁴⁶⁾ Siehe dazu die ausführliche Begründung zum Selbständigen Antrag des JA (359) v 7.10.2009, 5.

⁴⁷⁾ NS-AufhÄndG v 23.7.2002, dt BGBl I 2002/51.

⁴⁸⁾ Siehe die Nachweise in der Begründung des Antrags der Grünen (374/A) 7.

Gesichtspunkt in die Urteilsaufhebungen. Nicht der unmenschliche Strafvollzug, sondern die heutige Straffreiheit lässt die früheren Verurteilungen als ungerecht erscheinen. Die rückwirkende Rehabilitation wird indes nicht auf die Zeit bis zur Aufhebung der Strafbarkeit erstreckt, sondern nur, wie bei den anderen NS-Verurteilungen, auf die Zeit zwischen 12.3.1938 und 8.5.1945. Mit dieser Begrenzung auf die Zeit des Nationalsozialismus kommt stillschweigend doch wieder die NS-Strafpraxis ins Spiel, ohne dass sie aber als *ratio legis* erkennbar wäre. Es fragt sich, was die Einschränkung auf die Aufhebung der Strafbarkeit überhaupt soll. Sie überrascht umso mehr, als in Österreich die Homosexualität überhaupt nicht mehr strafbar⁴⁹⁾ und die Einschränkung somit gegenstandslos ist.

Der Sinn ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien. Den Parlamentariern ging es explizit darum, die Vergewaltigung oder den sexuellen Missbrauch von *Unmündigen* durch homosexuelle Handlungen, also die *Päderastie*, von der Rehabilitation auszunehmen.⁵⁰⁾ Nach gegenwärtigem Recht (§§ 206, 207 StGB) wird zwar der sexuelle Missbrauch von Unmündigen bestraft, das Delikt ist aber geschlechtsneutral, dh es ist gleichgültig, ob es von homosexuellen oder heterosexuellen Täter(Innen) an Knaben oder Mädchen begangen wird. Der Strafgrund (Rechtsgut) ist nicht die Unsittlichkeit der Homosexualität, sondern der Schutz Minderjähriger.

So betrachtet, könnte die Einschränkung des § 1 Abs 2 Z 3 nach ihrem Wortlaut nicht nur den Missbrauch Unmündiger, sondern alle Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung erfassen, soweit sie gleichgeschlechtlich begangen werden können. Straffrei wären dann im Wesentlichen homosexuelle Handlungen an sich nach dem alten § 129 StG. Das kann jedoch schon deshalb nicht stimmen, weil dieses Delikt die geringste Strafdrohung enthielt, während gerade die unmenschlichen Strafen für die qualifizierte Begehung der Grund für die Urteilsaufhebungen sind. Der Erlass zum AufhG 2009 verweist zwar „beispielsweise“ auf die gleichgeschlechtlichen Handlungen an einem Unmündigen,⁵¹⁾ die Rechtsgutsverschiebung von der Homosexualität

auf die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung wird aber nicht erwähnt. Es bleibt offen, was § 1 Abs 2 Z 3 wirklich meint.

Da in den Gesetzesmotiven ausdrücklich nur von der Ausnahme des gleichgeschlechtlichen sexuellen Missbrauchs von Unmündigen die Rede ist, muss von dieser Eingrenzung ausgegangen werden. Aber selbst diese Ausnahme überrascht, denn sie hat mit der NS-Vergangenheitsbewältigung nichts zu tun. Diese Einschränkung steht außer Verhältnis zu der Nachsicht, die das Gesetz im Übrigen walten lässt, und sie durchbricht das sonst so wichtige Prinzip der Pauschalaufhebung, denn sie macht Einzelfallprüfungen nötig (§ 3 Abs 2). Auch widerspricht sie dem Sinn der Verjährung, denn nach dem Ablauf von über 60 Jahren ist bei einer höchsten Verjährungsfrist von 10 Jahren (§ 57 StGB) und der Fortlaufhemmung für Taten an minderjährigen Opfern bis zum 28. Lebensjahr (§ 58 Abs 3 Z 3 StGB) die Verfolgbarkeit seit Jahrzehnten verstrichen. Zwar geht es im vorliegenden Zusammenhang nicht um die Strafverfolgung, denn es liegen rechtskräftige Schuldsprüche vor. Die Verjährung ist aber nach österreichischem Recht ein materiellrechtlicher Strafaufhebungsgrund, der den Strafanspruch erlöschen lässt. Das Reaktionsbedürfnis ist erloschen, die Taten sind ohne strafrechtliche Bedeutung. Der Vorwurf der schon „abgetanen“ strafbaren Handlung ist sogar gem § 113 StGB strafbar. Damit erscheint die hohe sittliche Verwerflichkeit der Päderastie während der Kriegszeit, von welcher das AufhG 2009 beim Verbot der rückwirkenden Urteilsaufhebung ausgeht, in einem anderen Licht. Schließlich ergeben sich Widersprüche bei Mischurteilen von Soldaten, die von Militärgerichten zusätzlich wegen Sexualdelikten verurteilt wurden, aber nach § 9 BefrAmn gänzlich rehabilitiert werden.

2. Gerichtstypen

a. Spezielle NS-Strafgerichte

Während das AufhG 1945 auf die materiellrechtlichen Grundlagen der Verurteilungen abstellt, ist nach der BefrAmn maßgeblich, dass ein deutsches Militär- oder SS-Gericht die Urteile gesprochen hat. Diese prozessrechtliche Begründung der Urteilsnichtigkeit erklärt sich für die Befreiungssamnestie aus der *Okkupationstheorie*.⁵²⁾ Die BefrAmn erging, wie es in ihrem vollen Titel heißt, aus Anlass der Befreiung Österreichs, und zwar von der Besatzungsmacht Deutschland. Die deutsche Militärjustiz sollte darum schlechtweg keine Anerkennung verdienen. Das AufhG 2009 § 2 Abs 2 Z 1 schließt an diese Anknüpfung der Nichtigkeit an den Gerichtstypus an. Ist es doch praktisch sinnvoll, die Nichtigkeitslösung pauschal auf spezielle NS-Strafgerichte auszu-

⁵²⁾ Siehe Nachweise bei Moos (FN 13, JRP 2006) 191 Fn 60; vgl auch unten B.

⁴⁹⁾ Die Strafbarkeit war 1971 auf die gleichgeschlechtliche Unzucht eines über 18-jährigen Mannes mit einem jüngeren Manne zurückgedrängt worden (§§ 129, 130 idF StrRÄndG 1971). Im Anschluss an ein Erkenntnis des VfGH wurde diese Vorschrift, die im StGB 1975 zu § 209 geworden war, im Jahre 2002 aufgehoben. Der statt dessen eingeführte § 207b (sexueller Missbrauch von Jugendlichen) ist geschlechtsneutral gefasst und bedeutet keine Strafbarkeit der Homosexualität als solcher.

⁵⁰⁾ Vgl die Begründung des JA-Antrags (359) zu § 1 Abs 2 Z 3: „Taten, die sich nach geltender Rechtslage als Vergewaltigung oder sexueller Missbrauch von Unmündigen, darstellen, fallen daher nicht unter diese Bestimmung.“ Ebenso Scheibner in der Schlussdebatte im Nationalrat (FN 30) 214.

⁵¹⁾ Erlass JABI 2009/38, 116.

dehnen, ohne dass das angewendete materielle Recht auf den NS-Unrechtsgehalt zu prüfen wäre. Diese Methode wendet auch das deutsche NS-AufhG 1998 (§ 1 Z 2 und 2) zusätzlich zur Begründung der Urteilsnichtigkeit aus materiellen Gesichtspunkten an.

Zu solchen Gerichten gehören der Volksgerichtshof, die Oberlandesgerichte, soweit ihnen politische Strafsachen überwiesen wurden, die der Zuständigkeit des Volksgerichtshofs unterlagen, sowie die Sonder- und Strafgerichte.⁵³⁾

b. Erbgesundheitsgerichte

NS-Unrecht wurde auch durch die in § 1 Abs 2 Z 2 genannten Erbgesundheitsgerichte verwirklicht, die nach dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (Erbgesundheitsgesetz) die Entstehung „lebensunwerten Lebens“ im Sinne der inhumanen rassistischen NS-Ideologie verhindern sollten. Zwar wurde in Österreich unmittelbar nach dem Krieg dieses Gesetz, das seit 12. Jänner 1940 auch in der Ostmark galt, aufgehoben,⁵⁴⁾ aber seine gerichtliche Anwendung wurde bis jetzt noch nicht juristisch beseitigt. Diese Gerichtsbeschlüsse haben „elementare Gedanken der Gerechtigkeit“ in ähnlicher Weise verletzt wie die Vernichtung behinderter Personen durch behördliche Maßnahmen der sog. Euthanasie.⁵⁵⁾ Die Einbeziehung der Sterilisationsentscheidungen der Erbgesundheitsgerichte entspricht auch Art 2 § 1 des dt NS-AufhG 1998.

B. Mischverurteilungen

Unter einer Mischverurteilung ist eine Verurteilung wegen eines politischen oder militärischen Delikts zusammen mit einem Zivildelikt (Allgemeindelikt) zu verstehen. § 2 verwendet dafür, wie das AufhG 1945 (§ 3 Abs 1), den Begriff „Zusammentreffen“ von strafrechtlichen Entscheidungen nationalsozialistischen Unrechtsgehalts mit anderen verurteilenden Entscheidungen. Bei den Mischurteilen entsteht das Problem, ob die Aufhebung der politischen bzw militärischen Verurteilung diejenige wegen des Allgemeindelikts mit sich zieht oder sie bestehen lässt.

⁵³⁾ Vgl näher Begründung des Antrags der Grünen (374/A) 6 mwN. Diese Gerichte werden auch in § 6 Abs 2 der BefrAmn in anderem Zusammenhang erwähnt. Ihre Urteile waren daraufhin zu überprüfen, ob die Strafe nach der Überlieferung österreichischer Strafrechtspflege als übermäßig hoch anzusehen ist. Das AnerkG 2005, das diese Gerichte fälschlich in das AufhG 1945 und die BefrAmn hineininterpretierte, vergaß den Volksgerichtshof und die Oberlandesgerichte zu erwähnen, die keine Sondergerichte waren.

⁵⁴⁾ StGBI 1945/17.

⁵⁵⁾ Vgl Nachweise in der Begründung des Antrags der Grünen (374/A) 7. Behördliche Maßnahmen sind nicht Gegenstand des AufhG 2009

Das entpuppt sich als eine der kompliziertesten Fragen für das AufhG 2009.

§ 2 regelt nach seiner Überschrift das Zusammentreffen, nennt aber nur die Fälle der Homosexualität und des sonstigen typisch nationalsozialistischen Unrechts nach § 1 Abs 2 Z 3 und 4. Für diese wird bestimmt, dass die Verurteilung des Allgemeindelikts als nicht erfolgt gilt, wenn es nur von *untergeordneter Bedeutung* gegenüber dem NS-Delikt war.⁵⁶⁾ Das entspricht der Lösung in § 3 dt NS-AufhG 1998.

Während die deutsche Abwägungslösung sich auf alle NS-Unrechtsurteile erstreckt, bezieht sich § 2 im Umkehrschluss nicht auf die Urteilsaufhebungen nach § 1 Abs 1 und § 1 Abs 2 Z 1 und 2. Durch die Überschrift und die Kommentierung in den Gesetzesmotiven erweckt § 2 allerdings den Eindruck, als würde die Gesamtproblematik des Zusammentreffens hier geregelt. So heißt es in der Begründung des JA:⁵⁷⁾ „Neben den gerichtlichen Unrechtsentscheidungen im Sinne des § 1 Abs 2 Z 3 und 4 sollen Urteile, in denen auch andere (allgemeine) Straftaten (mit) abgeurteilt worden sind, in ihrer Gesamtheit aufgehoben werden, ... sofern diese anderen Straftaten gegenüber der nationalsozialistischen Unrechtsentscheidung bloß untergeordnete Bedeutung haben.“ Aus dem Wort „neben“ folgt, dass § 2 über § 1 Abs 2 Z 3 und 4 hinaus für alle anderen Mischurteile bedeutsam sein soll und sie dem Abwägungsprinzip unterwirft.⁵⁸⁾

Diese Erläuterung des § 2 wird jedoch durch die Regelung der Hauptmaterie in § 1 Abs 1 letzter Satz konterkariert. Dort wird unter Zitierung von Vorschriften der beiden alten Gesetze bestimmt, dass die „Einleitung eines Verfahrens“ nicht mehr stattfindet. Der Leser, der diese speziellen Bestimmungen nicht kennt, erfährt allerdings nicht, um was es überhaupt geht. Die zentrale Frage, ob die Verurteilungen von Deserteuren wegen Mordes mit der Gesamtverurteilung aufgehoben sind, wird nur versteckt geregelt.

⁵⁶⁾ Die doppelte Verneinung in dieser Bestimmung erschwert unnötig ihr Verständnis. Der Erlass zum AufhG 2009, 116, verweist zur Feststellung der untergeordneten Bedeutung des Allgemeindelikts auf eine Gesamtbetrachtung nach den Grundsätzen der Strafzumessung unter besonderer Berücksichtigung der gesellschaftlichen Rahmenbedingungen bei der Tatbegehung. Damit sind allerdings Beweiserhebungen oder -würdigungen verbunden, die nach so langer Zeit sehr schwierig sein können.

⁵⁷⁾ Begründung JA-Antrag (359) 5 zu § 2.

⁵⁸⁾ Die Begründung des JA-Antrags (359) zu § 3 spricht im Zusammenhang mit den Mischverurteilungen nach § 2 davon, dass vorsätzlich begangene Tötungsdelikte „wohl im Regelfall nicht von untergeordneter Bedeutung“ sind. Auch hierdurch entsteht der Eindruck, als würden die Mordfälle nach dem Abwägungsprinzip geregelt, denn beim sonstigen typischen NS-Unrecht nach § 1 Abs 2 Z 4 werden wohl kaum Mordverurteilungen vorgekommen sein.

In den ersten Fassungen des JA-Berichts findet sich kein Hinweis auf die Existenz dieses 4. Satzes des § 1 Abs 1, der erst im letzten Stadium der Beratungen des JA hinzugefügt wurde. Geschweige denn gibt es eine Erläuterung des Inhalts und der Tragweite. Bis dahin war im Entwurf außer § 2 keine Regelung für Mischurteile vorgesehen. Erst in der Plenardebatte vom 21. Oktober 2009 und im Erlass des BMJ vom 29. November 2009 wird erwähnt, dass es auf Grund § 1 Abs 1 letzter Satz wegen der inzwischen vergangenen Zeit weder eine erneute Verfolgung von Allgemeindelikten noch eine erneute Straffestsetzung für unberührt gebliebene Teile einer Verurteilung geben soll.⁵⁹⁾

Demnach ist das Wort „neben“ in den Erläuterungen zu § 2 falsch. Es muss heißen „bei“, und § 2 hat, seinem Wortlaut entsprechend, nur den Charakter einer speziellen Regelung der dort genannten Fälle. Im Erlass zum AufhG 2009 findet sich aber keine entsprechende Korrektur. Die Unklarheit des Gesetzes ist erstaunlich, und sie weitet sich bei näherem Zusehen noch weiter aus.

§ 1 Abs 1 letzter Satz bezieht den Verzicht auf die Einleitung eines neuen Verfahrens nach der BefrAmn (§ 9 Abs 1) und auf das AufhG 1945 (§ 3 Abs 2). Es entsteht der äußerliche Eindruck, als würden beide gleich behandelt, die Wirkung ist aber verschieden.

Bezüglich der BefrAmn ist die Rechtslage klar. Dieses Gesetz sieht vor, dass mit der Urteilsaufhebung wegen eines Militärdelikts nach § 7 Abs 2 BefrAmn eine zugleich erfolgte Verurteilung wegen eines Allgemeindelikts automatisch ex tunc aufgehoben ist, jedoch nach § 9 Abs 1 BefrAmn bezüglich des Allgemeindelikts „das ordentliche Verfahren einzuleiten“ ist, dh es ist neu anzuklagen. Indem das AufhG 2009 auf die Einleitung eines neuen Verfahrens verzichtet, bleibt es bei der Aufhebung der Gesamtverurteilung, auch für Mord.

Anders nach dem AufhG 1945, dessen § 3 Abs 2 bestimmt, dass mit der Urteilsaufhebung eines politischen Delikts ein zugleich abgeurteiltes Allgemeindelikt im Schuldspruch rechtskräftig bestehen bleibt und nur der Strafausspruch außer Kraft tritt. Hinsichtlich der Strafe ist in einer neuen Hauptverhandlung durch Urteil zu erkennen. Somit entfällt nach § 1 Abs 1 letzter Satz mit dem Verzicht auf die Einleitung eines neuen Verfahrens nach § 1 Abs 1 letzter Satz nur die neue Straffestsetzung und bleibt es im Gegensatz zur BefrAmn beim Schuldspruch.

Diese Regelung bleibt auf halbem Wege stehen. Sie widerspricht übergeordneten Rechtsprinzipien und anderen Bestimmungen des AufhG 2009. Es ist anzunehmen, dass es sich um eine sog „planwidrige

Lücke“ handelt, die durch eine Analogie zur BefrAmn zu schließen ist.

Die Verschiedenheit zwischen der BefrAmn und dem AufhG 1945 erklärt sich aus der politischen Nachkriegsentwicklung. Wie schon erwähnt, waren nach der BefrAmn vom 6. März 1946 die deutschen Militärgerichtsurteile sämtlich nichtig, weil sie entsprechend der *Okkupationstheorie*⁶⁰⁾ als Urteile einer Besatzungsmacht angesehen wurden, so dass es auf ihren Inhalt nicht ankam. Die Nichtigkeit von Mischurteilen konnte durch Neuanklagen korrigiert werden. Dagegen wurde im AufhG 1945 vom 3. Juli 1945 unmittelbar nach dem Krieg noch unter dem Eindruck der Sinngebung des „Anschlusses“ durch die Alliierten die *Annexionstheorie* herangezogen, wie sie in der Moskauer Erklärung vom 1. November 1943 zum Ausdruck kam.⁶¹⁾ Maßgeblich war darum für dieses Gesetz die Einschätzung bestimmter Verurteilungen nach ihrem politischen Gehalt. Da es auf den Inhalt und nicht auf den deutschen Gerichtstypus ankam, blieben bei Mischverurteilungen die Schuldsprüche hinsichtlich der Allgemeindelikte bestehen.

Die Aufgabe des Gesetzgebers von 2009, der sich endlich eine Bereinigung der alten Gesetze zum Ziel gesetzt hatte, musste es sein, das AufhG 1945 an die BefrAmn anzugleichen. In diesem Sinne hieß es im Gesetzentwurf der Grünen:

„Die Urteilsaufhebungen umfassen auch Urteile, in denen Allgemeindelikte mit politischen oder militärischen Delikten zusammenfielen. Eine erneute Verfolgung der Allgemeindelikte findet nicht statt.“

Hiervon hat das AufhG 2009 in § 1 Abs 1 letzter Satz nur den zweiten Satz übernommen, der aber den ersten Satz voraussetzt. Der Gesetzgeber wollte wohl die plakative Wirkung des ersten Satzes wegen der politischen Brisanz⁶²⁾ vermeiden. Die erneute Verfolgung ist jedoch nicht das Wesentliche – sie

⁶⁰⁾ Siehe die Nachweise aus jener Zeit bei Moos (FN 13, JRP 2006) 191 Fn 60. Vgl zu ihrer Anerkennung bis in die Gegenwart etwa Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts¹⁰ (2007) Rz 65; Öhlinger, Verfassungsrecht⁷ (2007) Rz 48.

⁶¹⁾ Sie wird in der Präambel zum Staatsvertrag v 15.5.1955 zitiert: „Im Hinblick darauf, daß Hitler-Deutschland am 13. März 1938 Österreich mit Gewalt annektierte und sein Gebiet dem Deutschen Reich einverleibte „... und „daß in der Moskauer-Erklärung, verlautbart am 1. November 1943, die Regierungen der Union der Sozialistischen Sowjetrepubliken, des Vereinigten Königreiches und der Vereinigten Staaten vom Amerika erklärten, daß sie die Annexion Österreichs durch Deutschland am 13. März 1938 als null und nichtig betrachten ...“ Von Annexion sprachen in den ersten Monaten nach Kriegsende noch wichtige Verfassungsgesetze, vgl Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts⁶ (1971) 38f; Adamovich/Funk/Holzinger, Österreichisches Staatsrecht, Bd 1 (1997) 92.

⁶²⁾ Vgl etwa Metzler (FN 24) 57: Es wurde im JA „deutlich, wie dünn das Eis für den Gesetzentwurf innerhalb der ÖVP war“.

⁵⁹⁾ Stefan (FPÖ), Plenardebatte v 21.10.2009 (FN 29) 217, kritisierte diese Bestimmung im Zusammenhang mit dem Wegfall einer erneuten Anklage wegen Mordes nach der BefrAmn; vgl Erlass JABl 2009/38, Erl zu § 1.

findet ohnehin schon längst nicht mehr statt⁶³⁾ –, sondern die Rehabilitation durch die Urteilsaufhebungen, die nunmehr für die BefrAmn als endgültig und für das AufhG 1945 als umfassend erklärt werden muss.

Die nach dem Wortlaut des § 1 Abs 1 letzter Satz fortbestehende Verschiedenartigkeit der Regelung verstößt gegen das verfassungsmäßige *Gleichheitsgebot*. Es ist unbillig, dass die ehemaligen Soldaten eine wesentlich bessere Rehabilitation erfahren als die politischen Täter. Der NS-Unrechtscharakter einer aufgehobenen politischen Verurteilung nach dem AufhG 1945 steht hinter dem politischen Gehalt eines deutschen Militärgerichtsurteils nicht grundsätzlich zurück. Was diesem billig ist, muss jenem recht sein. Die unterschiedliche Regelung erscheint aus heutiger Sicht als willkürlich. Demnach könnte zB nach dem AufhG 1945 bei einer Verurteilung eines Deserteurs, der nach § 5 KSSVO wegen Wehrkraftzersetzung (§ 1 lit a AufhG 1945) und zugleich wegen Mordes verurteilt wurde, das Urteil hinsichtlich § 5 KSSVO nichtig und hinsichtlich des Mordes im Schuldspruch nach wie vor rechtskräftig sein, während nach der BefrAmn bei einer Verurteilung nach Militärstrafrecht auch der Schuldspruch wegen Mordes aufgehoben wird.⁶⁴⁾ Oder es müssten zB nach dem AufhG 1945 Schuldsprüche wegen eines Eigentumsdelikts oder überhaupt wegen geringfügigster Allgemeindelikte be-

⁶³⁾ Darum kommt es auch auf die Verjährung der neuen Verfolgung bei der BefrAmn nicht entscheidend an. Im Übrigen dauert auch die Unverjährbarkeit der Morde nicht ewig. An die Stelle der an sich unverjährbaren lebenslangen Strafe des § 75 StGB tritt durch die Beseitigung des rechtskräftigen Urteils gem § 7 BefrAmn (vgl *H. Steininger*, StGB³ [1992] § 58 Rz 27; *Fuchs*, WK [2010] § 58 Rz 26) und die erneute Verfolgbarkeit ex nunc ab dem Jahre 1946 nach Ablauf von 20 Jahren eine Freiheitsstrafe von 10 bis zu 20 Jahren, die nach 20 Jahren verjährt (§ 57 Abs 1 u 2 StGB).

Da beim AufhG 1945 bloß der rechtskräftige Strafausspruch des Allgemeindelikts aufgehoben wird, bleibt insoweit das Strafverfahren gem § 4 Abs 1 AufhG 1945 durch gerichtliche Anordnung der Hauptverhandlung gerichtshängig, so dass bis zur rechtskräftigen Verfahrensbeendigung der Fortlauf der Verjährungsfrist gehemmt ist (vgl *Fuchs*, aaO § 58 Rz 14, 21k). Die erneute Strafzumessung ist aber nur möglich, wenn der Täter noch am Leben ist. Dann fehlen nach über 60 Jahren die Beweismittel und die Möglichkeit einer zuverlässigen Abwägung der nur für das Allgemeindelikt maßgeblichen Umstände. Unterbleibt dagegen die gerichtliche Anordnung der Hauptverhandlung, weil sie keinen Sinn mehr hat, so muss die Verfolgungsverjährung der Straffestsetzung analog zur BefrAmn eingreifen. § 3 Abs 2 AufhG 145 ist durch Zeitablauf längst derogiert.

⁶⁴⁾ Ob das speziellere AufhG 1945 mit der Erwähnung der KSSVO anzuwenden ist oder wegen der Zuständigkeit des Reichskriegsgerichts für § 5 KSSVO, also eines Militärgerichts, die später erlassene BefrAmn ist nicht geklärt.

stehen bleiben, während sie bei den Soldaten nach der BefrAmn wegfallen.

Die wörtliche Anwendung des § 1 Abs 1 letzter Satz steht bezüglich des AufhG 1945 außerdem im *Widerspruch zu anderen Vorschriften* des AufhG 2009. Es besteht ein Wertungswiderspruch, wenn nach § 1 Abs 1 letzter Satz bei den spezifischen NS-Unrechtsdelikten des AufhG 1945 der Schuldspruch von Allgemeindelikten ausnahmslos bestehen bleiben soll, während er bei den gesetzlich nicht benannten, sonstigen Unrechtsdelikten gem § 2 entfallen kann, falls die Allgemeindelikte bloß von *untergeordneter Bedeutung* sind. Was für die Abwägung bei den sonstigen NS-Unrechtsdelikten gilt, muss umso mehr für die gravierenderen speziellen NS-Delikte des § 1 AufhG 1945 gelten, bei denen die Allgemeindelikte in der Regel eine eher untergeordnete Bedeutung haben.

Vor allem folgt aus § 3 Abs 2, dass es für Urteilsaufhebungen nach § 1 Abs 1 *keine Einzelfallprüfungen* geben darf, die jedoch bei den Mischverurteilungen zur Prüfung des Fortbestandes des Schuldspruchs unerlässlich wären, wenn § 1 Abs 1 letzter Satz beim Wort genommen würde. Ausnahmen vom Prinzip der Pauschalaufhebung sieht § 3 Abs 2 ausdrücklich nur für die Fälle des § 1 Abs 2 Z 3 und 4 vor. In allen anderen Fällen haben sie zu unterbleiben.⁶⁵⁾ Da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass wegen der gebotenen *Pauschalaufhebung* bei den speziellen NS-Strafgerichten nach § 1 Abs 2 Z 1 die Mischurteile gänzlich aufzuheben sind,⁶⁶⁾ muss er das notwendigerweise auch für § 1 Abs 1 gelten lassen, denn die *Pauschalaufhebung* nach § 3 enthält ein *tragendes Grundprinzip* des AufhG 2009, das der wörtlichen Anwendung von § 1 Abs 1 letzter Satz in Bezug auf das AufhG 1945 vorgeht.⁶⁷⁾

⁶⁵⁾ Die amtlichen Erläuterungen gehen denn auch für die in § 1 Abs 2 Z genannten speziellen NS-Strafgerichte von der Gleichbehandlung der Mischdelikte analog zur BefrAmn aus und erstrecken sie auch auf § 1 Abs 1. Vgl die Begründung des JA-Entwurfs (359) zu § 3 (Fassung v 7.10.2009): Es bedarf „grundsätzlich (also neben den Fällen des Abs 1 auch in den Fällen des Abs 2 Z 1 und 2 [Hervorhebung vom Verf.]) keiner Prüfung im Einzelfall mehr. Eine solche ist – ausnahmsweise – nur noch in den Fällen ... nach § 1 Abs 2 Z 3 und der Generalklausel des § 1 Abs 2 Z 4 ... sowie im Fall einer Mischverurteilung nach § 2 ... zulässig.“

⁶⁶⁾ Vgl den Erlass zum AufhG 2009, JABl 2009/38 116 zu den Allgemeindelikten in den Mischurteilen bei § 1 Abs 1 letzter Satz: „In den meisten Fällen wird dieser Teil der Verurteilung ohnehin der Aufhebung nach § 1 Abs 2 Z 1 unterliegen“. Und erneut bei § 2 zu den Mischurteilen: „Während die in § 1 Abs 2 Z 1 und 2 angeführten Entscheidungen jedenfalls nationalsozialistisches Unrecht darstellen und gänzlich aufzuheben sind ...“

⁶⁷⁾ Vgl zur Lückenschließung *Walter/Mayer* (FN 60) Rz 136; *Rill*, in: *Rill/Schäffer*, Bundesverfassungsrecht. Kommentar (2010) Art 90a. 4: Dem Gesetzgeber ist „das zuzusinnen, was nach dem Kontext, in dem die zu interpretierende Äußerung steht, als von ihm gemeint erscheint. Es

C. Verfahrensvorschriften und Ausländer

1. Wegfall der amtlichen Prüfung

§ 1 Abs 1 Satz 3 bestimmt, dass es einer „besonderen, amtswegigen Prüfung und Feststellung nicht bedarf“. Dieser Satz wurde aus § 1 AnerkG 2005 übernommen. Hinsichtlich der *amtswegigen Feststellung* wird hiermit die Regelung der beiden Nachkriegsgesetze bekräftigt, dass die Urteilsnichtigkeit nicht erst durch einen entsprechenden gerichtlichen Beschluss bewirkt wird, sondern schon ex lege mit Erlass dieser Gesetze eingetreten ist, so dass die Feststellung nur noch eine bestätigende, deklaratorische Wirkung hat. Für diese Zwecke ist sie aber im Interesse der Opfer nach wie vor möglich und erwünscht.

Der Wegfall der Notwendigkeit einer *amtswegigen Prüfung* ist im Zusammenhang mit § 4 AufhG 1945 zu verstehen. Nach dieser Vorschrift erfolgte der Aufhebungsbeschluss des Gerichts „von amtswegen oder auf Antrag“. Die Justiz erblickte darin zu Recht die bloß fakultative Möglichkeit der amtswegigen Antragsstellung durch die Staatsanwaltschaft.⁶⁸⁾ Das AufhG 2009 besagt nichts anderes: Die Worte „bedarf es nicht“ schließen die Notwendigkeit, aber nicht die Möglichkeit amtswegiger Wahrnehmung aus. In der Praxis liegt freilich die Initiative zu einem gerichtlichen Feststellungsverfahren ganz bei den privaten Antragstellern.⁶⁹⁾

2. Antragsteller

§ 1 Abs 1 bestimmt den Kreis der zur Antragstellung berechtigten Personen rund um das Opfer ähnlich wie § 6 Abs 1 dt NS-AufhG 1998. Dort heißt es, dass neben dem Verurteilten selbst, nach seinem Tode zur Antragstellung berechtigt sind: „seine Verwandten und Verschwägerten gerader Linie, seine Geschwister, der Ehegatte und der (erg. die) Verlobte.“ Der Antrag der Grünen zielte mit den „Hinterbliebenen“ auf diese Personengruppe.⁷⁰⁾ Leider fehlt im AufhG 2009 ein Hinweis, dass bei *besonderem öffentlichem Interesse* die Staatsanwaltschaft Anträge stellen soll, wie etwa bei besonders clamorösen Fällen oder bei Schwierigkeiten der Antragstellung von Hinterbliebenen.⁷¹⁾ Das dt NS-AufhG 1998

§ 6 Abs 1 sieht für solche Fälle die Pflicht der Staatsanwaltschaft zum Tätigwerden vor. Das AufhG 2009 hätte auch die Möglichkeit einräumen sollen, Personenkomitees oder Vereinen, die das Gedächtnis eines NS-Opfers pflegen, die Antragstellung zu erlauben.⁷²⁾

3. Zuständiges Gericht

Während die Nachkriegsgesetze für die Urteilsaufhebungen grundsätzlich das Wohnortgericht des Verurteilten, ersatzweise das Landesgericht für Strafsachen Wien, vorsahen⁷³⁾, schlugen die Grünen aus praktischen Gründen eine Konzentration beim Landesgericht für Strafsachen Wien durch einen Einzelrichter vor. Das AufhG 2009 § 3 Abs 1 ist dem gefolgt. Wie die Begründung des Antrags des JA festhält, gelten subsidiär die Bestimmungen der StPO, die eine Anhörungspflicht der Staatsanwaltschaft beinhalten, wie sie der Antrag der Grünen enthielt.

4. Geltung für Ausländer

Das AufhG 1945 § 1 galt bisher nur für Verurteilungen von *österreichischen Staatsangehörigen*, „gleichgültig, ob innerhalb oder außerhalb des Staatsgebietes der Republik Österreich“. Die Einschränkung auf Inländer folgte aus der politischen Zielsetzung des Gesetzes zur Rehabilitierung von patriotischen Kämpfern für die Wiederherstellung eines unabhängigen Staates Österreich. Die BefrAmn § 7 Abs 2 erstreckt sich dagegen *unabhängig von der Staatsangehörigkeit* auf alle Urteile der deutschen Militär- oder SS-Gerichte „gleichviel ob sie innerhalb oder außerhalb der Republik Österreich gefällt worden sind“. Politisch maßgeblich hierfür ist die Ablehnung dieser Gerichte überhaupt.

Das AnerkG 2005 wollte sowohl beide Gesetze als auch die Urteile spezieller NS-Strafgerichte auf *Österreicher* eingrenzen; so auch der Antrag der Grünen 2009. Das AufhG 2009 § 1 Abs 1 Satz 2 behält die Regelung der alten Gesetze mit der Maßgabe bei, dass Entscheidungen im *Inland gegen Ausländer* einbezogen werden, um, wie es in der Begründung des JA heißt, Ungleichbehandlungen im Inland zu vermeiden; nunmehr soll jede inländische Verurteilung erfasst werden⁷⁴⁾. Das wirkt sich lediglich auf das AufhG 1945 aus, während die BefrAmn ihren umfassenderen Geltungsumfang für Auslandsverur-

ist daher vertretbar, ja wohlbegründet, den grammatikalisch-logischen Zusammenhang ... zu vernachlässigen, also den BV-Geber *nicht beim Wort* zu nehmen.“

⁶⁸⁾ Erlass v 30.12.2003, JABl v 28.9.2004/7, Z 3.

⁶⁹⁾ Die Begründung des JA zu § 1 scheint allerdings die fakultative Antragstellung durch die Staatsanwaltschaft auszuschließen. Es heißt dort, dass *keine amtswegige Prüfung* erfolgt. Vielleicht versteht der JA aber unter „amtswegig“ nur die Pflicht zum amtlichen Tätigwerden.

⁷⁰⁾ Antrag 374/A, Begründung 10.

⁷¹⁾ So die Begründung des Antrags der Grünen (374/A) 10.

⁷²⁾ Ein Beispiel wäre etwa der „Fachausschuss Papa Gruber“ der Pfarre St. Georgen/Gusen, der das Gedenken an den verurteilten und im KZ umgekommenen Dr. *Johann Gruber* pflegt, vgl *Schlagler* (Hrsg), Dr. Johann Gruber. Christ und Märtyrer (2009).

⁷³⁾ AufhG 1945 § 4 Abs 2; die BefrAmn § 8 spricht nur vom Gerichtshof erster Instanz.

⁷⁴⁾ Begründung JA-Antrag (359) zu § 1.

teilungen von Ausländern beibehält.⁷⁵⁾ Die Diskrepanz zur BefrAmn wird nicht beseitigt. Auch wird die Einschränkung auf Inlandsverurteilungen nach § 1 Abs 1 Satz 2 nicht auf die speziellen NS-Gerichte nach § 1 Abs 2 Z 1 und 2 übertragen, die somit den Militärgerichten nach der BefrAmn gleichstehen. Es ist dem AufhG 2009 nicht gelungen, diese Ungleichbehandlungen zu beseitigen.⁷⁶⁾

IV. Zusammenfassung

Der Nationalrat hat in einer klaren politisch-moralischen Deklaration durch das AufhG 2009 alle Deserteure aus der Hitlerarmee den Kriegsdienstverweigerern und Widerstandskämpfern gleichgesetzt und ihnen ihre Ehre zurückgegeben. Dafür gebührt ihm nach einem Jahrzehnt beharrlichen politischen Ringens der Grünen um dieses Kapitel der Vergangenheitsbewältigung in Österreich Anerkennung.

Dieses Gesetz schließt auch legistische Lücken des AufhG 1945 und der BefrAmn, die das AnerkG 2005 offen ließ. Teilweise ist das aber nicht vollkommen gelungen. Der „juristische Irrgarten“ macht sich noch immer bemerkbar. Das Gesetz zeigt eine

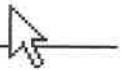
⁷⁵⁾ Das erinnert an den tragischen Fall des Zeugen Jehovas *Wilhelm Letonia*. Er wurde 1942 wegen Desertion zum Tode verurteilt und hingerichtet. Die Rehabilitierung wurde 1999 vom Landesgericht Wien abgelehnt, weil er zwar geborener Österreicher war, aber während des Krieges die deutsche Staatsbürgerschaft erworben hatte und das AufhG 1945 nur für österreichische Staatsbürger galt; vgl *Moos* (FN 8) 55 Fn 112. Das AufhG 2009 ändert daran nichts, weil die Verurteilung durch das Reichkriegsgericht in Berlin erfolgte, also nicht im Inland. Dem Landesgericht Wien war 1999 die Existenz der BefrAmn, die militärgerichtliche Urteile im Ausland auch gegen Nichtösterreicher erfasst, noch nicht bekannt; sie wurde erst 2003 wiederentdeckt. Ob Urteile des Reichskriegsgerichts zum AufhG 1945 auch unter die später erlassene BefrAmn fallen, bleibt zweifelhaft (vgl oben FN 64).

⁷⁶⁾ In der Plenardebatte des NR (FN 29) machten Vertreter der FPÖ sowohl wegen der Erstreckung auf ausländische Entscheidungen (*Fichtenbauer*, 211) als auch auf Ausländer (*Stefan*, 216) Bedenken geltend. Der Gesetzgeber hat dazu nicht Stellung genommen.

eigenartige Tendenz, manches versteckt zu regeln anstatt es beim Namen zu nennen, wie den Wegfall der politischen Klausel im AufhG 1945, der sich auf das Grundverständnis dieses Gesetzes auswirkt, und vor allem die gleichheitswidrige Regelung des Zusammenfalls von Verurteilungen wegen politischer Delikte mit Allgemeindelikten sowohl innerhalb der beiden Nachkriegsgesetze als auch bei den speziellen NS-Strafgerichten und den Verurteilungen wegen sonstigen NS-Unrechts. Bei diesen Mischurteilen ergeben sich auch innere Widersprüche zwischen einzelnen Vorschriften, die durch richterliche Lückenfüllung geschlossen werden sollten. Bei der Beantragung von Stellungnahmen des neu eingerichteten sog. Versöhnungsbeirats zur Klärung des Begriffs „sonstiges typisches NS-Unrecht“ bleibt offen, ob sie in allen in Einzelfällen zur erfolgen hat oder nur, wenn die Gerichte diesen Begriff nicht selbst zweifelsfrei klären können oder wollen. Ferner wird nicht klar ausgesprochen, dass die Staatsanwaltschaft neben den privaten Antragstellern die Möglichkeit hat, nach ihrem Ermessen Anträge auf Feststellung der Urteilsnichtigkeit zu stellen. Die Einschränkung der Urteilsnichtigkeit wegen Homosexualität auf Fälle, die heute straffrei sind, ist ebenso verfehlt wie der Fortbestand von Verurteilungen wegen homosexueller Knabenschändungen während der Kriegszeit.

Korrespondenz: em. Univ.-Prof. Dr. Reinhard Moos, Enzmüllnerweg 23, A-4040 Linz; reinhard.moos@liwest.at

SpringerRecht.at



-  **hier** können Sie diesen Beitrag kommentieren
-  **hier** finden Sie Vorschauen unserer juristischen Zeitschriftenartikel
-  **hier** gibt es: News, Expertenforen, Neuerscheinungen und Zeitschriften, ...