

Was einte die „Juristen im Widerstand gegen Hitler“? Bemerkungen zu einer späten Festschrift¹

Summary

Over the past decades, the historical research has contributed in various fields to the reappraisal of the functions of law as well as the role of lawyers and courts during the National Socialist period. This also led to a critical revision of the common thesis according to which the fatal dominance of positivism had practically left the legal profession defenceless against the actions of the National Socialists. Precisely for this reason it appears to be worthwhile to take a closer look at lawyers who were able to withstand the suggestions of the regime. A recently published commemorative publication in the honour of Friedrich Justus Perels, a participant of the resistance of the Confessing Church, approaches this subject from a biographical perspective; however, the argumentation will show that the self-imposed claim to reconstruct a connecting legal understanding among the “lawyers in the resistance against Hitler” should be regarded with skepticism.

Résumé

La recherche historique a contribué durant les dernières décennies et dans différents domaines à une reconsideration de la fonction du droit et du rôle des juristes et tribunaux pendant la durée du nationalsocialisme. Tout au long de celle-ci, est apparue une révision critique de la thèse courante selon laquelle le positivisme dominait de façon inéluctable, tenant les juristes dans l'incapacité d'empêcher les menées des nationalsocialistes. Pour cette raison apparaît-il louable de mettre en lumière les juristes ayant été capables de se soustraire aux suggestions du régime. Un ouvrage apparu récemment en hommage à Friedrich Justus Perels, acteur de la résistance au sein de l'Église confessante, se soumet à l'exigence de reconstruire, au moyen d'une analyse biographique, une pensée juridique à l'esprit contraignant des „Juristes en opposition à Hitler“ il convient cependant d'aborder avec prudence les arguments avancés.

1. Einleitung

Wie funktionierte „Recht“ in der Zeit des Nationalsozialismus, und welche Rolle spielten Juristen während der Durchsetzung, Festigung und Praxis des Regimes? –

¹ Zugleich Besprechung von: Die Rolle der Juristen im Widerstand gegen Hitler. Festschrift für Friedrich Justus Perels, hrsg. von der Stiftung Adam von Trott, Imshausen e.V., Baden-Baden: Nomos 2017.

Ein Themenfeld, das traditionell weit über die engen Grenzen der *scientific community* hinaus Interesse weckt, und inzwischen von der historischen Forschung als gut erforscht gelten darf. Neben den wegweisenden Arbeiten zu Struktur, Funktion und Wandel von Recht, Rechtswissenschaft und Rechtsprechung im Nationalsozialismus² rück(t)en dabei stets auch einzelne, meist besonders schillernde und umstrittene Akteure in den Fokus, wie etwa *Carl Schmitt*,³ *Ernst Rudolf Huber*,⁴ *Ernst Forsthoff*,⁵ oder der für die mediävistische und Frühneuzeitforschung nach wie vor wichtige Rechtshistoriker *Otto Brunner*.⁶ Dies sind freilich nur die bekanntesten Gesichter; daneben richtete sich der Blick aber auch auf die praktische, alltägliche Bedeutung von Juristen als Teil der bürokratischen, ministeriellen und behördlichen Funktionseliten, deren Handeln (vielfach auch nach 1945) die Rechtspraxis ganz konkret prägte. Die Kontinuitäten gerade in diesem Bereich sind ebenso frappant wie angesichts empirisch-vergleichender Erkenntnisse über die Mechanismen staatlicher Transformations-

- 2 Vor allem *Rüthers*, Bernd: Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 8. Aufl. Tübingen 2017 [1. Aufl. 1968]; *Lepsius*, Oliver: Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft im Nationalsozialismus, München 1994; *Stolleis*, Michael: Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus, Frankfurt am Main 1994; *Mertens*, Bernd: Rechtsetzung im Nationalsozialismus (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 6), Tübingen 2009; *Dreier*, Ralf/ *Sellert*, Wolfgang (Hrsg.): Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main 1989; *Schumann*, Eva (Hrsg.): Kontinuitäten und Zäsuren: Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit, Göttingen 2008. Jüngst *Rickert*, Joachim: Unrecht durch Recht. Zur Rechtsgeschichte der NS-Zeit (Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 96), Tübingen 2018.
- 3 Die Literatur zu *Carl Schmitt*, sei sie biographischer, historiographischer, politiktheoretischer oder eben auch juristischer Natur, ist vor allem in jüngerer Zeit erheblich angeschwollen; eine kleine, nicht repräsentative Auswahl: *Neumann*, Volker: Carl Schmitt als Jurist, Tübingen 2015; *Breuer*, Stefan: Carl Schmitt im Kontext. Intellektuellenpolitik in der Weimarer Republik, Berlin 2012; *Mehring*, Reinhard: Carl Schmitt. Aufstieg und Fall, München 2009; *Blasius*, Dirk: Carl Schmitt. Preußischer Staatsrat in Hitlers Reich, Göttingen 2001. Klassisch *Hofmann*, Hasso: Legalität gegen Legitimität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts, 3. Aufl. Berlin 1995 [1. Aufl. 1964].
- 4 *Eisenhardt*, Ulrich: Carl Schmitt und Ernst Rudolf Huber – zwei für den Auf- und Ausbau einer neuen Rechtsordnung im NS-Staat wichtige Juristen, in: *Journal der Juristischen Zeitschichte* (2016), S. 1-15; *Grothe*, Ewald (Hrsg.): Ernst Rudolf Huber. Staat – Verfassung – Geschichte (Staatsverständnisse, Bd. 80), Baden-Baden 2015.
- 5 *Meinel*, Florian: Der Jurist der industriellen Gesellschaft. Ernst Forsthoff und seine Zeit, Berlin 2011; *Rüthers*, Bernd: Überlebende und überlebte Vergangenheiten. Zwei Starjuristen einer Diktatur unter sich, in: *myops* 4 (2008), S. 67-77.
- 6 Jüngst *Kortüm*, Hans-Henning: „Gut durch die Zeit gekommen“. Otto Brunner und der Nationalsozialismus, in: *VfZ* 66 (2018), S. 117-160. Abgesehen von den begriffsgeschichtlichen Arbeiten Brunners, die sich u.a. in der Mitherausgeberschaft der „Geschichtlichen Grundbegriffe“ zeigen, ist als Zentralwerk seine nach wie vor umstrittene Studie über „Land und Herrschaft – Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter“ von 1939 zu erachten, die nach 1945 modifiziert wieder aufgelegt wurde (aktuell Darmstadt 1990). Kritisch zur vermeintlichen Tradition genossenschaftlichen Denkens im Nationalsozialismus *Dilcher*, Gerhard: Otto von Gierkes soziales Genossenschaftsdenken und die NS-Rechtsideologie – eine Kontinuität?, in: *Kiehnle*, Arndt et al. (Hrsg.): *Festschrift für Jan Schröder zum 70. Geburtstag am 28. Mai 2013*, Tübingen 2013.

prozesse kaum überraschend.⁷ Vielfach im Dunkel liegen – von Ausnahmen abgesehen – dagegen Seilschaften im Bereich einiger vermeintlich „unverdächtiger“, d.h. vermeintlich nicht politisierter oder politisierbarer Rechtsgebiete; hier scheinen rechtshistorische Forschungen ebenso nötig wie aufschlussreiche Funde garantiert zu sein.⁸ Die Fiktion einer von ideologischem Popanz unberührten, „rein“ juristisch-dogmatischen Rechtsanwendung traf sich dabei mit der lange Zeit virulenten These einer Paralyse des von „positivistischem“ Rechtsdenken durchdrungenen Juristenstandes. Dies muss heute als empirisch widerlegte und theoretisch widersinnige Exkulpationsstrategie zurückgewiesen werden: Weder waren Juristen „wehrlos“, noch „das Recht“ *per se* ein inhaltsleeres Gefäß, das auf die Füllung durch nationalsozialistische Inhalte wartete;⁹ dass es dies *auch* sein konnte, steht freilich außer Zweifel.

Angesicht der drängenden Fragen der deutschen (Rechts-)Geschichte in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts – Revolution, Demokratie, Diktatur – verwundert es nicht, dass die Beschäftigung mit dem „Rechtsdenken“ in der Weimarer Republik vor allem die *staatsrechtliche* Seite betonte.¹⁰ Die Vielfalt und die Dynamik von Recht und Rechtswissenschaft in dieser Zeit sind aber nur grob erfasst, wenn man sie auf die holzschnittartigen Dichotomie „positivistisch vs. materiell“ reduziert, die dem viel zitierten „Methodenstreit“ in der Staatsrechtslehre der Weimarer Republik zugrunde lag.¹¹ Umso schwerer wiegt, wenn dieser zweifellos relevante Gegensatz, politisch aufgeladen, zum Explanans einer verhängnisvollen historischen Entwicklung stilisiert

7 Vgl. hierzu die Arbeit unterschiedlicher Historikerkommissionen zur Aufarbeitung der Geschichte diverser Bundesministerien, jüngst etwa des Wirtschaftsministeriums: *Holtfrerich*, Carl-Ludwig (Hrsg.): Das Reichswirtschaftsministerium der Weimarer Republik und seine Vorläufer. Strukturen, Akteure, Handlungsfelder (Wirtschaftspolitik in Deutschland 1917-1990, Bd. 1), Berlin/Boston 2016. Besonders hohe Wellen schlug allerdings der Band zum Auswärtigen Amt: *Conze*, Eckart et al. (Hrsg.): Das Amt und die Vergangenheit. Deutsche Diplomaten im Dritten Reich und in der Bundesrepublik, München 2010; vgl. hierzu *Sabrow*, Martin/*Mentel*, Christian: Das Auswärtige Amt und seine umstrittene Vergangenheit. Eine deutsche Debatte, Frankfurt am Main 2014.

8 Dies zeigt etwa das Beispiel des (bis heute zumindest dem Namen nach) maßgeblichen Kommentators des UWG, *Wolfgang Hefermehl*, dem aufgrund seiner Verstrickungen in das NS-Regime 2015 die Ehrendoktorwürde der Universität Salzburg aberkannt wurde; vgl. hierzu jüngst *Pahlow*, Louis: Wolfgang Hefermehl (1906-2001), in: Biographisches Handbuch zur Geschichte des Geistigen Eigentums, hrsg. von Apel/Pahlow/Wießner, Tübingen 2017, S. 133-137.

9 Vgl. etwa *Walther*, Manfred: Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im „Dritten Reich“ wehrlos gemacht?, in: Dreier, Ralf/Sellert, Wolfgang (Hrsg.): Recht und Justiz im „Dritten Reich“, Frankfurt am Main 1989, S. 323-354; *Reifner*, Udo: Juristen im Nationalsozialismus. Kritische Anmerkungen zum Stand der Vergangenheitsbewältigung, in: Zeitschrift für Rechtspolitik 16 (1983) S. 13-19.

10 Vgl. grundlegend; *Groh*, Katrin: Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats, Tübingen 2010.

11 Vgl. *Stolleis*, Michael: Der Methodenstreit der Weimarer Staatsrechtslehre – ein abgeschlossenes Kapitel der Wissenschaftsgeschichte?, Stuttgart 2001; *Stolleis*, Michael: Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 3 (1999), S. 153-202.

wird: Die – unterstellte – Dominanz des „Positivismus“¹² habe nicht nur der nationalsozialistischen Rechtsbeugung Tür und Tor geöffnet und die Rechtslehre dogmatisch entwaffnet, sondern damit faktisch als rechtstheoretische Stütze eines totalitären Regimes fungiert.

So wegweisend (und historisch erklärbar) die in diesem Zusammenhang oft herangezogene Konzeption des zeitweiligen sozialdemokratischen Justizministers der Weimarer Republik, *Gustav Radbruch*,¹³ über „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“ (1948) auch ist: Die Diskrepanz zwischen demokratischen und anti-demokratischen Rechtsanschauungen und ihren Repräsentanten in der Weimarer Republik verlief weit weniger linear und war weit weniger rechtstheoretisch begründet, als dies das gängige Narrativ suggeriert. Und es ist gerade *kein* Zufall, dass mit *Hans Kelsen* ein Demokratie- und Pluralismustheoretiker *avant la lettre* als *der* Positivist schlechthin galt (und gilt),¹⁴ und gleichzeitig aber ein sozialistischer Revolutionsphantasien unverdächtiger Jurist wie *Justus Wilhelm Hedemann* zunächst noch wortreich vor der „Flucht in die Generalklauseln“ (1933) warnte, ehe er in der „Akademie für Deutsches Recht“ selbst daran ging, die dadurch entstandenen Spielräume rechtspolitisch zu nutzen.¹⁵ Historiographisch liegt man also grundsätzlich falsch, wenn man mit nur zwei Farben – schwarz und weiß – auszukommen versucht.

Neben dem Heer der mehr oder minder Verstrickten gab es aber auch Juristen, die den politischen Suggestionen und den persönlichen Verlockungen auf eine von ungeliebten Konkurrenten „gesäuberten“ beruflichen Karriere¹⁶ widerstanden – sofern ih-

12 Zum rechtstheoretischen Problem des „Positivismus“ vgl. grundlegend *Hart*, H.L.A.: Der Positivismus und die Trennung von Recht und Moral, in: ders.: Recht und Moral. Drei Aufsätze, hrsg. von Norbert Hoerster, Göttingen 1971, S. 14-57; *Hoerster*, Norbert: Einleitung, in: ebd., S. 5-13; *Hoerster*, Norbert: Verteidigung des Rechtspositivismus (Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssociologie), Frankfurt/M. 1989.

13 Vgl. *Hart*, H.L.A.: Positivismus (1971), S. 40-46; klassisch *Radbruch*, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, in: Süddeutsche Juristen-Zeitung 1 (1946), S. 105-108; problematisierend *Dreier*, Horst: Gustav Radbruch und die Mauerschützen, in: JZ 52 (1997), S. 421-434.

14 Vgl. zu Kelsen *Dreier*, Horst: Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: Schulze-Fielitz, Helmut (Hrsg.): Staatsrechtslehre als Wissenschaft (Die Verwaltung, Beiheft 7), Berlin 2007, S. 81-114; *Jestaedt*, Matthias/*Lepsius*, Oliver: Der Rechts- und Demokratietheoretiker Hans Kelsen. Eine Einführung, in: Kelsen, Hans: Verteidigung der Demokratie. Abhandlungen zur Demokratietheorie, hrsg. von dens., Tübingen 2006, S. VII-XXIX; *Jestaedt*, Matthias (Hrsg.): Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre. Stationen eines wechselvollen Verhältnisses (Recht – Wissenschaft – Theorie, Bd. 8), Tübingen 2013. Dazu auch *Kelsen*, Hans: Was ist juristischer Positivismus, in: JZ 15/16 (1965), S. 465-469.

15 *Hedemann*, Justus Wilhelm: Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat, Tübingen 1933. Bezeichnenderweise bricht der NDB-Artikel zu Hedemann von 1969 just mit seiner Berufung „zum Vorsitzenden des Ausschusses für „Personen-, Vereins- und Schuldrecht“ in der Akademie für Deutsches Recht“ ab; erwähnenswert scheinen anschließend nur mehr die „fesselnden“ Vorträge und „meisterhaften Lehrbücher“ (*Ogris*, Werner: [Art.] *Hedemann*, Justus Wilhelm, in: NDB 8, Berlin 1969, S. 187-188).

16 Vgl. etwa mit Blick auf die Hochschulen *Göppinger*, Horst: Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“. Entreibung und Verfolgung, 2. Aufl. München 1990, S. 198-218. Fallbeispiele finden sich auch in dem bereits genannten und unlängst erschienenen Biographischen Handbuch zum Geistigen Eigentum, hrsg. von Apel/Pahlow/Wießner, Tübingen 2017.

nen das, sei es aus Gründen „nicht arischer Abstammung“,¹⁷ politischer oder religiöser Opposition überhaupt noch möglich war.¹⁸ Gerade angesichts der zentralen Rolle „der“ Juristen zur (rechtlichen) Begründung und (praktischen) Durchsetzung der nationalsozialistischen Politik in Bürokratie und Alltag erscheint es von besonderem Interesse, die Gruppe derjenigen Juristen in den Blick zu nehmen, die sich – aus welchen Gründen im Einzelfall auch immer – dem Regime zu entziehen oder zu widersetzen versuchten.

Der 1988 veröffentlichte Sammelband über „Streitbare Juristen“,¹⁹ inzwischen um einen zweiten Teil ergänzt,²⁰ folgte dieser Perspektive, beschränkte sich dabei aber nicht nur auf die Zeit des Nationalsozialismus. Er versammelt, wie es die Einleitung pointiert formuliert, „Repräsentanten einer in Deutschland meist unterdrückten, schließlich buchstäblich vernichteten Rechtskultur“,²¹ und skizziert das Leben unterschiedlicher Juristen vom 18. bis zum 20. Jahrhundert, die „an der Seite der Verfolgten, der Opfer“²² standen.

In eine vergleichbare Richtung zielt nun auch die jüngst erschienene Festschrift für *Friedrich Justus Perels* (1910-1945) anlässlich seines 100. Geburtstags. Sie portraitiert hinsichtlich Sozialisation, politischer Orientierung und oppositioneller Praxis ganz unterschiedliche „Juristen im Widerstand gegen Hitler“,²³ und ergänzt diese biographischen Skizzen durch systematische Beiträge zur Rechtslehre in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts und der Praxis internationaler Strafjustiz nach 1945. Indes: der Band kann die durch Titel und Aufbau evozierten Erwartungen aus vielerlei Gründen nur bedingt erfüllen; das ist bedauerlich, weil die Auswahl der skizzierten Personen gerade aufgrund ihrer Heterogenität interessante Einsichten in (möglicherweise) verbindende Aspekte von „Juristen im Widerstand“ geboten hätte, seien diese nun persönlicher, sozialer, mentalärer oder eben dogmatisch-juristischer Art. Auch das Wir-

17 So § 3 des „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamteniums“, 7.4.1933, RGBl. I 1933, S. 175.

18 Besonders aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen *Ernst Fraenckels* in seinem „Doppelstaat“, der empirisches (!) Material aus seiner anwaltlichen Praxis der 1930er Jahre skizziert und zur Grundlage seiner These von der Zweigleisigkeit der nationalsozialistischen Herrschaft aus „Norm“ und „Maßnahme“ begreift. Vgl. *Fraenkel*, Ernst: Der Doppelstaat, Hamburg 2001 und die Einordnung von *Dreier*, Horst: Was ist doppelt am „Doppelstaat“. Zu Rezeption und Bedeutung der klassischen Studie von Ernst *Fraenkel*, in: ebd., S. 274-300.

19 Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, hrsg. von der Kritischen Justiz, Baden-Baden 1988.

20 Streitbare JuristInnen. Eine andere Tradition, Bd. 2, hrsg. von der Kritischen Justiz, Baden-Baden 2016.

21 Einleitung, in: Streitbare Juristen (1988), S. 11.

22 Ebd.

23 Größtenteils finden sich diese bereits in Band 1 der „Streitbaren Juristen“ von 1988: *Koch*, Werner: Friedrich Weißler (1891-1937). Christlicher Blutzeuge des Rechts, in: Streitbare Juristen. Eine andere Tradition, hrsg. von der Kritischen Justiz, Baden-Baden 1988, S. 330-341; *Schreiber*, Matthias: Friedrich Justus Perels (1910-1945). Rechtsberater der Bekennenden Kirche, in: ebd., S. 355-366; *Sterzel*, Dieter: Wolfgang Abendroth (1906-1985). Revolutionär und Verfassungsjurist der Arbeiterbewegung, in: ebd., 476-486; *Böttcher*, Hans-Ernst: Richard Schmidt (1899-1986). Recht für die Menschen, nicht für den Staat, in: ebd., S. 487-495.

ken des Geehrten *als Jurist*, und darauf kommt es dem Band ja an, hätte so vor dem Hintergrund seines historischen und ideellen Kontextes farbiger werden können.

2. Friedrich Justus Perels – Jurist der Bekennenden Kirche

Friedrich Justus Perels, am 13. November 1910 in Friedenau (Berlin) geboren, entstammte einer Juristenfamilie:²⁴ Seine Großväter waren bereits Juristen, Bekanntheit erlangten aber vor allem seine beiden Onkel, *Leopold*²⁵ und *Kurt*²⁶ *Perels*, als Professoren an den Rechtswissenschaftlichen Fakultäten von Heidelberg und Hamburg; sein Vater *Ernst* hingegen tanzte mit seiner Professur für Historische Hilfswissenschaften in Berlin gleichsam aus der Reihe.²⁷ *Friedrich Justus Perels* studierte seit 1929 Rechtswissenschaften zunächst in Heidelberg, ab 1930 in Berlin, und schloss das Studium 1933 mit dem Referendarsexamen ab. Aufgrund seiner „nicht arischen Abstammung“ war *Perels* vom „Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“²⁸ betroffen, eine Übernahme in den Justizdienst wurde dadurch ebenso unterbunden wie seine Zulassung als Rechtsanwalt. Nach dem Assessorexamen 1936 trat er als Justiziar in den Dienst der Bekennenden Kirche, und engagierte sich juristisch wie persönlich für Verfolgte des nationalsozialistischen Regimes innerhalb seiner Kirche, aber auch darüber hinaus. Kontakte zu Kreisen des Widerstandes, etwa zu *Hans Oster* oder *Hans von Dohnanyi* kamen vor allem über *Dietrich Bonhoeffer* zustande, bis dieser 1943 verhaftet wurde. In der Folge stieg die Bedeutung *Perels* als Figur des Widerstandes; folgt man seinem Biographen *Matthias Schreiber*²⁹ waren ihm zwar Ort und Zeitpunkt des Attentats vom 20. Juli 1944 bekannt, „an direkten Planungen“ sei er „freilich nicht beteiligt“³⁰ gewesen. *Perels* wurde nach dem Fund „belastenden Aktenmaterials“³¹ am 5. Oktober 1944 von der Gestapo verhaftet, am 2. Februar 1945 wegen „Mitwisserschaft“ zum Tode verurteilt und am 23. April 1945 „von einem Rollkommando der SS hinterrücks erschossen.“³² Sein Vater *Ernst*, seit Oktober 1944 in „Sippenhaft“, starb 1945 infolge seiner Inhaftierung in den KZ Buchenwald und Flossenbürg.

24 Vgl. zum Folgenden *Schreiber*, Matthias: Friedrich Justus Perels. Ein Weg vom Rechtsskampf der Bekennenden Kirche in den politischen Widerstand, München 1989; *Schreiber*, Matthias: Friedrich Justus Perels (1910-1945). Rechtsberater der Bekennenden Kirche, in: *Streitbare Juristen* (1988), S. 355-366; *Schreiber*, Matthias: Perels, Friedrich Justus Leopold, in: BBKL VII, Herzberg 1997, Sp. 188-189; *Vortmann*, Jürgen: [Art.] Perels, Friedrich Justus, in: NDB 20, Berlin 2001, S. 182; *Göppinger*, Horst: Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“. Entrechnung und Verfolgung, 2. Aufl. München 1990, S. 256.

25 Vgl. *Göppinger*, Horst: Juristen jüdischer Abstammung im „Dritten Reich“. Entrechnung und Verfolgung, 2. Aufl. München 1990, S. 102 Fn. 217, 209, 211, 308.

26 Ebd., S. 209, 236.

27 Vgl. *Schreiber*, Matthias: Friedrich Justus Perels, in: *Streitbare Juristen* (1988), S. 355.

28 RGBI. I 1933, S. 175, hier § 3.

29 *Schreiber*, Matthias: Friedrich Justus Perels, in: *Streitbare Juristen* (1988), S. 364.

30 Ebd.

31 Ebd. S. 365.

32 Ebd.

3. Konturen eines neuen Rechtsdenkens im Widerstand?

Die Festschrift für *Friedrich Justus Perels* kommt spät, und man kann nur spekulieren, wie Verlag und Herausgeber diese für eine Festschrift durchaus ungewöhnliche zeitliche Spreizung von sieben (!) Jahren begründen mögen. Das allerdings ist nicht das zentrale Problem, das der Band aufwirft: Es ist vielmehr ein Mangel an inhaltlicher Kohärenz und formaler Präzision, die ein *wissenschaftliches* Interesse bei der Lektüre nur begrenzt zu befriedigen vermag. So hätte gerade die Zusammenstellung des Bandes die Chance geboten, verdeckte Verbindungen oder Solidaritäten sichtbar werden zu lassen, die oppositionelle Juristen, möglicherweise gerade *aufgrund* einer spezifisch *juristischen* Sozialisation, auch *nach* 1945 verband; die interessante Andeutung im Beitrag von *Gregor Kritidis* (137-157) zu *Wolfgang Abendroth* (1906-1985), für den „die Bedeutung der Kreise ehemaliger Widerstandangehöriger [...] über das politisch-soziale Milieu der Arbeiterbewegung hinaus nicht hoch genug veranschlagt werden“ (156) könne, bleibt singulär und wird auch am Beispiels *Abendroths* nicht systematisch vertieft.

Man mag zwar skeptisch (geworden) sein gegenüber dem in der Forschung (vielfach nicht zu Unrecht) bemühten Bild des „Netzwerks“; dennoch wäre es sicher ergiebig gewesen, die Frage zu diskutieren, ob der *juristische* Widerstand gegen den Nationalsozialismus, ganz gleich zu welcher Zeit er begonnen, welche Formen er angenommen und wie er ideologisch genährt wurde, *tatsächlich* unter dem Dach eines verbindenden „Rechtsdenkens“ verhandelt werden kann. So hätten die politischen und sozialen Möglichkeiten widerständischen Verhaltens einerseits, Handlungsräume individueller Entscheidungen andererseits kritisch ausgelotet werden können. Vor diesem Hintergrund verwandelt sich der größte Vorteil des Bandes – die heterogenen Fallbeispiele aus einer verbindenden Perspektive zu betrachten – in einen veritablen Nachteil: Er erscheint als bloße Zusammenstellung biographischer und historischer Skizzen, denen das einende analytische Band, das Narrativ fehlt. Stattdessen dokumentiert die Festschrift den Verlauf des 2010 veranstalteten Festakts, inklusive der abschließenden kirchlichen Andacht (223-229). Besonders misslich ist aber, dass sich offenkundig weder Herausgeber noch Verlag die Mühe gemacht haben, die Beiträge in ein einheitliches *formales* Erscheinungsbild zu bringen – man möchte das für eine Selbstverständlichkeit halten.

Inhaltlich macht der Beitrag von *Claudia Fröhlich* über „Rechtsdenken und Rechtspraxis der Juristen im Widerstand gegen den Nationalsozialismus“ (15-27) den Aufakt; ihm kommt damit eine nicht unproblematische Leitfunktion zu: Die Verfasserin vertritt dabei die These, dass die „Juristen im Widerstand“ einen (neuen?) materiellen Rechtsbegriff entwickelt hätten, der sich nicht nur vom „Positivismus“ der Weimarer Zeit durch die Unterordnung des Staates unter das Recht abgehoben habe (23), sondern darüber hinaus auch noch in der frühen Bundesrepublik „erst einmal zum Verschwinden gebracht“ worden sei (27). So instruktiv es auch ist, über ein gemeinsames, den Widerstand fundierendes oder gar im Widerstand entwickeltes „Rechtsdenken“ zu reflektieren, so irreführend scheinen die hier präsentierten Überlegungen: Zunächst ist bereits die Prämisse ernsthaft in Zweifel zu ziehen, dass Personen des Widerstandes, die ganz unterschiedlichen Milieus entstammten, und deren einzige Gemeinsamkeit darin bestand, eben Juristen gewesen zu sein, *eo ipso* ein kohärentes

„Denken“ geeint habe; das ist weder empirisch noch theoretisch plausibel, wäre jedenfalls soziologisch und ideengeschichtlich zu er härten. Viel gravierender ist aber die (implizite) Perpetuierung des rechtshistorischen Märchens, demzufolge die Juristen der 1920er Jahre infolge einer vermeintlich fatalen Herrschaft des „Positivismus“ sämtlich ohnmächtig der Rechtsbeugung und dem Rechtsbruch des Nationalsozialismus ausgeliefert gewesen wären; diese Ansicht stellt nicht nur – in vorliegendem Kontext besonders paradox – eine Variante jener Exkulpationsstrategie dar, sich auf „zu befolgende Befehle“ zu berufen; sie verkennt darüber hinaus in ganz eklatanter Weise die Entwicklung der Rechtswissenschaft in der Weimarer Republik, die gerade *nicht* durch den Verweis auf den „Positivismus“ *allein* zu erklären ist – ganz abgesehen davon, dass mit *Hans Kelsen* der wohl radikalste „Positivist“ auch der wohl radikalste Demokratietheoretiker der Weimarer Republik war.³³ Es ist ärgerlich, dass eine wenn auch gut gemeinte, so doch gänzlich irreführende Behauptung den Auftakt zu dieser Festschrift bildet; das Defizit wiegt nur deshalb nicht ganz so schwer, weil die Leitthese mit Ausnahme der Kapitelüberschriften in den einzelnen Beiträgen selbst nicht mehr aufgegriffen wird.

Die Beiträge zu einzelnen Akteuren des Widerstandes, seien diese juristisch aktiv oder lediglich Juristen gewesen, sind von unterschiedlicher Aussagekraft; bisweilen lässt sich der Eindruck eines mehr affirmativen denn historisch-kritischen Zugriffs kaum verschleieren.³⁴ Im Unterschied dazu bietet der durchaus informative, aber doch sehr dem Vortragsduktus verhaftete Beitrag von *Hans-Ernst Boettcher* interessante Einsichten in das Wirken des Sozialdemokraten *Richard Schmid* (1899-1986), der als wichtige Bezugsperson des Widerstandes im deutschen Südwesten fungierte (91-134). Die retrospektive *juristische* (und eben nicht *historische*) Bewertung des Verfahrens gegen *Schmid*, das für den Verfasser überraschenderweise (!) *kein* Todesurteil nach sich gezogen hatte, obwohl es sich „hätte finden lassen“ (199), verwundert den Historiker dann doch. *Hans-Peter Schneider* thematisiert mit *Friedrich Weißler* (1891-1937) den maßgeblichen Verfasser der sog. Hitler-Denkschrift der Deutschen Evangelischen Kirche von 1936; ihre Publikation war auch in der Bekennenden Kirche auf Kritik gestoßen, wodurch auch die innerkirchlichen Konflikte und Brüche exemplarisch sichtbar werden (47-48). Vornehmlich auf die Anklageschrift konzentriert sich der Beitrag von *Helmut Moll* über den Zentrumspolitiker *Josef Wurma* (1901-1944); seit 1941 Teil des Widerstandskreises um den ehemaligen Leipziger Oberbürgermeister und Reichskommissar für Preisüberwachung, *Carl Friedrich Goerdeler* (1884-1945), war er im Fall eines erfolgreichen Sturzes des Regimes als Justizminister vorgesehen. Sein Entwurf einer Reichsflagge wurde erst jüngst, gegen den expliziten Protest seiner Nachfahren, im Umfeld der „Pegida“-Demonstranten (wieder) einer breiteren Öffentlichkeit bekannt.³⁵ Der abschließende Beitrag von *Dieter Deiseroth* nimmt Stellung zu „Möglichkeiten und Grenzen der Durchsetzung des Völkerrechts“ (175-222) vor dem Hintergrund der völkerrechtlichen Konzeptionen

33 Vgl. oben den Titel von *Jestaedt/Lepsius* (2006).

34 Dies fällt insbesondere in *Andreas Schotts* Beitrag zu *Adam von Trott zu Solz* (1909-1944), S. 85-90, auf.

35 Vgl. das Interview mit *Anton Wurma* auf „Spiegel Online“, 3.8.2015 (<http://www.spiegel.de/politik/deutschland/pegida-und-die-wurma-fahne-ich-bin-entsetzt-a-1046072.html>; Zugriff 13.2.2018).

Adam von Trott zu Solz und *James Graf Moltke*. Er verweist dabei auf die späteren „Lehren“ des Grundgesetzes, nicht mehr nur, wie die Weimarer Reichsverfassung in Art. 4, die „allgemein anerkannten“, sondern grundsätzlich die „allgemeinen Regeln des Völkerrechts“ (Art. 25 GG) als Grundlage der Rechtsordnung zu verankern.

Vielsagend ist, dass die beiden wohl ertragreichsten Aufsätze der Festschrift – angesichts der verstrichenen Zeit verständlicherweise – keine Originalbeiträge darstellen: *Joachim Perels*, der Sohn des Geehrten, widmet sich darin zum einen den christlichen Prägungen seines Vaters als Quelle seines widerständigen Verhaltens (49-66), zum anderen den „Problemen der Ahndung völkerrechtswidriger Staatsverbrechen“ (159-174):³⁶ hier ist vor allem die politikwissenschaftliche These einer wenn auch nicht juristischen Verurteilung, so doch politischen Delegitimierung von Rechtsverletzern auf internationalem Parkett hervorzuheben (173). Ob dies tatsächlich der empirischen Realität entspricht, soll hier nicht beantwortet werden; in der Praxis scheint eine relevante internationale Ächtung aber wohl in erheblichem Maße von politischen und strategischen Erwägungen, ökonomischen Interessen und nicht zuletzt den jeweils vorherrschenden gouvernementalen Strukturen (Demokratie, Diktatur, Kleptokratie etc.) abhängig zu sein; auch *Perels* verweist darauf (171).

Was also bleibt nach der Lektüre des Bandes? Insgesamt ein eher zwiespältiges Gefühl: Er wirft wichtige und interessante Fragen, Themen und Forschungsprobleme auf, die einer eingehenden wissenschaftlichen Erörterung aus rechtshistorischer, zeitgeschichtlicher, politikwissenschaftlicher und soziologischer Perspektive wert gewesen wären: Da ist zum einen die Frage nach verbindenden Elementen der Juristen im Widerstand und nach ihren Erfahrungen nach dem Kriege; die Entwicklung oppositionellen juristischen Denkens; die Rolle der evangelischen Kirche im NS; die vielfältigen Bedrängnisse jüdischer oder als „jüdisch“ geltender Juristen, die sich besonders plastisch anhand der Familie *Perels* exemplifizieren ließe; die Frage nach den Möglichkeitsräumen widerständigen Verhaltens; schließlich die Frage nach den spezifischen Bedingungen des Umgangs mit Recht und Justiz im NS. Einige dieser Themen werden gestreift, andere zwar diskutiert, aber wenig kontextualisiert, wieder andere übergegangen; was dem Band fehlt, ist ein Narrativ, ein Erkenntnisinteresse, das ihm Konturen verliehen hätte. Gerade die Entwicklung eines spezifischen Staats-, Verfassungs- und Grundrechtsverständnisses in Deutschland, das sich nicht zuletzt als Reaktion auf den Nationalsozialismus neu formte, wird trotz der in der Einleitung entfalteten weitreichenden (und kaum haltbaren) These nicht systematisch diskutiert. Das ist bedauerlich, denn auch hier liegen die Dinge, wie der Blick auf „Schmittsche“ Spurenlemente im Grundgesetz zeigt,³⁷ nicht so einfach, wie man vermuten mag. Es ist bedauerlich, dass sich die vielfältigen Erkenntnisse der rechts- und zeitgeschichtlichen Forschung in vorliegender Festschrift damit nur teilweise spiegeln; die im Einleitungsaufsatz vorgetragene These eines kohärenten Rechtsdenkens, das sich in der Erfindung eines materialen Rechtsstaats konkretisierte, hätte genügend Stoff für eine kritische und sicher instruktive Diskussion über juristische Denktraditionen, soziale

36 Vgl. *Perels*, Joachim: Recht und Autoritarismus. Beiträge zur Theorie der Demokratie (Schriftenreihe des Fritz-Bauer-Instituts, Bd. 24), Baden-Baden 2009, hier S. 293-306 (zu *Perels*) und S. 240-252 (zur „Ahndung völkerrechtswidriger Staatsverbrechen“).

37 Vgl. exemplarisch die Diskussion bei *Schlink*, Bernhard: Why Carl Schmitt, in: Rechtshistorisches Journal 10 (1991), S. 160-176.

Prägungen und persönliche Verbindungen geboten. Die Gliederung des Bandes legt nahe, das Ähnliches geplant war – leider ist es hierzu nur in Ansätzen gekommen.