

Thomas Moritz/Reinhard Neubauer

Die Rechtmäßigkeit der »Regierung Dönitz« oder: Wie rechtsstaatlich war das »Dritte Reich«?

475

In der JuS ist Nolte¹ der offensichtlich erst durch jüngste Vorgänge salonfähig gewordenen Frage nachgegangen, ob die »Regierung Dönitz« unter juristischen Gesichtspunkten als legal und legitim anzuerkennen sei. Nachdem er eingangs die Notwendigkeit postuliert, daß die »rechtlichen Grundlagen« der Einsetzung zu untersuchen seien – wobei bereits die Prämisse dieser Aussage, nämlich die Existenz jedweder »rechtlicher Grundlagen« fragwürdig erscheint –, kommt der Autor zu dem Schluß, daß aufgrund der faktischen Verhältnisse die »Reichsregierung Dönitz« als legal anzuerkennen sei.² Es verwundert daher, wenn der Autor sich darüber verwundert zeigt, daß die von ihm aufgeworfene Fragestellung bisher vornehmlich unter politischen Gesichtspunkten erörtert worden ist.³ Denn Nolte selbst legt in seiner Arbeit den Schwerpunkt auf die politische Anerkennung der »Regierung Dönitz« durch Institutionen und Repräsentanten des Systems nationalsozialistischer Herrschaft.

Daß Nolte argumentativ scheitern muß, ist von vorneherein offensichtlich: die »rechtlichen Grundlagen« der Einsetzung der »Regierung Dönitz« unter Ausschaltung der politischen betrachten zu wollen, kann nicht gelingen. Deshalb aber vermittelt des Arguments der normativen Kraft des Faktischen Legalität und politische Faktizität gleichzusetzen,⁴ ist zwar gerade ein in juristischen Betrachtungen zum NS-Recht weit verbreitetes Unwesen,⁵ dokumentiert insoweit jedoch nur die Sinnlosigkeit des Unterfangens.

Je offenkundiger dies aber erscheint, desto dringlicher stellt sich die Frage, was den Autor dazu veranlaßt haben mag, die vielen Zeilen zwischen seiner Einleitung und dem Ergebnis abzufassen – wie wir uns auch fragen nach den Motiven der Schriftleitung der JuS, diesen Aufsatz abzudrucken. Jedenfalls muß allein schon das Ergebnis, die »Regierung Dönitz« sei rechtmäßig a) nach »damaligem Rechtsverständnis« und b) weil »selbst vom Reichsführer der SS, Himmler, sofort und ohne Widerspruch« anerkannt,⁶ deutliche Kritik hervorrufen.

I. Kritik der Methodik

Warum ist es für Nolte nun so relevant, ob Dönitz eine »Regierung« gebildet hat, und dazu noch eine »legale«? Er selbst nennt sein Forschungsinteresse nicht. Vorstellbar ist etwa, die Legalität der »Regierung Dönitz« zu untersuchen, um die Veränderung der völkerrechtlichen Lage – und nicht der faktischen – durch das Unterzeichnen der Kapitulationserklärung zu bewerten, um »juristische« Argumente in die historisch-politische Diskussion um »Zusammenbruch«, »Zerschlagung«, »Fortbestand« des »Dritten Reiches« einzubringen – ein traditionell revan-

1 Dirk Nolte, Das Problem der Rechtmäßigkeit der Nachfolge Hitlers durch die »Regierung Dönitz«, in: JuS 1989, S. 440 ff.

2 Nolte, a. a. O., S. 443.

3 Nolte, a. a. O., S. 442.

4 Nolte, a. a. O., S. 443, zitiert Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1922, S. 338 ff.

5 Ridder, Zur Verfassungsdoktrin des NS-Staates, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Der Unrechts-Staat, 2. A. Baden-Baden 1983, S. 24 ff., 27, Fn. 7.

6 Nolte, a. a. O., S. 443.

chistisches Vorhaben. Oder aber der Versuch seiner nivellierenden Verortung im Gefolge der Historikerdebatte. Noltes Darstellung der Dönitzschen »Regierungstätigkeit«, die eigene »Rechtmäßigkeit« gutachtlich absichern zu lassen⁷ und über die Kapitulation zu verhandeln,⁸ ermöglicht es zwar, im folgenden den Wert der Erörterung⁹ festzustellen, gibt aber nicht einmal zu Mutmaßungen Anlaß über die »Relevanz« dieser »rechtshistorischen Randfrage«,¹⁰ die »mit zunehmendem zeitlichen Abstand irrelevanter«¹¹ wurde. Hinsichtlich der »Regierungstätigkeit« wollen wir die auf juristische Absicherung gegenüber den anderen nazistischen Machtträgern und das Aushandeln der Kapitulation beschränkte Darstellung Noltes jedenfalls ebenso wertfrei um den Hinweis ergänzen, daß die Mitglieder der »Regierung Dönitz« sich im politischen Leben »Regierungskompetenzen« in Hitlerscher Manier anmaßten, indem sie noch bis zum 23. Mai 1945 Todesurteile unterzeichneten und vollstrecken ließen.¹²

Zwischen der tatsächlichen, auch von anderen Instanzen anerkannten Machtausübung auf der einen und der Legalität und Legitimität der Ausübung der Regierungsgewalt auf der anderen Seite besteht immerhin der Unterschied, der in der normativen Intention von Verfassungsrecht, gesellschaftliche Kompromisse nicht nur auf dem Papier festzuschreiben, sondern auch als Verfassungswirklichkeit herzustellen, begründet ist. Als konkreter Bewertungsmaßstab wäre dazu auf die Weimarer Reichsverfassung zurückzugreifen. Mit dem Argument der normativen Kraft des Faktischen enthebt sich Nolte jeder Differenzierungsmöglichkeit.

Um die Frage der »Rechtmäßigkeit« der »Regierung Dönitz« zu beantworten, stehen sich damit zwei methodische Ansätze unvermittelbar gegenüber:

1. eine Argumentation unter Beachtung und Kritik der politischen und historischen Gegebenheiten, die notwendig beinhaltet, vor der Übertragung der Regierungsgewalt auf Dönitz auch die Legalität und Legitimität der NS-Herrschaft im Hinblick darauf zu untersuchen, ob eine »rechtmäßige« Übertragung von den Voraussetzungen her überhaupt möglich war;
2. eine Argumentation aus Sicht der NS-Juristen, die bereits die Legalität der Herrschaft Hitlers zur Voraussetzung hat, um dann nur noch zu überprüfen, ob die Übertragung der Regierung von Hitler auf Dönitz per Testament (»Führererlaß«) auch mit der NS-Ideologie in Einklang zu bringen ist.

Nolte tendiert zum zweiten Ansatz. Das wird deutlich an seiner Schlußbetrachtung: »Sicherlich kann man davon ausgehen, daß die Übertragung der Regierungsgewalt auf Dönitz und dessen Einsetzung als letztem Staatsoberhaupt des deutschen Reichs rechtmäßig war. Nach *damaligem Rechtsverständnis* (Hervorheb. T. M., R. N.) mußte jedenfalls die Ernennung durch »Führererlaß« (Testament) ausreichen, ...«, um dann entschuldigend hinzuzufügen: »... so rechtlich fragwürdig dies auch heute erscheint«.¹³ Die hier von Nolte artikulierte Irritation, die direktes Produkt seines unreflektierten methodischen Vorgehens ist, darf jedoch nur als das genommen werden, als was Nolte sie darstellt, nämlich als Entschuldigung, die dazu geeignet ist, (auch den Autor selbst) über die Funktion der angewendeten Methodik hinwegzutäuschen: Nolte argumentiert systemimmanent vom Standpunkt eines Faschisten. Und zwar heute.

7 Nolte, a. a. O., S. 441 f.

8 Nolte, a. a. O., S. 442.

9 Vgl. Nolte, a. a. O., S. 440: einen »Wert« der Erörterung unterstellt Nolte seiner Arbeit ganz wertfrei.

10 Nolte, a. a. O., S. 440.

11 Nolte, a. a. O., S. 443.

12 Vgl. bei Ingo Müller, *Furchtbare Juristen*, München 1987, S. 193, 196.

13 Nolte, a. a. O., S. 443.

Kostproben: Nolte zitiert die Gutachter der »Regierung Dönitz« mit den Worten, »daß Hitler ›durch verfassungsmäßig zustandegekommene, von dem vom deutschen Volk gewählten Reichstag beschlossene Gesetze die alles umfassende Staatsgewalt übertragen‹ wurde«;¹⁴ unhinterfragt übernimmt er die Meinung von Carl Schmitt, daß »das Gesetz vom 17. 12. 32 (gemeint ist der – geänderte – Art. 51 WRV, T. M., R. N.) . . . auch ohne ausdrückliche Aufhebung ebensowenig in Kraft ist, wie andere dem gegenwärtigen Recht nicht mehr entsprechende verfassungsrechtliche Bestimmungen des Weimarer Systems«.¹⁵

An dieser Stelle wäre zu erwarten gewesen, daß sich Nolte mit diesen Ansichten auseinandersetzt und sie auf ihre Richtigkeit hin überprüft. Das geschieht jedoch nicht. Das von Nolte schlußendlich in einer apodiktischen Art und Weise gefundene Ergebnis, daß »sicherlich« davon ausgegangen werden könne, die testamentarische Übertragung der Regierungsgewalt durch Hitler auf Dönitz sei »rechtmäßig« gewesen,¹⁶ kann nur darauf fußen, daß Nolte die in den Zitaten ausgedrückte Meinung sich zu eigen macht. Das Verfahren der Nolteschen Analyse besteht darin, allein auf eine »formale« Rechtmäßigkeit der NS-Herrschaft abzustellen zu wollen.

II. Verfassungsrechtliche Probleme

Die Schmitt'sche Pille, die Nolte da ohne jeden intellektuellen Skrupel geschluckt hat, bedeutet materiell-rechtlich¹⁷: Die NS-Weltanschauung setzt die Weimarer Verfassung (soweit wie für die NS-Herrschaft notwendig) außer Kraft, ohne daß dies einer ausdrücklichen Aufhebung bedürfe! Dieser Satz ist jedoch nur insoweit richtig, als er der Praxis der Nazis wie auch eines großen Teils der damaligen Rechtswissenschaftler und der Richterschaft entsprach.¹⁸ Der anschließende Versuch Noltes, die NS-Herrschaft doch noch an der WRV zu messen, ist deutlich der obengenannten Irritation geschuldet. Das Ergebnis sind konsequenterweise so fürchterliche Banalitäten wie: »Weiterhin war die verfassungsrechtliche Position Hitlers (1943, T. M., R. N.) längst über die verfassungsrechtliche Position des Reichskanzlers gemäß der Weimarer Reichsverfassung hinausgewachsen«,¹⁹ oder die Bemerkung, daß Hitler »seine Position sowohl tatsächlich, als auch verfassungsrechtlich immer weiter ausgebaut« hat.²⁰

Daß Hitler eine ungeheure Macht innehatte, müßte für Nolte eigentlich zum verfassungsrechtlichen Problem werden. Unfug ist die Behauptung, Hitlers »verfassungsrechtliche« (?) Stellung sei über den Status eines Reichskanzlers gemäß WRV »hinausgewachsen«. Diese Sichtweise Noltes ist schief, sie suggeriert, daß die Position Hitlers auf die WRV zurückzuführen sei.²¹

Wie Nolte richtig feststellt, hat Hitler neben der Position eines Reichskanzlers nach dem Tode Hindenburgs auch die Position eines Reichspräsidenten usurpiert. Wir ergänzen: Hitler sah sich ebenfalls als oberster Gerichtsherr, indem er sich ein

¹⁴ Nolte, a. a. O., S. 441, zitiert: OKW 2346, Mikrofilm 873, Nr. 56209/10.

¹⁵ Nolte, a. a. O., S. 440f., zitiert: C. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk, 1933, S. 9, Anm. 1.

¹⁶ Vgl. Fn. 13.

¹⁷ Vgl. Fn. 15.

¹⁸ Müller, a. a. O., S. 54 ff., 77 ff.; Ilse Staff, Justiz im Dritten Reich, Frankfurt 1964, 1978, S. 148 ff.; Heinz Hillermeier, »Im Namen des Deutschen Volkes«, Darmstadt 1980, Kapitel: »Die nationalsozialistische Rechtsauffassung«, S. 14 ff.; Bernd Rüthers, Entartetes Recht, München 1988, S. 24 ff. (Die neue Rechtsidee); Hans Wröbel, Die Pfändbarkeit des Volksempfängers, in: KJ 1985, S. 57 ff.

¹⁹ Nolte, a. a. O., S. 441.

²⁰ Nolte, a. a. O., S. 441.

²¹ Es ist nicht zu verkennen, daß Art. 48 WRV den Weg in die Diktatur ebnete und daß im Deutschen Reich ab 1930 (Reichsregierung Brüning) durch die permanenten Notverordnungen Hindenburgs faktisch eine Präsidialdiktatur auf demokratischer Basis bestanden hatte.

außerordentliches Einspruchsrecht vorbehielt;²² seine Erlasse waren auch nicht justitiabel.²³ Damit ist ein Grundprinzip der Verfassungsdoktrin einer jeden bürgerlich verfaßten Demokratie außer Kraft gesetzt: das Rechtsstaatsprinzip, die gegenseitige Kontrolle der drei Gewalten, die Gewaltenteilung. Und wir wollen – im Gegensatz zu Nolte – darauf hinweisen, daß das »Ermächtigungsgesetz« nur durch Terrormaßnahmen der Nazis zustandekommen konnte, daß eine $\frac{1}{3}$ -Mehrheit des Reichstages für dieses Gesetz (Art. 76 Abs. 1 WRV) auf dem Weg der Verkleinerung der gesetzlichen Zahl der Reichstagsmitglieder durch die Verhaftung sämtlicher KPD-Abgeordneter und die Löschung ihrer Reichstagsmandate hergestellt wurde, daß abstimmenden Reichstagsabgeordneten physische Gewalt angedroht und gegen sie angewendet wurde, daß Versamlungs- und (Partei-) Zeitungsverbote erlassen worden waren.²⁴

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten: Der »Machtrtritt« der Nazis, der mit der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler und dem Agieren unter dem Deckmantel des Art. 48 WRV nicht begann, und der mit dem »Ermächtigungsgesetz« noch nicht abgeschlossen war, ist illegal – und zwar nicht nur aus der Retrospektive des »Späteborenen«, sondern auch aus der Sicht all derjenigen Menschen, die auf dem Boden der bürgerlich-demokratisch verfaßten Weimarer Republik gestanden bzw. für deren Erhalt gekämpft haben. Wir wollen hier eine andere Banalität nicht hinter dem Berg halten: Die NS-Herrschaft Hitlers war eine Diktatur;²⁵ die »Machtergreifung« mag in politischen Kategorien als »Machtübergabe« zutreffend beschrieben sein, materiellrechtlich war damit schon ein wesentlicher Teil der WRV liquidiert – zu rechtfertigen weder unter Zugrundelegung irgendeines Naturrechts noch durch eine vorgeblich rechtspositivistische Position. Denn, so faßt Ridder zusammen: »Die Auflösung von Staat und Verfassung begann an der Spitze der Institute eines rechtsstaatlich-liberalen Verfassungswesens (...) damit, daß der Vorrang der Verfassung als Gesetz vor dem »einfachen« Gesetz über Bord ging, und es mußte in nicht allzu ferner Folge die ganze Pyramide der Rangunterschiede von Rechtsnormen, schließlich (...) auch der Unterschied von Norm und Handlung zusammenbrechen.«²⁶ »Schon die »Verlängerungen« des »Ermächtigungsgesetzes« (...) – von Carl Schmitt in äußerster Dürftigkeit »aus dem guten deutschen Sinn für Ordnung« begründet – waren nichts als eine Legalitätsfarce für Bürokraten und für eine Justiz, die schlichten Gemüts (...) nach der »als-ob«-Philosophie einer bloßen Grundrechtssuspension judizierte«²⁷ – soweit sie nicht längst den Arm zum Grusse reckte. 1989 nun rekapituliert Nolte dies – für den absurden Fall des »Führererlasses«, ohne daß ihm Gegenargumente einfielen.

22 Ingo Müller, a. a. O., S. 135 f.; bereits Carl Schmitt: »Der Führer schützt das Recht« (DRZ 1934, Sp. 946 f.) hat Hitler ein derartiges Recht bescheinigt; Beschluß des »Großdeutschen Reichstags« vom 26. 4. 42: »... Der Führer muß daher – ohne an bestehende Rechtsvorschriften gebunden zu sein – in seiner Eigenschaft als Führer der Nation, als Oberster Befehlshaber der Wehrmacht, als Regierungschef und oberster Inhaber der vollziehenden Gewalt, als oberster Gerichtsherr und als Führer der Partei jederzeit in der Lage sein, nötigenfalls jeden Deutschen ... mit allen ihm geeignet erscheinenden Mitteln zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten ... ohne Rücksicht auf sogenannte wohlerworbene Rechte ...« (RGBl. vom 27. 4. 42, Teil I, S. 247).

23 »Reichsrechtsführer« Frank am 14. 1. 36: »Gegenüber Führerentscheidungen, die in die Form eines Gesetzes oder einer Verordnung gekleidet sind, steht dem Richter kein Prüfungsrecht zu«, in: Der Richter im nationalsozialistischen Staat, hier zitiert nach: Reinhard Kühnl, Der deutsche Faschismus in Quellen und Dokumenten, Köln 1975, 1980, S. 243 ff., als weiterführende Lektüre: Ernst Fraenkel, Der Doppelstaat, Frankfurt 1974.

24 Staff, a. a. O., S. 40 ff.

25 Wir sind uns nicht sicher, ob diese Feststellung wirklich so banal ist. Bei Nolte suchen wir diesen Begriff vergebens ...

26 Ridder, a. a. O., S. 37.

27 Ridder, a. a. O., S. 38.

Er bewegt sich damit in der Tradition des mißverstandenen oder vorgeblichen Rechtspositivismus deutscher Juristen, die selbst das Bundesverfassungsgericht schon 1957 zurückgewiesen hat.²⁸ Gegen den Versuch führender bundesrepublikanischer Juristen,²⁹ sich gegenseitig zu bescheinigen, immer »sachlich-fachlich« »im Interesse des Ganzen« (!) gearbeitet zu haben,³⁰ da schließlich auch die spezifischen Unrechtsnormen geltendes Recht gewesen seien³¹ und die Nazis bestehende Gesetze doch nur mit wenigen NS-»Zutaten« und -»Zieraten« versehen hätten,³² konstatierte das Bundesverfassungsgericht trocken und schmerzhaft, daß genau diese »Zierate« den materiellen Gehalt von Gesetzen zum Unrecht hin verändert hätten,³³ daß eine ungeheure Verwischung zwischen Staat und Parteiinteressen stattgefunden habe³⁴ und jeder findige Beamte das eigentlich auch hätte merken können und – sofern demokratisch gesinnt – hätte reklamieren müssen.³⁵ Das Bundesverfassungsgericht attestierte folglich dem »Ermächtigungsgesetz«, daß unter Berücksichtigung der damaligen Verfassungslage (WRV) »hinsichtlich seiner verfassungsrechtlichen Wirksamkeit schwerste Bedenken« bestehen.³⁶

Kurz und gut: ohne (Noltes) Ausstieg aus der Tradition des Verfassungsstaates läßt sich Hitlers Position nicht legitimieren – und schon gar nicht von der Warte der WRV aus, wie Nolte einzureden versucht: Wie wir oben bereits dargestellt haben, ist die Weimarer Verfassung ihrer tragenden Grundsätze beraubt worden; eine bürgerlich-demokratische Verfassung ohne Rechtsstaatsprinzip und Gewaltenteilung ist keine bürgerlich-demokratische Verfassung mehr. Die Nazis hatten sich ihr *eigenes* Instrumentarium geschaffen, um Legalität und Legitimität vorzuweisen³⁷ (nun gut: zum Teil in den Hülsen der WRV). Weder Hitlers Position als Diktator noch seine ordnungspolitischen Maßnahmen (»Führererlasse« o. ä.) lassen sich durch die WRV legitimieren.

Mit der Formierung der NS-Diktatur hat sich die WRV materiellrechtlich gesehen umfassend erledigt;³⁸ auf formelle Legitimität abzustellen, ist da nur noch Formalismus oder Täuschungsversuch.

28 BVerfGE 7, 132 ff.

29 Gewisse Identitäten mit führenden NS-Juristen sind nicht zufällig...

30 BVerfGE 7, 139.

31 BVerfGE 7, 142, sowie ein Herr Filbinger: »Was damals Recht war, kann heute nicht Unrecht sein« ...

32 BVerfGE 7, 152. Vgl. dazu auch Laage, KJ 1989.

33 BVerfGE 7, 192 ff.

34 Fraenkel, a.a.O., S. 112 ff. (Der Normenstaat und das Parteiprogramm); Bracher u.a., Stufen der Machtergreifung, Opladen 1960, 1983, S. 421 f.

35 BVerfGE 7, 195 ff.

36 BVerfGE 7, 198. Wir übersehen an dieser Stelle nicht, daß das BVerfG – im Gegensatz zu uns – sich aus höchst pragmatischen Erwägungen nicht in der Lage sieht, allen NS-Gesetzen eine Rechtsunwirksamkeit zu bescheinigen. Dabei stand das BVerfG mit seiner Position noch ziemlich alleine: Die Richterschaft der Obergerichte versuchte nämlich, so viel NS-»Recht« wie möglich als nicht typisch nationalsozialistisch und mithin rechtswirksam zu klassifizieren. Das BVerfG begründete seine Auffassung (S. 199) mit einem allen Gesetzen angeblich innewohnenden »Ordnungselement« und der Verhinderung eines »Rechtschaos«, eine Begründung, die ein wenig an den Leviathan von Thomas Hobbes erinnert: homo homini lupus. Mit ähnlichen Worten begründete Carl Schmitt schon die »Verlängerungen« des »Ermächtigungsgesetzes« (s. o. zitiert nach Ridder). Wir teilen die Ansicht des BVerfG nicht. Die Ansicht hat u. E. für den Rückblickenden (und in dieser Position befindet sich das BVerfG) keinerlei Relevanz: Das Dritte Reich konnte 1957 nicht mehr in (noch mehr) Chaos versinken. Ergo: Alles unwirksam. Sollte in der Bundesrepublik das Bedürfnis bestehen, so können diese Gesetze ja neu verabschiedet werden. Festzuhalten bleibt für die bisherigen Ausführungen die Ansicht des BVerfG, daß offenes NS-Unrecht unwirksam ist – um dann in die Bredouille der Abgrenzungsproblematik zu geraten (Nolte hat diese Probleme mit seiner »Sicherheit« nicht). Unser Ansatz ist konsequenter und – dogmatisch betrachtet – einfach zu handhaben. Nun gut: Wir müssen auch nicht auf Altnazis und ihre zahlreichen Schüler Rücksicht nehmen.

37 Soweit das überhaupt notwendig war. Eine terroristische Diktatur braucht zum Bestehen keine Gesetze, Terror reicht.

38 Vgl. Staff, a. a. O., S. 45 ff.

Ergebnis: Im Gegensatz zu seiner eigenen sowie Noltes Ansicht können wir Hitler keinerlei Legalität bescheinigen. Was nicht ist, kann auch nicht auf Dönitz weitervermittelt werden.

Wir vermögen jedoch Nolte zu trösten: Mit Dönitz ist durchaus der richtige »Reichskanzler« als Kriegsverbrecher abgeurteilt worden.³⁹ Dies ergibt sich nicht nur aus dem von Nolte angeführten Jellinekschen Prinzip der normativen Kraft des Faktischen,⁴⁰ sondern auch aus einem guten, alten zivilrechtlichen Grundsatz, der Rechtsscheinhaftung: Wer sich so geriert, als sei er Regierungschef, und von den Regierten und den Eliten als solcher anerkannt wird, muß sich entsprechend behandeln lassen.

Eine Legalität der »Regierung Dönitz« kann nur derjenige annehmen, der der NS-Ideologie eine Rechtmäßigkeit zuerkennt und ihr zustimmt, um dann systemimmanent zu entscheiden, ob eine »Führerdiktatur« vererbt werden kann oder nicht.

Diesen Schuh wollen wir uns nicht anziehen. Es wäre dann nur konsequent, die Nolte'sche Linie Hitler-Dönitz auf Brüning-Papen-Hitler-Dönitz-Adenauer zu erweitern und darüber hinaus beliebig zu dehnen. Kontinuitäten bestehen aber gerade außerhalb des Bereichs dieser Namenskette. Nebenbei: Wo es allein um die »staatsorganisationsrechtliche« Darstellung des Übergangs von der »Position Hitlers« zur »Regierung Dönitz« geht, ist die Verkürzung des Nationalsozialismus auf die »Position Hitlers« gefährlich nah.

Zurückkehrend zur Ausgangsfrage: Was soll dieser Aufsatz in der JuS? Daß uns Nolte demonstriert, wie er von dem Standpunkt eines NS-Juristen aus argumentierend unter Anwendung von NS-Gedankengut zur »Rechtmäßigkeit« der »Regierung Dönitz« kommt – das kann's doch nicht gewesen sein. Uns scheint der Autor fragwürdige Literatur wieder hoffähig machen zu wollen.⁴¹ Und daß ihm etwas daran gelegen ist, Herrn Dönitz – über den selbst ein Autor wie Manfred Messerschmidt schreibt, für ihn (Dönitz) habe es »überhaupt keine ideologisch motivierten Rechtsbrüche und Zumutungen durch Hitler (gegeben), die groß genug gewesen wären, ... (ihn vom) ... Führer abrücken zu lassen«⁴² – zu rehabilitieren. Dies machen wir fest an einer Formulierung wie: Verhaftung am 23. 5. 45 »unter zum Teil entwürdigenden Umständen«,⁴³ der detailversessenen Schilderung sowie dem Bemühen, Dönitz auf recht substanzlose Weise eine Legalität zu bescheinigen. Das Vorhaben erinnert an den bekannteren Namensvetter,⁴⁴ der im Jahre 1985 zu einer Rehabilitierung der Nazis und zur Umschreibung der Geschichte antrat.

39 Allein auf die Bewertung der Machtausübung kommt es an. Der Internationale Militärgerichtshof hat wie folgt bewertet: 10 Jahre für Dönitz, der sich damit glücklich schätzen konnte (andere »Regierungsmitglieder« wie Göring, Keitel, Jodl und Bormann wurden zum Tode verurteilt); vgl. Der Prozeß gegen die Hauptkriegsverbrecher vor dem Int. Militärgerichtshof, Nürnberg 1947, Bd. 1, S. 412 ff.

40 Vgl. Fn. 4.

41 Nolte zitiert recht ausführlich: Walter Lüdde-Neurath, Regierung Dönitz, Göttingen, 1. Aufl. 1951, 2. Aufl. 1964; die intimen Kenntnisse dieses Herren über Dönitz & Co. resultieren daher, daß er 1944 zum »persönlichen Adjutanten« des Herrn Dönitz bestellt wurde (»wider meinen Willen der Front den Rücken kehren«). L.-N. bezeichnet sich als »Militarist«, aber »ehrlich« (Lüdde-Neurath, a. a. O., 1. Aufl., Einleitung). Zumindest der erste Charakterzug stimmt. Seine Vergangenheit war Visitenkarte genug, um in einem bundesdeutschen Industrieunternehmen einen Vorstandsposten abzustauben.

42 Die Wehrmacht im NS-Staat, in: Bracher u. a., Nationalsozialistische Diktatur 1933–1945, Bonn 1983, Schriftenreihe der Bundeszentrale für politische Bildung, Bd. 192, S. 471.

43 Nolte, a. a. O., S. 442. Dem liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Bei seiner Verhaftung wurde das Gepäck des Herrn Dönitz durchsucht. Der Marschallstab wurde ihm abgenommen. Anscheinend wollte Dönitz noch vom Knast aus als Regierungschef mit allen Insignien fungieren. Nolte ist anscheinend mehr an der »Würde« des Herrn Dönitz interessiert (zur Erinnerung: verurteilt als Kriegsverbrecher) als an der Tatsache, daß dieser Herr sich in der Nachfolge des größten Massenmörders der Geschichte sieht.

44 Ernst Nolte, Between Myth and Revisionism, in: W. Koch, Aspects of the Third Reich, London 1985.

So versucht hier der Celler Dirk Nolte in einer kaum subtileren Weise als der Berliner Ernst Nolte, den Faschismus deutscher Machart zu nivellieren: Durch die Nichtproblematisierung der materiellen Rechtmäßigkeit der NS-Diktatur (und damit zusammenhängend: der »Regierung Dönitz«) wird das Dritte Reich in den Kreis der zumindest noch bedingt rechtsstaatlichen Regimes zurückgeholt. Mit der speziellen Verwendung des Arguments von der normativen Kraft des Faktischen zeigt Nolte hier, wie die »Auflösung von Politik in Recht«⁴⁵ von rechts selbst am Beispiel des Nationalsozialismus noch funktioniert.

Der methodische Ansatz von Nolte hat auch noch einen zweiten Aspekt: Wer die NS-Herrschaft formal für rechtmäßig erachtet – und das tut Nolte, indem er – unkommentiert Carl Schmitt wiedergibt mit der Bemerkung, die NS-Ideologie könne die WRV außer Kraft setzen⁴⁶, – das OKW zitiert, Hitler sei »durch verfassungsmäßig zustandegekommene« Gesetze an die Macht gelangt⁴⁷, – die Folgen aus dem »Ermächtigungsgesetz« akzeptiert⁴⁸, – »Führererlassen« eine »Rechts«wirksamkeit zuspricht⁴⁹, – aus all dem ableitet, daß formal Dönitz legaler (!) Nachfolger von Hitler werden konnte⁵⁰ –, muß dann zwangsläufig den Widerstand gegen diese Diktatur kriminalisieren. Damit leistet Nolte Grundlagenarbeit für eine in der BRD ja auch derzeit recht populäre Diskussion.⁵¹ Die Frage, ob Deserteure und »Landesverräter« Widerstand geleistet haben, wird ja gerne pathetisch zurückgewiesen mit der stigmatisierenden Begründung: alles Verbrecher, mithin nicht denkmalswürdig. Diese – in der BRD durchaus noch (!) herrschende – Ansicht ist vor allem deshalb tragfähig, weil gerade dem »Dritten Reich« Legalität zugesprochen wird⁵² – jetzt noch »wissenschaftlich« abgesichert durch D. Nolte. So paßt dieses Ergebnis ins Standardrepertoire bundesdeutscher Vergangenheitsbewältigung: Im Prinzip war alles in Ordnung, bis auf ein paar Ausnahmen, die ein gewisser Hitler zu verantworten hat. Folge: überhaupt kein Unrechtsbewußtsein, keine Idee davon, sich an einem Verbrechen beteiligt zu haben.⁵³ Aber auch das ist bundesdeutsche Tradition: Es war in diesem Lande schon immer schlimmer, Antifaschist zu sein als ehemaliger Nazi.⁵⁴

Wir kommen dann zu der zweiten Ausgangsfrage: Was könnte eine Zeitschrift wie die »Juristische Schulung« dazu veranlaßt haben, den Aufsatz Noltes unkommentiert abzudrucken?⁵⁵ Wir nehmen an: Die JuS hat zum Abfeiern von »40 Jahre Grundgesetz« keinen besseren Artikel erhalten.

45 Franz L. Neumann, *Ökonomie und Politik im zwanzigsten Jahrhundert*, in: ders., *Demokratischer und autoritärer Staat*, Frankfurt a. M. 1967, S. 171, 178; ohne wahrscheinlich das Gegenstück von links, den Verfassungspatriotismus (Habermas) zu kennen, liefert Nolte doch ein stichhaltiges Argument gegen diese »für soziale Bewegungen selbstmörderische Basisideologie« (Maitra, *Nur kühl und distanziert – Verfassungspatriotismus in der BRD*, in: *Forum Recht* 2/89, S. 9, 15): Der politische Topos Verfassungspatriotismus ist in der Diskurstradition deutscher Juristen äußerst billig praktikierbar als ein totaler, eben dann auch noch den Nationalsozialismus mit einbeziehender Patriotismus, q.e.d.

46 Vgl. Fn. 15.

47 Vgl. Fn. 14.

48 Nolte, a. a. O., S. 441.

49 Wie zuvor.

50 Wie zuvor und S. 443.

51 Siehe dazu die Auseinandersetzung um die Ausstellung »Widerstand gegen den Nationalsozialismus« in Berlin (West) am 19. 7. 89 und die Einordnung der Deserteure, des BDO und des NKFD als Widerstand, *Frankfurter Rundschau* vom 20. 7. 89, S. 1 und S. 10, *Die Tageszeitung* vom 21. 7. 89, S. 8.

52 Vgl. die Fälle bei Müller, a. a. O., S. 275 ff. (»Selbstbewältigung«) und S. 285 ff.

53 Im dominanten Diskurs scheint es ausgesprochen verpönt zu sein, den zweiten Weltkrieg als Verbrechen zu bezeichnen – die Folgen wäre ja möglicherweise Auswirkungen auf die eigene Person.

54 Auf diese Feststellung wollen wir kein Copyright erheben – es könnte ein Zitat von Wolfgang Neuss sein, wir wollen uns aber nicht festlegen... Beispielhaft nachzulesen bei: Müller, a. a. O., S. 204 ff.

55 Weder in JuS 7/89, 8/89, 9/89, 10/89 noch 11/89 folgten irgendwelche Stellungnahmen.