

# Joachim Perels

## Die Restauration der Rechtslehre nach 1945

359

Nach der militärischen Niederwerfung des nationalsozialistischen Terrorstaates wurde der weitüberwiegende Teil seiner Trägerschichten in der Justiz und in den juristischen Fakultäten in die neu konstituierte demokratische Verfassungsordnung Westdeutschlands übernommen.<sup>1</sup> Daß dies die Entwicklung demokratischen Rechtsdenkens mit einer strukturellen Hypothek belastete, rückte kaum ins allgemeine Bewußtsein. Zwar existieren einige nützliche Detailuntersuchungen zum Problem der personellen Kontinuität der juristischen Funktionseleite des Dritten Reiches und zur Frage der Kontinuität einzelner Rechtskonstruktionen im öffentlichen Recht und im Arbeitsrecht.<sup>2</sup> Es fehlt aber eine Gesamtanalyse, welche die aus diesen Kontinuitätsstrukturen folgenden Konsequenzen für die Ausbildung eines umfassenden bürgerlich-restaurativen Rechtsbegriffs und einer ihm entsprechenden Rechtspraxis systematisch behandelte.<sup>3</sup> Daß eine derartige Untersuchung bisher nicht existiert, hängt mit erfolgreichen, noch immer fortwirkenden Verdrängungsprozessen zusammen. Die ernstliche Erörterung des Problems, daß die juristischen Interpretationseliten der Diktatur zu denen der Demokratie wurden, hätte zu einem Legitimationsverlust der rechtlichen Entscheidungsprozesse der frühen Bundesrepublik geführt. So blieb diese Fragestellung ein Tabu und damit auch der Forschung nahezu durchgängig entzogen.

Wenn von der restaurativen Rechtslehre gesprochen wird, so nötigt die jüngere Literatur, die den Restaurationsbegriff für die Kennzeichnung des politischen und gesellschaftlichen Systems in Westdeutschland mit der Begründung verwirft, mit ihm werde der demokratische und rechtsstaatliche Neubeginn der Bundesrepublik

1 J. R. Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945–1949, Königstein 1979; J. Feest, Die Bundesrichter. Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite, in: W. Zapf (Hg.), Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht, 2. Aufl., München 1965, S. 95 ff.; R. Wahsner, Das Arbeitsrechtskartell. Die Restauration des kapitalistischen Arbeitsrechts in Westdeutschland nach 1945, KJ H. 4/1974, S. 369 ff.; H. Fangmann, Die Restauration der herrschenden Staatsrechtswissenschaft nach 1945, in: U. Reifner (Hg.), Das Recht des Unrechtsstaates, Frankfurt a. M. 1981, S. 211 ff.

2 Vgl. etwa D. Deiseroth, Kontinuitätsprobleme der deutschen Staatsrechtslehre(r)?, in: Abendroth, Blanke, Preuß u. a., Ordnungsmacht? Über das Verhältnis von Legalität, Konsens und Herrschaft, hrsg. von D. Deiseroth, F. Hase und K.-H. Ladeur, Frankfurt a. M. 1981, S. 85 ff.; J. Seifert, Vereinigungsfreiheit und hoheitliche Verrufserklärungen, in: J. Perels (Hg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt a. M. 1979, S. 178 Anm. 29; W. Abendroth, Innergewerkschaftliche Willensbildung, Urabstimmung und »Kampfmaßnahme« (1959), in: ders., Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie, 2. Aufl. Neuwied 1972, S. 251 ff. (257–260); Th. Ramm, Sozialadäquanztheorie und freiheitlich-sozialer Rechtsstaat, AuR 1966, S. 163 f.

3 Vgl. aber die wichtigen Vorarbeiten: M. Kirn, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum Dritten Reich, insbesondere die Konflikte um die Kontinuität der Beamtenrechte und Art. 131 Grundgesetz, Berlin 1972; B. Distelkamp, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, JuS 1980, S. 401 ff., 481 ff., 790 ff., JuS 1981, S. 96 ff., 409 ff., 488 ff.; M. Stolleis, Rechtsordnung und Justizpolitik 1945–1949, in: Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift f. H. Coing, Bd. I, München 1982, S. 383 ff.

polemisch verfehlt<sup>4</sup>, zu der näheren Bestimmung dieses Begriffs. In der Tat muß er, zumal für die Ausformung der Rechtslehre, präziser gefaßt werden.

Restauration im klassischen Sinne, etwa die Restauration monarchischer Strukturen unter den Stuarts in England in der zweiten Hälfte des 17. Jahrhunderts oder die Metternichsche Restauration legitimistischer Ordnungsprinzipien in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, meint die Wiederherstellung des gesellschaftlichen, politischen und verfassungsrechtlichen Systems, das durch eine demokratische Gegenbewegung umgewälzt werden sollte.<sup>5</sup> Dieses Theorem läßt sich auf den Entwicklungsprozeß nach 1945 nicht unmittelbar, sondern nur in differenzierter Weise beziehen. Denn »Restauration« kann nicht die Rekonstruktion der politischen und rechtlichen Herrschaftsbeziehungen des NS-Systems bedeuten. Institutionell wird ja eine rechts- und sozialstaatlich verfaßte Demokratie geschaffen. Die konkrete Geltungsform der neuen Rechtsordnung wird jedoch in den Bereichen, in denen das Weiterbestehen der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Staatsapparats gefährdet erscheint, einem rückwärtsgewandten Vorbehalt unterstellt. Dies geschieht durch die weitgehende – allerdings durch das Bundesverfassungsgericht der 50er Jahre auch eingeschränkte – Interpretationsmacht der konservativen juristischen Funktionseliten, die zumeist die Diktatur des NS-Staates mitgetragen hatten. In der verdeckten und offenen Auseinandersetzung mit der 1945/46 von den Alliierten und deutschen politischen Kräften getragenen Tendenz, die Kontinuität des Systems der NS-Diktatur und der durch sie gesicherten gesellschaftlichen Grundlagen mittels der Auswechslung zentraler Trägerschichten des Dritten Reiches zu unterbrechen,<sup>6</sup> bilden sich bestimmte juristische Denkfiguren heraus, die sich zu einem restaurativen Rechtsbegriff zusammenfügen.<sup>7</sup> Wesentlich vier unterschiedliche, aber zusammenhängende Momente machen die Totalität dieses restaurativen Rechtsbegriffs aus:

Zum einen werden Konstruktionen entworfen, die zu verhindern suchen, daß es zu einer Diskontinuität zwischen dem Staatsapparat der NS-Diktatur und der neukonstituierten Demokratie kommt (I);

zum anderen werden Exkulpationslehren entwickelt, welche die Beteiligung bürger-

<sup>4</sup> W. Conze, Staats- und Nationalpolitik. Kontinuitätsbruch und Neubeginn, in: Sozialgeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Beiträge zum Kontinuitätsproblem, hrsg. von W. Conze und M. R. Lepsius, Stuttgart 1983, S. 441 ff. (462 f.); differenzierter: J. Kocka, Restauration oder Neubeginn? Deutschland 1945–1949, L'76 H. 11/1979, S. 112 ff.; R. Löwenthal, Dauer und Verwandlung, in: R. Löwenthal und H. P. Schwarz (Hg.), Die zweite Republik, Stuttgart 1974, S. 9 ff. (10 f.).

<sup>5</sup> Vgl. Th. Pirker, Die verordnete Demokratie. Grundlagen und Erscheinungen der »Restauration«, Berlin 1977, S. 26 ff.

<sup>6</sup> Zur Archäologie der Demokratie in Deutschland. Analysen amerikanischer Emigranten im amerikanischen Geheimdienst, Bd. 1: 1943–1945, hrsg. von A. Söllner, Frankfurt a. M. 1982; D. Winkler, Die amerikanische Sozialisierungspolitik in Deutschland 1945–1948, in: Politische Weichenstellungen im Nachkriegsdeutschland 1945–1953, hrsg. von H. A. Winkler, Geschichte und Gesellschaft Sonderheft 5, Göttingen 1979, S. 88 ff. (90 f.); Potsdamer Abkommen vom 2. August 1945 Abschnitt III, Keesings Archiv der Gegenwart 1945, S. 345 f.; Manifest der demokratischen Sozialisten des ehemaligen Konzentrationslagers Buchenwald vom 13. April 1945, abgedruckt in: W. Abendroth, Aufstieg und Krise der deutschen Sozialdemokratie, Frankfurt a. M. 1964, S. 123 ff.; Aufruf des Zentralkomitees der KPD vom 11. Juni 1945 an das deutsche Volk zum Aufbau eines antifaschistisch-demokratischen Deutschlands, auszugsweise abgedruckt in: E. U. Huster, G. Kraiker, B. Scherer, F.-K. Schlotmann, M. Welteke, Determinanten der westdeutschen Restauration, Frankfurt 1972, S. 356 ff.; V. Agartz, Sozialistische Wirtschaftspolitik. Referat auf dem Parteitag der SPD in Hannover im Mai 1946, auszugsweise abgedruckt ebd., S. 370 ff.; Das Ahlener Wirtschaftsprogramm der CDU für Nordrhein-Westfalen, ebd., S. 424 ff.

<sup>7</sup> Zum Restaurationsbegriff vgl. vor allem W. Dirks, Der restaurative Charakter der Epoche, Frankfurter Hefte H. 9/1950, S. 942 ff.; E. Kogon, Beinahe mit dem Rücken zur Wand, Frankfurter Hefte H. 9/1954, S. 641 ff.; Th. W. Adorno, Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit (1959), in: ders., Eingriffe, Frankfurt a. M. 1963, S. 125 ff.

licher Funktionsgruppen (Richtern und Ärzten) an der Terrorpraxis des NS-Staates in weitem Maße der Ahndung zu entziehen vermögen (II); sodann werden die in der Verfassung der Bundesrepublik festgelegten rechtsstaatlichen, durch politische Freiheitsrechte gesicherten Begrenzungen der Staatsgewalt zur Erweiterung der Zugriffsmöglichkeiten auf den »inneren Feind« interpretativ gelockert (III);

parallel dazu werden schließlich Argumentationsmuster eingeführt, durch die Verfügungen des demokratischen Gesetzgebers über die gesellschaftlichen Grundlagen – also die legale Überwindung der das NS-System fundierenden ökonomischen Ordnung – erschwert, ja tendenziell ausgeschlossen werden können (IV).

Für die Wiederherstellung der bürgerlichen Gesellschaft nach 1945 hatte der restaurative Rechtsbegriff insofern besondere Bedeutung, als er die Partikularinteressen der an einer weitgehenden Kontinuität interessierten Schichten von Besitz und Bildung, von Administration und Justiz methodisch in die Form eines jeden verpflichtenden allgemeinen Rechts hüllte, das damit um so stärkere Legitimations- und Durchsetzungskraft erzielen konnte. Die Entwicklung der Bundesrepublik wurde von den Formen dieses restaurativen Rechtsbegriffs nachhaltig geprägt; im überwiegenden Teil der Lehre und der Rechtsprechung wirkt er bis heute weiter. Daher ist die – notwendigerweise zunächst skizzenhafte – Aufarbeitung der Bestimmungsmomente des restaurativen Rechtsbegriffs keineswegs von antiquarischem Interesse.

Die Entwicklung des restaurativen Rechtsbegriffs wird an Hand einzelner theoretischer Leitfiguren der Rechtslehre exemplarisch nachgezeichnet – ohne Anspruch auf eine auch nur in Ansätzen vollständige Analyse der juristischen Disziplinen und Denkrichtungen. Die Repräsentanten der Rechtslehre erscheinen nicht als unmittelbare, gar »böswillige« Subjekte des Restaurationsprozesses; sie sind gedankliche Träger realer geschichtlicher Tendenzen. Ihre rechtstheoretischen Konstruktionen werden auf das politische Strukturproblem staatlicher und sozialer Neuordnung nach 1945 bezogen, das in den juristischen Interpretationen meist nicht direkt sichtbar ist. Die Untersuchung beschränkt sich auf Tendenzen der Rechtslehre, auch wenn einige Hinweise auf deren Auswirkungen auf die Rechtsprechung gegeben werden.

### *1. Legitimation der Rekonstruktion des alten Staatsapparats*

Die von den Alliierten nach 1945 intendierte Zerschlagung des NS-Systems vollzog sich in einem zusammenhängenden Bündel von Rechtskonstruktionen. Angeleitet durch zwei grundlegende, in der führenden juristischen Zeitschrift der USA veröffentlichte Aufsätze von Hans Kelsen, den die Nazis ins Exil getrieben hatten, wurde davon ausgegangen, daß die Niederwerfung des Nationalsozialismus nicht bloß zu einer Besetzung eines im übrigen intakt gebliebenen Staates geführt habe.<sup>8</sup> Durch die – entsprechend der Berliner Deklaration vom 5. Juni 1945<sup>9</sup> – von den Alliierten ausdrücklich übernommene oberste Staatsgewalt sei die Folge eingetreten, daß das Deutsche Reich als Staat untergegangen und an dessen Stelle ein Kondominium der

8 H. Kelsen, *The International Legal Status of Germany To Be Established Immediately upon Termination of the War*, *American Journal of Law*, Bd. 38 (1943), S. 689 ff.; ders., *The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin*, ebd. Bd. 39 (1945), S. 518 ff.

9 *Keessings Archiv der Gegenwart* 1945, S. 257.

Alliierten getreten sei. In der Tat bestand zwischen einer militärischen Besetzung, welche – der Haager Landkriegsordnung folgend – die Institutionen des besiegten Staates prinzipiell bestehen läßt, und der Übernahme sämtlicher staatlicher Funktionen – der legislativen, exekutiven und judikativen – durch die Siegermächte von 1945 eine unabwiesbare Differenz. So war es kein Zufall, daß die Interpretation Kelsens in der Völkerrechtslehre 1945/46 und im Selbstverständnis der Alliierten weithin Anklang fand,<sup>10</sup> weil sie das neue Phänomen einer über die militärische Niederkämpfung hinausgehenden Totalübernahme und Neukonstitution der bisherigen Staatsgewalt theoretisch zutreffend erfaßte. Kelsen selbst brachte die mit dieser juristischen Deutung verbundene politische Intention der Alliierten äußerst klarsichtig im Sinne einer vollständigen organisatorischen Diskontinuität zwischen der Nazi-Despotie und dem neu zu gründenden demokratischen deutschen Staat zum Ausdruck:

»Nachdem die Periode des Kondominiums beendet ist und die Souveränität Deutschlands wiederhergestellt ist, wäre Deutschland *rechtlich* ein neuer Staat. Es bestünde keine Kontinuität zwischen dem zerstörten Nazi-Staat und dem neuen demokratischen Deutschland. Die neue Konstitution des souveränen Deutschlands wäre nicht das Resultat eines konstitutionellen Wandels innerhalb der Nazi-Verfassung, sondern der Beginn eines neuen Verfassungslebens. Nur als ein Gemeinwesen, das durch keine legalen Verbindungen mit Nazi-Deutschland verknüpft ist, sollte das demokratische Deutschland in die internationalen Organisationen nach diesem Krieg eintreten.«<sup>11</sup>

Durch die Konstruktion des Untergangs des deutschen NS-Reichs waren unmittelbar die Träger des alten Staatsapparats betroffen: Indem das Rechtssubjekt Deutsches Reich wegfiel, an das die Beamtenschaft juristisch gebunden war,<sup>12</sup> wurde die Kontinuität des überkommenen Staatsapparats unwiderruflich unterbrochen. Dem entsprach die Rechtspraxis der Alliierten und der von ihnen sich herleitenden Gesetzgebung der Länder. Führende Beamte der NS-Diktatur wurden aus ihren Stellungen endgültig entlassen: zunächst etwa 53 000 Personen.<sup>13</sup> So hieß es beispielsweise in einem Beschluß des Staatsministeriums von Württemberg-Baden vom 5. Dezember 1946, der die Kontrollratsdirektive Nr. 24 vom 12. Januar 1946<sup>14</sup> ausführte:

»Beamte, die durch die Militärregierung, auf Befehl der Militärregierung oder sonst aus politischen Gründen aus ihrer Stellung entfernt worden sind, gelten nach der ausdrücklichen und verbindlichen Anweisung der Militärregierung . . . als entlassen mit der Folge des Verlusts ihrer sämtlichen Beamtenrechte.«<sup>15</sup>

<sup>10</sup> R. Stödter, Deutschlands Rechtslage, Hamburg 1948, S. 36 ff., S. 52 Anm. 42 m. w. Nachw., In Deutschland wurde diese Interpretation aufgegriffen von J. v. Kempki, Deutschland als Völkerrechtsproblem, Merkur 1947, S. 188 ff.; W. Abendroth, Die Haftung des Reiches, Preußens, der Mark Brandenburg und der Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts für Verbindlichkeiten, die vor der Kapitulation vom 8. 5. 1945 entstanden sind, Neue Justiz H. 4/5/1947, S. 73 ff.; H. Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1950, S. 7 ff.; vgl. auch die Diskussionsbeiträge von Abendroth und Nawiasky auf der Staatsrechtslehrtagung von 1954 zum Thema: Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, VVDStRL 13 (1955), S. 59 ff., S. 64 ff.

<sup>11</sup> H. Kelsen, The International Legal Status of Germany, a. a. O., (Anm. 8), S. 693, Hervorhebung von Kelsen. Zur Position von Kelsen vgl. auch die detaillierte Darstellung von B. Distelkamp, a. a. O. (Anm. 3, JuS 1980), S. 481 ff.

<sup>12</sup> Vgl. U. Scheuner, Die staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland, DÖV 1950, S. 481 ff. Von der Gegenposition ausgehend sprach Scheuner davon, »daß das Reich als Dienstherr der Reichsbeamten erhalten geblieben ist« (S. 484).

<sup>13</sup> L. Niethammer, Zum Verhältnis von Reform und Rekonstruktion in der US-Zone am Beispiel der Neuordnung des öffentlichen Dienstes, in: W. D. Narr und D. Thranhardt (Hg.), Die Bundesrepublik Deutschland. Entstehung, Entwicklung, Struktur, Königstein 1979, S. 47 ff. (52). Die Zahl bezieht sich auf die Westzonen.

<sup>14</sup> Amtsblatt des Kontrollrats 1946 Nr. 5, S. 30.

<sup>15</sup> Zit. nach W. Jellinek, Beamtenrechtliche Ansprüche entlassener Beamter in der amerikanischen Zone nach rechtskräftig abgeschlossenem Spruchkammerverfahren, DÖV 1949, S. 67.



Über die völkerrechtliche Diskontinuitätstheorie und ihre innerstaatliche Durchsetzung hinaus vollzog die alliierte Gesetzgebung den rechtlichen und politischen Bruch mit dem NS-Staat neben der Aburteilung der Kriegsverbrecher vor allem damit, die terroristische Staatspraxis im Inneren wegen der systematischen Verletzung menschenrechtlicher Kerngarantien zu ahnden. Das Ziel war, die Exekutoren despotischer Staatlichkeit nicht bloß politisch auszuschalten, sondern mit ihrer Verurteilung zivilisatorische Mindeststandards als rechtlich unaufhebbar festzuhalten. Als Instrument hierfür fungierte das Kontrollratsgesetz Nr. 10 vom 20. 12. 1945<sup>16</sup> mit dem Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit (Art. II Ziff. 1c). Sie wurden definiert als »Gewalttaten und Vergehen . . . : Mord, Ausrottung, Versklavung, Zwangsverschleppung, Freiheitsberaubung, Folterung, Vergewaltigung oder andere an der Zivilbevölkerung begangene unmenschliche Handlungen; Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen, ohne Rücksicht darauf, ob sie das nationale Recht des Landes, in welchem die Handlung begangen worden ist, verletzen.«

Die Zielsetzung der Alliierten, die Berufung auf das nationalsozialistische Rechtssystem abzuschneiden, weil es im Kern – mit den Worten von Franz Neumann – »nichts anderes war als eine Technik zur Manipulierung der Massen durch Terror«<sup>17</sup>, fand auf deutscher Seite ihre Entsprechung in Gustav Radbruchs 1946 entwickeltem Theorem vom »gesetzlichen Unrecht«. Radbruch schrieb:

»Wenn Gesetze . . . Menschenrechte . . . nach Willkür gewähren und versagen, dann fehlt diesen Gesetzen die Geltung, dann schuldet das Volk ihnen keinen Gehorsam, dann müssen auch Juristen den Mut finden, ihnen den Rechtscharakter abzusprechen.«<sup>18</sup>

Radbruch gab ähnlich wie die Aufzählung im Kontrollratsgesetz Nr. 10 Beispiele für gesetzliches Unrecht:

»Wenn die Ermordung politischer Gegner geehrt, der Mord an Andersrassigen geboten . . . wird, so ist das weder Gerechtigkeit noch Recht.« »Der Rechtscharakter fehlt . . . allen jenen Gesetzen, die Menschen als Untermenschen behandelten.«<sup>19</sup>

Die Konstruktion der »Verbrechen gegen die Menschlichkeit« und des »gesetzlichen Unrechts« entzog dem maßnahmestaatlichen NS-Recht dadurch radikal die Legitimationsgrundlage, daß dessen rechtlich bindende Qualität nicht anerkannt und so die Geltung der nazistischen Unterdrückungs- und Diskriminierungsnormen von Anbeginn außer Kraft gesetzt wurde. Damit war der Weg für eine juristische Aufarbeitung staatlich organisierter Willkür geöffnet.

Etwa Ende 1946 aber begann sich die politische Gesamtsituation in Deutschland im Zuge des Kalten Krieges zu ändern. Die von den USA dominierte Politik der Westalliierten tendierte immer stärker in Richtung auf die Restabilisierung des privaten

<sup>16</sup> Amtsblatt des Kontrollrats 1946 Nr. 3, S. 22.

<sup>17</sup> F. Neumann, *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus (1933/44)*, hrsg. von Gert Schäfer, Köln 1977, S. 530.

<sup>18</sup> G. Radbruch, *Rechtsphilosophische Besinnung (1945)*, in: ders., *Der Mensch im Recht*, 2. Aufl. Göttingen 1961, S. 106.

<sup>19</sup> Ebd.; G. Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht (1946)*, a. a. O., S. 120. Die Konsequenzen, die für Radbruch aus dieser Grundposition folgten, sind freilich ambivalent: Richter, die gesetzliches Unrecht praktizierten, begingen zwar »objektiv Rechtsbeugung« (S. 123). Ihren Vorsatz zur Rechtsbeugung zog Radbruch aber in Frageform in Zweifel: » . . . Konnten Richter, die von dem herrschenden Positivismus soweit verblendet waren, daß sie ein anderes als das gesetzte Recht nicht kannten, bei der Anwendung positiver Gesetze den Vorsatz der Rechtsbeugung haben?« (ebd.). Allerdings blieb Radbruch hierbei nicht stehen: Rechtsblindheit gegenüber gesetzlichem Unrecht schloß für ihn den Vorsatz nicht aus: Anm. zu OLG Frankfurt a. M., SJZ 1947, S. 634. Vgl. hierzu I. Müller, *Die Verwendung des Rechtsbeugungstatbestands zu politischen Zwecken*, KJ H. 2/1984, S. 120 f.

Wirtschaftssystems<sup>20</sup> und der – besonders von Fraktionen der amerikanischen Industrie von 1947 an propagierten – schrittweisen Beendigung der entnazifizierenden Ausschaltung der ökonomischen und administrativen Oberschichten,<sup>21</sup> auch wenn die anglo-amerikanischen Besatzungsmächte am Programm einer – schließlich gescheiterten – demokratischen Strukturreform des öffentlichen Dienstes noch länger festhielten.<sup>22</sup> So bekamen die Interessen der einstigen staatlichen Funktionsträger des Dritten Reiches im gesellschaftlichen Kräftespiel wieder ein größeres Gewicht.<sup>23</sup> Entsprechend wurde das rechtswissenschaftliche Denken in den Kategorien der fundamentalen Diskontinuität zwischen dem Staatsapparat der NS-Diktatur und der neu konstituierten Demokratie in wesentlichen Bereichen in die Defensive gedrängt.

Für die Charakterisierung des Rechtssystems unter dem Nationalsozialismus wurde – übereinstimmend mit dem nun in den Vordergrund rückenden liberalkonservativen Flügel der amerikanischen Regierung<sup>24</sup> – die legitimatorische Generalthese entwickelt, daß sowohl die Justiz als auch die juristischen Interpretationseliten der NS-Diktatur keine Verantwortung für die terroristische Struktur des Regimes trügen, sondern allein die engere politische Führung.

Repräsentativ für das herrschende Bewußtsein der damaligen Rechtswissenschaft verfocht Eberhard Schmidt zusammen mit anderen Autoren auf dem Godesberger Juristentag von 1947 diese These. Mit starker Betonung erklärte er – der Satz ist in der Druckfassung kursiv gesetzt –:

„... Nicht die Justiz, sondern ganz allein der Gesetzgeber hatte die Fahne des Rechts verlassen. Und mit der Verantwortung für die Folgen dürfen heute weder Rechtslehre noch Justiz beladen werden, da diese ganz allein den um jeden rechtlichen Halt gekommenen Gesetzgeber trifft.“<sup>25</sup>

In die gleiche Richtung zielte die – nach dem Tagungsprotokoll ausdrücklich mit Beifall aufgenommene – Bemerkung des Nordrhein-Westfälischen Justizministers Sträter auf dem Konstanzer Juristentag von 1947:

„Es darf nicht vergessen werden, daß ein großer Teil der Richter eine schwere Aufgabe erfüllt hat, er hat den Versuch gemacht, das Recht gegen die Gewalthaber zu schützen. In seiner überwiegenden Mehrheit hat der deutsche Richter vor Hitler nicht kapituliert.“<sup>26</sup>

20 E. Schmidt, *Die verhinderte Neuordnung*, Frankfurt a. M. 1970, S. 130 ff.; D. Winkler, a. a. O. (Anm. 6) macht auf wichtige Gegen Tendenzen innerhalb der amerikanischen Regierung – vor allem im Außenministerium – aufmerksam, die sich allerdings gegenüber der prokapitalistischen Politik des Militärgouverneurs der USA, Lucius D. Clay, nicht durchzusetzen vermochten.

21 L. Niethammer, *Die Mitläuferfabrik. Die Entnazifizierung am Beispiel Bayerns*, 2. Aufl., Berlin 1982, S. 486 ff.

22 W. Benz, *Versuche zur Reform des öffentlichen Dienstes in Deutschland 1945–1952*, Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte H. 2/1983, S. 236 ff.

22a Vgl. die eindringliche, zeitgenössische Schilderung dieses Prozesses durch den seit 1946 im hessischen Justizministerium tätigen sozialdemokratischen Ministerialdirektor K. Oppler, in: H. Grebing (Hg.), *Lehrestücke in Solidarität. Briefe und Biographien deutscher Sozialisten 1945–1949*, Stuttgart 1983, S. 290 ff.

23 L. Niethammer, a. a. O. (Anm. 21), S. 34 ff., S. 490.

24 E. Schmidt, *Unabhängigkeit der Rechtspflege*, in: Tagung Deutscher Juristen Bad Godesberg 30. September/1. Oktober 1947. Reden und Vorträge, Hamburg 1947, S. 231; ebenso: E. Niethammer, *Der Kampf um die Wahrheit im Strafverfahren*, a. a. O., S. 196: „Die weit überwiegende Mehrzahl der deutschen Richter versah ... ohne sich vom rechten Weg ablenken zu lassen, das richterliche Amt auch fernerhin pflichtbewußt und treu im reinen Streben nach Wahrheit und Gerechtigkeit. Das traf auch auf Richter zu, die in besonderen Gerichten über verbrecherische staatsfeindliche Betätigungen oder staatsgefährliche Bestrebungen zu urteilen hatten.“ E. Schmidt behielt seine unkritische Bewertung der Rolle der Justiz im Dritten Reich im wesentlichen bei: E. Schmidt, *Lehrkommentar zur StPO und zum GVG*, 2. Aufl. Göttingen 1964, Rdnr. 494 Anm. 329.

25 Sträter, Diskussionsbeitrag, in: *Der Konstanzer Juristentag*, 2.–5. Juni 1947, Tübingen 1947, S. 181.

Was für die Justiz unterstellt wurde, das galt aus dieser Sicht für den gesamten Beamtenapparat des Dritten Reiches. In einer schon 1946 weitgehend abgeschlossenen, aber erst 1949 veröffentlichten Schrift behauptete einer der führenden konservativen Beamtenrechtler, Carl Heyland, daß die Beamten unabhängig von der jeweils geltenden demokratischen oder diktatorischen Verfassung allein der sogenannten »Staatsidee« gedient hätten. Derart wurde ihre Rolle im NS-Staat unangreifbar, weil sie mit der politischen Diktatur vorgeblich nichts zu tun hatten:

»Das Aufgehen in der über den Parteien stehenden Staatsidee hat dem deutschen Beamten die Kraft verliehen, unter jedem in Deutschland herrschenden politischen System, in der absoluten und konstitutionellen Monarchie, in der demokratisch-parlamentarischen Republik wie im nationalsozialistischen Führerstaat in vorbildlicher Pflichterfüllung und Selbstlosigkeit zu dienen.«<sup>26</sup>

Wenn man sich die Entfernung von Sozialdemokraten, Freimaurern, Liberalen und Juden aus dem Staatsdienst, die exzeßhafte Anwendung der Hochverratsbestimmungen gegen die politische Opposition, die Durchsetzung der Repressionsnormen des NS-Arbeitsrechts und die Instrumentierung der gegen die Juden gerichteten Diskriminierungsgesetze vor Augen führt,<sup>27</sup> wird deutlich, daß Beamtenschaft, Justiz und die ihr interpretierend zuarbeitende Rechtswissenschaft ein wesentlicher Faktor für die Aufrechterhaltung der nationalsozialistischen Herrschaftsbeziehungen waren. Aus dem eben diese Realität verleugnenden ideologischen Selbstbild der juristischen Trägerschichten des Dritten Reiches ergab sich aber konsequent, die judikativen Institutionen und die juristischen Interpretationseliten, die mit dem nazistischen Terrorzusammenhang ja nichts zu tun gehabt hätten, auch unversehrt bestehen zu lassen.

Der legitimatorischen Abtrennung des Staatsapparats von der NS-Führung korrespondierten juristische Theorien, die nun positiv eine Brücke für die Begründung der Kontinuität der staatlichen Funktionsträger des Dritten Reiches konstruierten. Gegen die 1945 noch dominierende These vom Untergang des Deutschen Reiches als Rechtssubjekt bildete sich parallel zur Umorientierung der westalliierten Deutschlandpolitik eine starke Gegenbewegung heraus, in der die bis heute fast unangefochten herrschende Identitätstheorie entwickelt wurde. Diese Theorie, die 1948 wesentlich von Rolf Stödter, aber auch von Wilhelm Grewe und Erich Kaufmann ausgearbeitet wurde,<sup>28</sup> hatte ihren Kern darin, die Existenz des deutschen Staates im »ethisch-politischen Sinne« zu behaupten, unabhängig von einer ihn auch tragenden Rechtsordnung.<sup>29</sup> Angesichts dieses vornormativen, metaphysischen Staatsbegriffs konnte die Übernahme sämtlicher staatlicher Funktionen und der Rechtsordnung

<sup>26</sup> C. Heyland, *Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen Staat*, Berlin 1949, S. 33. Diese Sicht der Rolle der Beamten im Dritten Reich fand sich zu Beginn der 50er Jahre auch beim Bundesgerichtshof: s. BGHZ 13, S. 296: »Das Beamtentum [hat] . . . Funktionen, die der Staat als solcher immer übt und die weitgehend unabhängig sind von seiner wechselnden Erscheinungsform und den in diesem Wechsel sich ausdrückenden politischen Kräften«.

<sup>27</sup> Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. April 1933, RGBl I, S. 175; Parisius, *Reichsstrafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, 6. Aufl. Berlin 1944, S. 376; Kohlrausch-Lange, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen und Erläuterungen*, 37. Aufl. Berlin 1941, S. 242 Anm. 4; Th. Blanke, R. Erd, U. Mückenberger, U. Stascheit (Hg.), *Kollektives Arbeitsrecht. Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland* Bd. 2, Hamburg 1975, S. 95 ff.; R. Wahsner, *Faschismus und Arbeitsrecht*, in: U. Reifner (Hg.), *Das Recht des Unrechtsstaats*, Frankfurt 1981, S. 86 ff.; H. Robinsohn, *Justiz als politische Verfolgung. Die Rechtsprechung in »Rasseschandefällen« beim Landgericht Hamburg 1936–1943*, Stuttgart 1977; A. v. Brünneck, *Die Justiz im deutschen Faschismus*, in: Redaktion *Kritische Justiz* (Hg.), *Der Unrechts-Staat I*, 2. Aufl. 1983, S. 108 ff.

<sup>28</sup> R. Stödter, a. a. O. (Anm. 10); W. Grewe, *Ein Besatzungsstatut für Deutschland*, Stuttgart 1948; E. Kaufmann, *Deutschlands Rechtslage unter der Besatzung*, Stuttgart 1948. Zur Formierung der Identitätstheorie vgl. eingehend B. Distelkamp, a. a. O. (Anm. 3, JuS 1980), S. 483 f.

<sup>29</sup> R. Stödter, a. a. O., S. 42.

durch die Alliierten nicht zu Buche schlagen. Stödter scheute sich nicht, seinen außerrechtlichen Staatsbegriff, durch den zumal die demokratische Rechtsordnung als Konstituens des Staates außer Betracht bleibt, u. a. durch den Rückgriff auf einen führenden nationalsozialistischen Verfassungsrechtler zu begründen. Er rekurrierte auf eine Formulierung von Otto Koellreutter, demzufolge ein Staat so lange besteht, als die ihm »zugrunde liegende Volksgemeinschaft sich behauptet«.<sup>30</sup> Entsprechend interpretierte Stödter die Niederlage des NS-Reiches zu einer bloß militärischen um, die politisch folgenlos sei: »Nicht das Deutsche Reich, sondern die deutsche Wehrmacht hat im Mai 1945 bedingungslos kapituliert.«<sup>31</sup> Die Übernahme der exekutiven, legislativen und judikativen Gewalt durch die Alliierten verwandelte sich so in eine rechtlich bedeutungslose Äußerlichkeit. Die Fiktion einer weiterbestehenden, auf Volk und Reich gegründeten deutschen Staatsgewalt spitzte Stödter zu der These zu, daß das deutsche Volk – entgegen der Realität alliierter Souveränität – die Staatsgewalt weiter innehatte, jedoch aktuell nicht ausüben könne.<sup>32</sup> Mit dieser Vorstellung wurde die Neukonstitution der gesamten rechtlichen Ordnung des deutschen Staates durch die Alliierten ihrer einschneidenden Wirksamkeit beraubt. Die Folge war, daß die rechtlichen Beziehungen zwischen dem deutschen Staat als Rechtssubjekt und seinen personellen Trägern 1945 nicht unterbrochen waren.<sup>33</sup> So konnte die Fortexistenz des von den Nationalsozialisten strukturierten Staatsapparats legitimiert werden – mit der bemerkenswerten zusätzlichen Konsequenz, daß die Säuberung des öffentlichen Dienstes von Republikanern durch die Regierung Hitler de facto mit sanktioniert wurde.

Unter den »Vätern« des Grundgesetzes vertrat noch eine Minderheit die These, daß der deutsche Staat 1945 als Rechtssubjekt untergegangen sei. »... Auf dem Herrenchiemseer Konvent haben sich«, berichtete Carlo Schmid zusammenfassend, »eine Reihe von Ländern auf den Standpunkt gestellt: Es gibt keinen deutschen Staat mehr, er muß neu konstituiert werden, und zwar durch Verträge der Länder.«<sup>34</sup> Die Mehrheit des Herrenchiemseer Verfassungskonvents und des Parlamentarischen Rates ging jedoch von der Ansicht aus, daß der deutsche Staat über 1945 hinaus existiere und lediglich reorganisiert werden müsse. Wie weit dabei die implizite Stoßrichtung der Identitätstheorie, den alten Staatsapparat rechtlich weiterbestehen zu lassen, von führenden sozialdemokratischen Verfassungsjuristen wie Carlo Schmid tatsächlich erkannt worden ist, mag bezweifelt werden.<sup>35</sup> Daß aber gerade diese Stoßrichtung hinter der Identitätstheorie stand, konnte an dem Affekt abgelesen werden, mit dem ein Vertreter der Identitätstheorie, Günter Krauss, 1954 die Anhänger der Diskontinuitätstheorie ausgrenzte:

30 A. a. O., S. 46. Zur Position von Otto Koellreutter vgl. ders., *Vom Sinn und Wesen der nationalen Revolution*, Tübingen 1933.

31 R. Stödter, a. a. O., S. 52. Daß sich die politischen und rechtlichen Konsequenzen der Kapitulation vom 8. Mai 1945 sich nicht lediglich auf die militärische Führung Deutschlands bezogen, ging aus der Berliner Erklärung der Alliierten vom 5. Juni 1945 eindeutig hervor: »Die vier alliierten Regierungen übernehmen hiermit in allen Deutschland betreffenden Angelegenheiten die oberste Autorität, einschließlich aller Machtvollkommenheiten, die der deutschen Regierung, dem Oberkommando der Wehrmacht und allen staatlichen, städtischen oder örtlichen Regierungen oder Behörden zustehen.« Keesings Archiv der Gegenwart 1945, S. 257.

32 R. Stödter, a. a. O., S. 48.

33 U. Scheuner, a. a. O. (Anm. 12).

34 C. Schmid, Rede anlässlich des 15. Jahrestages der Verkündung des Grundgesetzes, Das Parlament v. 10. Juni 1964, zit. nach W. Euchner, *Der permanente Selbstbetrug. Zur Deutschlandpolitik der Bundesregierung*, in: C. Nedelmann und G. Schäfer (Hg.), *Politik ohne Vernunft*, Reinbek 1965, S. 33; vgl. auch H. Nawiasky, a. a. O. (Anm. 10), S. 10 f.

35 Vgl. C. Schmid, *Erinnerungen*, Bern 1979, S. 338 f.; Schmid reflektierte nicht die politische Funktion der Identitätstheorie.

»Die deutsche Staatsrechtlehre [hat] den Fortbestand des deutschen Staates mit einer Art moralischen Einstimmigkeit verteidigt«; »Staatsrechtslehrer, die sich ... nicht in Deutschland befanden, ... können in der Frage der moralischen Einstimmigkeit der deutschen Staatsrechtslehre nicht mitgezählt werden.«<sup>36</sup>

Diese Form der »wissenschaftlichen« Ausbürgerung zielte vor allem auf den in den USA lebenden Hans Kelsen, der den rechtlichen Bruch zwischen der Staatsgewalt der NS-Despotie und der neu zu gründenden Demokratie unverrückbar zu markieren versuchte. Das politische Kernmotiv der Identitätstheorie trat damit unverhüllt ans Licht.

Im notwendigen Zusammenhang mit der sich nun durchsetzenden Identitätstheorie wurde die 1945/46 erfolgte Entlassung erheblicher Teilgruppen des Beamtenkorps der NS-Diktatur in eine bloß zeitweilige Suspension umgedeutet, die den Kern des Beamtenverhältnisses unangetastet gelassen habe.<sup>37</sup> Die sogenannte Suspensionstheorie – im Eigeninteresse der Beamten entwickelt – schloß direkt an die Identitätstheorie an. Die Maßnahmen der Alliierten gegen die Beamten wurden an der allein für eine Besetzung, nicht aber für die Übernahme des staatlichen Ordnungsgefüges geltenden Haager Landkriegsordnung gemessen, derzufolge lediglich Amtssuspensionen, keinesfalls aber die echte Entlassung nicht genehmer Beamten des okkupierten Staates gestattet sind.<sup>38</sup> Haltbar wäre dieses Argument nur, wenn die Alliierten, anders als in ihrer Erklärung vom 5. Juni 1945 über die Übernahme der »obersten Autorität«<sup>39</sup>, die deutsche Staatsgewalt prinzipiell bestehen gelassen hätten. Angetrieben aber durch die der eindeutigen Praxis der Alliierten entgegengesetzte politische Option, daß es zur Ausschaltung des nationalsozialistischen Einflusses nur Entlassungen im tatsächlichen Sinne bedürfe, nicht aber der Aberkennung der Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis,<sup>40</sup> wurde der Wortlaut der Kontrollratsdirektive Nr. 24 vom 12. 1. 1946 – »Personen, die aus öffentlichen Ämtern entfernt werden, haben keinen Anspruch auf Ruhegehälter oder andere Beamtenrechte« (Art. 2 Ziff. 7 Abs. 2)<sup>41</sup> – ins Gegenteil verkehrt. Heyland gab dieser Bestimmung eine ihre Intention durchkreuzende Fassung, die den Verlust der Beamtenrechte befristete: »Personen, die aus öffentlichen Ämtern entfernt werden, werden während ihrer Entfernung keinen Anspruch auf Ruhegehälter oder andere Beamtenrechte haben.«<sup>42</sup>

Gestützt durch die Suspensionstheorie konnte in der auslaufenden Entnazifizierung, die nach einem Wort von Franz Neumann tendenziell in eine »Renazifizierung«<sup>43</sup> mündete, die Wiedereinstellung der einst entlassenen Beamten durchgesetzt werden:

36 G. Krauss, Die Verfassung Deutschlands 1945–1954, DÖV 1954, S. 580, Anm. 10. Weniger grob, aber mit einer ähnlichen Zielrichtung bezog Hans Peter Ipsen in einer knappen Bemerkung gegen Kelsens Diskontinuitätsthese Stellung: Stödter habe mit seinem Werk: Deutschlands Rechtslage (Anm. 10) »eine deutsche politische Tat vollbracht« – als sei die Ansicht von Kelsen gleichsam »undeutsch«. Ipsen fuhr fort: »Noch vor Erich Kaufmann und Wilhelm Grewe hat er [Stödter] die besatzungspolitisch wesentliche und insbesondere in den Vereinigten Staaten von Hans Kelsen verbreitete These vom Kapitulationsuntergang des Deutschen Reiches widerlegt.« H. P. Ipsen, Ein Hamburger Leben für Wirtschaft und Wissenschaft, Festschrift f. R. Stödter, Hamburg 1979, S. XVI.

37 Vgl. die Darstellung von M. Kirn, a. a. O. (Anm. 3).

38 C. Heyland, Die Rechtsstellung der entfernten, erfolgreich entnazifizierten Beamten, DÖV 1950, S. 326 f.

39 S. o. Anm. 9.

40 N. Wahl, Beamtenrechtliche Ansprüche entlassener Beamter in der amerikanischen Zone nach rechtskräftig abgeschlossenen Spruchkammerverfahren, DÖV 1949, S. 22.

41 S. o. Anm. 14.

42 C. Heyland, a. a. O. (Anm. 38), S. 325.

43 F. Neumann, Militärregierung und Wiederbelebung der Demokratie in Deutschland (1948), in: ders., Wirtschaft, Staat, Demokratie, Aufsätze 1930–1954, hrsg. von A. Söllner, Frankfurt a. M. 1978, S. 324.

Von 53 000 in den Westzonen Entlassenen kehrten knapp 52 000 in den öffentlichen Dienst zurück.<sup>44</sup>

Das Bundesverfassungsgericht, das in seiner personellen Zusammensetzung so gut wie keine Verbindung zu den juristischen Funktionseliten des Dritten Reiches besaß,<sup>45</sup> nahm in den Beamtenentscheidungen der 50er Jahre die Diskontinuitätstheorie, zu der es freilich formell nicht Stellung bezog, der Sache nach auf.<sup>46</sup> Da die Beamtenschaft integraler Bestandteil der NS-Diktatur gewesen war, erklärte das Bundesverfassungsgericht deren Rechte mit dem 8. Mai 1945 für erloschen.<sup>47</sup> Die praktische Wirkung dieser Entscheidungen war allerdings gering, da die Inkorporation des alten Beamtenapparats schon fast vollständig abgeschlossen war. Immerhin erschütterte das Bundesverfassungsgericht die Legitimationsgrundlagen der an die Identitätstheorie gebundenen restaurativen Beamtenrechtsdoktrin.

## II. Anerkennung von NS-Gewaltpraxis als Recht

Parallel zur legitimatorischen Rekonstruktion des alten, einst der NS-Diktatur dienenden Staatsapparats bildeten sich Argumentationslinien dafür aus, die Ahndung der Verbrechen dieses Staatsapparats zu beschränken. Verfolgen lässt sich dies an der Kritik an dem im Kontrollratsgesetz Nr. 10 kodifizierten Tatbestand des Verbrechens gegen die Menschlichkeit, der Ablehnung der Haftung von Richtern für ihre Tätigkeit im Dritten Reich und der Exkulpation der zu Tötungshelfern des Staates gewordenen »Euthanasie«-Ärzte.

Unterstützt durch ein Gutachten von Eberhard Schmidt<sup>48</sup> entwickelte der Präsident des OLG Celle, Hodo v. Hodenberg, 1947 eine Argumentation, durch die die Geltung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 mit der Begründung in Frage gestellt wurde, diese Norm, die ausdrücklich auch rückwirkende Geltung beansprucht, verstoße gegen den rechtsstaatlichen Grundsatz *nulla poena sine lege*.

Diese Regelung führe zu einem »Rückfall« in das Rechtsdenken des Dritten Reiches:

»... An die Stelle des den Richter bindenden Gesetzes [wird] – genau wie in der Nazi-Zeit – das »gesunde Rechtsgefühl der Volksgemeinschaft« gesetzt.« Damit werde »der Grundsatz der Nazi-Zeit« realisiert, »daß der Schutz der Volksgemeinschaft den unbedingten Vorrang vor den Belangen des Individuums ... zu beanspruchen habe.«<sup>49</sup>

Diese Argumentation richtete sich mindestens implizit auch gegen Radbruchs Theorem vom gesetzlichen Unrecht, das die formelle technische (Un)Rechtsgeltung im nachhinein am Maßstab menschenrechtlicher Kerngarantien zu messen suchte.

44 L. Niethammer, a. a. O. (Anm. 13). Ein markantes Beispiel für die wiederhergestellte Kontinuität der staadischen Funktionseliten der NS-Diktatur war die Person von Hans Globke, Staatssekretär im Bundeskanzleramt unter Konrad Adenauer, zuvor Ministerialrat im Reichsinnenministerium und führend beteiligt an der juristischen Diskriminierung der Juden. Vgl. G. Petersen und N. Schirmacher, Die Rekonstruktion des Beamtenapparats der Bundesrepublik Deutschland und die Rolle des Staatssekretärs im Bundeskanzleramt Hans Globke, Magisterarbeit, Universität Hannover 1984.

45 J. Feest, a. a. O. (Anm. 1), S. 104 f.

46 Zutreffend sieht dies in seiner Kritik an der Entscheidung des BVerfG: E. Forsthoff, Das Bundesverfassungsgericht und das Berufsbeamtentum, DVBl. 1954, S. 69.

47 BVerfGE 3, S. 58 ff. und BVerfGE 6, S. 132 ff. Zur Analyse s. auch M. Kirn, a. a. O. (Anm. 3).

48 M. Broszat, Siegerjustiz oder strafrechtliche »Selbstreinigung«. Aspekte der Vergangenheitsbewältigung der deutschen Justiz während der Besatzungszeit 1945–1949, Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte, H. 4/1981, S. 477 ff. (512). Broszat liefert eine detaillierte Analyse der Auseinandersetzungen um das Kontrollratsgesetz Nr. 10 in der Justiz der britischen Zone (S. 516 ff.).

49 H. v. Hodenberg, Zur Anwendung des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 durch deutsche Gerichte, SJZ 1947, Sp. 120.

Dabei verkannte v. Hodenberg, der die Auffassung weiter Teile der Justiz und der überwiegenden Mehrheit der Strafrechtslehrer repräsentierte,<sup>50</sup> daß das Rückwirkungsverbot auf eine funktionierende rechtsstaatliche Ordnung bezogen ist,<sup>51</sup> durch die die Individuen vor unberechenbaren Strafansprüchen der öffentlichen Gewalt geschützt werden sollen. Das Schutzobjekt des Rückwirkungsverbots wurde vertauscht. Nicht mehr die autonomen Individuen, sondern die Träger terroristischer Staatsgewalt wurden sein Bezugspunkt. Damit aber veränderte das Rückwirkungsverbot seine liberale Aufgabenstellung. Es sicherte nicht mehr die staatsfreie Sphäre der Individuen, sondern die unangreifbare Geltung der Diskriminierungs-Legalität des nationalsozialistischen Staatsapparats. Indem das Rückwirkungsverbot ohne Einschränkung auf eine öffentliche Gewalt bezogen wurde, die sich selbst strukturell außerhalb rechtsstaatlicher Schranken bewegte und selbst den Grundsatz *nulla poena sine lege* als Eingrenzung ihrer Strafverfolgungsbefugnis verwarf,<sup>52</sup> verkehrte sich seine rechtsstaatliche Funktion ins Gegenteil. Es wurde in den Bereichen, die das Kontrollratsgesetz Nr. 10 über die Strafdrohungen des deutschen StGB hinaus zu poenalisieren suchte, zum Garanten der sanktionsfreien Willkür-Staatsgewalt des NS-Systems. Die »Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen« (Kontrollratsgesetz Nr. 10), die etwa mit der Hochverratsjudikatur oder der Anwendung der Nürnberger Rassegesetze betrieben wurde,<sup>53</sup> konnte der Ahndung entzogen werden. Die Schlußfolgerung lag auf der Hand: Nur wenn das Rückwirkungsverbot gegenüber einem terroristischen Staatsapparat, der es grundsätzlich mißachtete, für menschenrechtliche Kerngarantien formell durchbrochen wurde, konnte es seine eigentliche Funktion, die öffentliche Gewalt an Strafezzessen gegenüber den Individuen zu hindern, auch wirklich erfüllen.<sup>54</sup>

Die Grundposition, die Ahndung von staatlich praktiziertem gesetzlichen Unrecht unter Berufung auf das Rückwirkungsverbot auszuschließen, bezog Helmut Coing in einem richtungsweisenden Aufsatz von 1947 auf das Problem der Haftung von Richtern für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze.<sup>54</sup> Coing erklärte, daß Richter für eine Anwendung derartiger Gesetze nicht zur Rechenschaft gezogen werden dürften. Um eine strafrechtliche Haftung für die Träger der NS-Justiz auszuschließen, berief sich Coing auf die Funktion des Satzes *nulla poena sine lege*, die Macht des Gesetzgebers »im Interesse der Freiheit«<sup>55</sup> zu begrenzen – ohne zu bedenken, daß damit nicht etwa die Freiheit des autonomen Individuums, sondern die Willkürfreiheit des NS-Staatsapparats positiv geschützt wurde. Die nachträgliche Generallegitimation des Richters des NS-Staates, dem zugute gehalten wird, »daß er in unmittelbare(m) Gehorsam gegen das Gesetz gehandelt hat«,<sup>56</sup> trat als Motiv von

<sup>50</sup> M. Broszat, a. a. O. (Anm. 48), S. 522.

<sup>51</sup> Vgl. A. Arndt, Das Verbrechen der Euthanasie, in: Der Konstanzer Juristentag, a. a. O. (Anm. 25), S. 199.

<sup>52</sup> Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935, RGBl. I, S. 839.

<sup>52a</sup> S. Anm. 27.

<sup>53</sup> Vgl. dazu auch G. Radbruch, Zur Diskussion über die Verbrechen gegen die Menschlichkeit, SJZ 1947, Sp. 131 ff. Radbruch führte den Gegnern des Kontrollratsgesetzes Nr. 10 die Konsequenz ihres Denkens eindrücklich vor Augen: »Will man ernstlich die Folgerung ziehen, auch die unter dem Namen Euthanasie verborgenen Anstaltsmorde deshalb strafflos zu lassen, weil sie auf einem Geheimbefehl Hitlers beruhen...? ... Man würde durch die Ablehnung, das Gesetz Nr. 10 rückwirkend anzuwenden, den ganzen Sinn dieses Gesetzes mißdeuten und zerstören.« (Sp. 134).

<sup>54</sup> H. Coing, Zur Frage der strafrechtlichen Haftung der Richter für die Anwendung naturrechtswidriger Gesetze, SJZ 1947, Sp. 61 ff.

<sup>55</sup> A. a. O., Sp. 63.

<sup>56</sup> Ebd. Im Unterschied zu Coing blieb Radbruch nicht bei dieser Rechtfertigungsthese stehen. Zwar meinte er, »der Positivismus mit seiner Überzeugung ›Gesetz ist Gesetz‹ habe »den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts« (Gesetzliches Unrecht, a. a. O., Anm. 19, S. 118). Zugleich aber entzog er einer Berufung auf das Terror-Recht des



Coings Argumentation zu Tage: Die Anwendung der Hochverratsbestimmungen, bei der sich die rechtsstaatliche Schranken niederreißende, vielfach mörderische Qualität der NS-Rechtspraxis besonders eindringlich zeigte,<sup>56a</sup> rechtfertigte er mit der Bemerkung, es sei »zu berücksichtigen, daß es nicht möglich ist, eine bestimmte Staatsform als absolut gerecht zu deduzieren.«<sup>57</sup> Durch diesen unzulässigen Umkehrschluß und der damit ausgesprochenen Unterstellung, die NS-Justiz habe sich im Rahmen der allgemeinen und unvermeidlichen Abweichung vom Ideal bewegt, entzog Coing einer juristisch folgenreichen Verwerfung der nationalsozialistischen Hochverratsrechtsprechung den Boden. So wurde die spezifische Qualität des politischen NS-Rechts, als Instrument des technischen Terrors gegen die Opposition zu fungieren, zum Verschwinden gebracht.<sup>58</sup>

Weniger subtil als Coing, aber mit gleichem Ergebnis ging ein OLG-Rat aus Celle, Robert Figge, bereits 1947 zur direkten Rechtfertigung der NS-Justiz über. Er zog die nationalsozialistische Ideologie als positive Begründung für die Justizpraxis des Dritten Reiches heran. In einer bösen Umkehrung verwandelten sich damit die Verbrechen gegen die Menschlichkeit in Akte der Menschlichkeit:

»Der Richter, der den Nationalsozialismus unterstützte, konnte . . . u. U. des Glaubens sein, einer Humanität zu dienen . . . Sollte man es dem deutschen Richter wirklich verübeln, wenn er glaubte, in politischen Prozessen einer guten Sache, einer höheren Humanität zu dienen?«<sup>59</sup>

Die Tendenz in der Rechtslehre, die Durchbrechung des menschenrechtlichen Kernbereichs durch die NS-Diktatur der Ahndung für unzugänglich zu erklären, konnte

NS-Regimes die Grundlage: » . . . Von vornherein [war] ausgesprochen, daß das nationalsozialistische Recht sich der wesensbestimmenden Anforderung der Gerechtigkeit, der gleichen Behandlung des Gleichen, zu entziehen gewillt war. . . . Infolgedessen entbehrte es . . . der Rechtsnatur, ist nicht etwa unrichtiges Recht, sondern überhaupt kein Recht.« (S. 120). – Freilich kann die These, daß der Positivismus und nicht etwa ihre autoritären Wertvorstellungen die Richter im NS-Regime »wehrlos« gemacht habe, längst nicht mehr aufrechterhalten werden. Vgl. nur B. Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung*, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1973; I. Maus, *Bürgerliche Rechtstheorie und Faschismus*, München 1976, S. 37 ff.; H. Wrobel, *Die Anfechtung der Rassenmischehe*, KJ H. 4/1983, S. 349 ff.; H. Rottluthner, *Substantieller Dezisionismus. Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus*, in: ders. (Hg.), *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 18, Wiesbaden 1983, S. 20 ff.

56a Parisius, a. a. O.; Kohlrausch-Lange, a. a. O. (Anm. 27); R. Schmid, *Einwände*, Stuttgart 1965, S. 236.

57 Coing, a. a. O., Sp. 64. Politischen Diskriminierungen durch Verwaltungsakte des NS-Staates hielt Coing ebenfalls für rechtsgültig. Allerdings fügte er einschränkend hinzu, daß derartige Maßnahmen nicht schlechthin für wirksam erklärt werden dürften, weil sonst Widerstand gegen sie »mit dem Makel der Rechtswidrigkeit« belegt würde. OLG Saarbrücken DRZ 1947, m. Anm. v. H. Coing, S. 342 f., s. hierzu M. Stollis, a. a. O. (Anm. 3), S. 404.

58 Die Konsequenz dieses Denkens trat in der Rechtsprechung des BGH zu Todesurteilen gegen Widerstandskämpfer zu Tage: Am 19. Juni 1956 sprach der BGH den Vorsitzenden Richter, Dr. Thorbeck, der am 8. April 1945 im KZ-Flossenbürg das färcenhafte Standgerichtsverfahren u. a. gegen Dietrich Bonhoeffer geleitet hatte, frei: »Ausgangspunkt ist das Recht des Staates auf Selbstbehauptung. In einem Kampf um Sein oder Nichtsein sind bei allen Völkern von jeher strenge Gesetze zum Staatsschutz erlassen worden. Auch dem nationalsozialistischen Staat kann man nicht ohne weiteres das Recht absprechen, daß er solche Gesetze erlassen hat. . . . Einem Richter, der damals einen Widerstandskämpfer wegen seiner Tätigkeit in der Widerstandsbewegung abzuurteilen hatte und ihn in einem einwandfreien Verfahren für überführt erachtete, kann heute in strafrechtlicher Hinsicht kein Vorwurf gemacht werden, wenn er angesichts der Unterworfenheit unter die damaligen Gesetze nicht der Frage nachging, ob dem Widerstandskämpfer etwa der Rechtfertigungsgrund des übergesetzlichen Notstands unter dem Gesichtspunkt eines höheren, den Strafdrohungen des staatlichen Gesetzes vorausliegenden Widerstandsrechts zur Seite stehe, sondern glaubte, ihn des Hoch- und Landesverrats . . . schuldig erkennen und deswegen zum Tode verurteilen zu müssen.« Die Entscheidung ist abgedruckt in: *Justiz und NS-Verbrechen*, Bd. XIII, hrsg. von C. F. Rüter u. a., Amsterdam 1975, S. 344 ff. (352); in der amtlichen Sammlung ist sie nicht enthalten. Zur eingehenden Analyse und Kritik der Rechtsprechung des BGH, derzufolge die Todesurteile gegen anti-nazistische Widerstandskämpfer rechtlich prinzipiell gültig seien, s. G. Frankenberg und F. J. Müller, *Juristische Vergangenheitsbewältigung. Der Volksgerichtshof vorm BGH*, KJ H. 2/1983, S. 145 ff.; vgl. auch I. Müller, a. a. O. (Anm. 19), S. 119 ff.; G. Spendel, *Rechtsbeugung durch Rechtsprechung*, Berlin 1984; zum Prozeß gegen Thorbeck s. H. Kramer, *Filme zur NS-Justiz*, KJ H. 3/1984, S. 305 f.

59 R. Figge, *Die Verantwortlichkeit des Richters*, SJZ 1947, Sp. 182.

an der juristischen Bewertung der Praxis der in die staatliche Vernichtungsmaschinerie eingebundenen »Euthanasie«-Ärzte konkreter verfolgt werden. Waren zunächst »Euthanasie«-Ärzte, wesentlich gestützt auf Radbruchs Argumentation von der Unverbindlichkeit naturrechtswidriger, das Recht auf Leben beseitigender staatlicher Befehle, wegen ihrer Beteiligung am Anstaltsmord verurteilt worden,<sup>60</sup> so bildete sich unter der Führung von Hans Welzel und Eberhard Schmidt wiederum eine Gegenströmung heraus, durch die die »Euthanasie«-Ärzte vom Vorwurf schuldhaften Handelns entlastet werden konnten.

Welzel baute jenen Ärzten, die am staatlichen Tötungsmechanismus teilhatten, mit einer Erwägung eine goldene Brücke, die aus seiner schon damals voll entwickelten Irrtumslehre folgte.<sup>61</sup> Die Konstruktion, daß ein Täter bei einem unvermeidbaren Verbotsirrtum schuldlos gestellt werden kann, fand ihr soziales Substrat in der Exkulpation von Ärzten, die am Anstaltsmord beteiligt waren: Sie hätten, argumentierte Welzel, zwar tatbestandsmäßig und rechtswidrig, aber möglicherweise schuldlos gehandelt, weil sie subjektiv an die Rechtmäßigkeit des nationalsozialistischen Tötungsbefehls glaubten.<sup>62</sup> Zur Begründung griff Welzel auf die spätscholastische Moralthologie zurück, die »für Euthanasie i. e. S. (die Sterbehilfe) die Möglichkeit eines unüberwindbaren, schuldlosen Verbotsirrtums anerkannt« habe. Daher könne, entgegen der zunächst vom OLG Frankfurt a. M. entwickelten, auf Radbruchs Begriff des gesetzlichen Unrechts fußenden Rechtsprechung, in der »Frage der Zulässigkeit der Vernichtung lebensunwerten Lebens von einer . . . naturrechtlichen Evidenz keine Rede sein.«<sup>63</sup> Mit dieser Argumentation ebnete Welzel die Fundamentaldifferenz zwischen einer individuellen Sterbehilfe, bei der der Sterbende als Subjekt respektiert wird, und der planmäßigen staatlichen Ermordung psychisch Kranker vollständig ein. Nur durch die apologetische Verzerrung des wahren Sachverhalts des Anstaltsmordes war Welzel in der Lage, die Schuld der »Euthanasie«-Ärzte in Zweifel zu ziehen und dem unverbrüchlichen Schutz des Lebens, wie er nicht zuletzt durch die auch unter dem Nationalsozialismus fortgeltende Norm des § 211 StGB zum Ausdruck kommt, die Evidenz zu bestreiten.<sup>64</sup>

Für den Fall, daß die »Euthanasie«-Ärzte ihre Beteiligung an der Tötungsaktion damit rechtfertigten, sie hätten dies zu dem Zweck getan, einige Kranke zu retten, konstruierte Welzel gemeinsam mit Eberhard Schmidt einen übergesetzlichen Schuldaußschließungsgrund. Welzel und Schmidt kritisierten die Begründung einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs der Britischen Zone, der diese Ärzte für schuldig erklärte, ihnen aber einen persönlichen Strafausschließungsgrund zubilligte.<sup>65</sup> Welzel argumentierte: Die Ärzte hätten durch die Nichtbeteiligung an der Tötungsaktion und der damit verbundenen Unmöglichkeit, anderen Kranken das Leben zu erhalten, eine größere Schuld auf sich geladen, als wenn sie an der Auslöschung psychisch Kranker mitwirkten, um einige der Tötungsmaschinerie zu entziehen.<sup>66</sup> Eine derartige Überlegung konnte legitimerweise nur für die Strafzumes-

60 OLG Frankfurt a. M. SJZ 1947, Sp. 633 m. Anm. v. G. Radbruch; KG DRZ 1947, S. 198 m. Anm. von R. Lange.

61 H. Welzel, Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit des Handelns, SJZ 1948, Sp. 368 ff.

62 H. Welzel, Anm. zu OGH MDR 1949, S. 375.

63 A. a. O., S. 376; s. auch H. Welzel, Vom irrenden Gewissen, Tübingen 1949.

64 Mit einer der Argumentation Welzels entsprechenden Begründung, bestimmten am Anstaltsmord beteiligten Ärzten sei eine Schuld nicht nachzuweisen, stellte z. B. das LG Hamburg 1949 ein Verfahren gegen 18 »Euthanasie«-Ärzte ein. Der Spiegel Nr. 34/1960, S. 23. Ebenso entschied der BGH im Fall des »Euthanasie«-Arztes Dr. Borm: KJ H. 4/1974, S. 428 ff. m. Anm. v. R. W. Kempner, s. hierzu auch K. Blüchel, Das Medizinsyndikat, Reinbek 1978, S. 73 ff.

65 OGH SJZ 1949, Sp. 347 ff. (355 f.).

66 H. Welzel, a. a. O. (Anm. 62), S. 375, ebenso H. Welzel, Zum Notstandsproblem, ZStW 63 (1950), S. 14.

sung, keinesfalls aber für die Bestimmung der Strafbarkeit vorgenommen werden. Der springende Punkt war, daß die Ermordung der nicht zu rettenden Patienten als »Wahl des kleineren Übels« zwar rechtswidrig blieb, aber durch den Ausschluß der Schuld im Ergebnis doch rechtlich zulässig wurde:

»Das Recht . . . kann den Täter nicht vor der *Rechtsgemeinschaft* zur Verantwortung ziehen und ihn *rechtlich* für schuldig erklären, sondern die Schuld des Täters muß das bleiben, was sie ist, eine Schuld vor dem Gewissen und vor Gott.«<sup>67</sup>

Indem Welzel die »Euthanasie«-Ärzte allein »sittlich«, nicht aber rechtlich für schuldig erklärte, vollzog er die maßnahmestaatliche Struktur der Aufhebung des unverbrüchlichen, rechtlichen Schutzes des Lebens gedanklich nach.

Mit einer anderen Begründung kam Eberhard Schmidt zum selben Ergebnis wie Welzel. In einer grotesken Variation der Identitätstheorie identifizierte Schmidt den Staat des Nationalsozialismus, der die Ermordung psychisch Kranker verfügte, mit dem neu konstituierten Rechtsstaat, der die systematische Durchbrechung des Schutzes des Lebens zu ahnden suchte:

»Der Staat, der es fertig bringt, »den Armen« [nämlich den »Euthanasie«-Arzt, J. P.] sittlich schuldig werden zu lassen, hat jedes Recht verloren, ihm einen rechtlichen Schuldvorwurf zu machen.«<sup>68</sup>

Durch ein metaphysisches Wunder blieb der von den Alliierten niedergekämpfte und zerschlagene Staat weiter existent und mußte sich ein strafrechtliches *venire contra factum proprium* vorhalten lassen.

Überblickt man die bald nach Kriegsende sich ausbildenden rechtswissenschaftlichen Grundströmungen der Identitätstheorie und der beamtenrechtlichen Suspensionstheorie, der Bewegung gegen die Ahndung von Verbrechen gegen die Menschlichkeit und der Schuldlosstellung von »Euthanasie«-Ärzten, so bildeten sie eine strategische Einheit: Sie arbeiteten der Unterbrechung der Kontinuität der Trägerschichten der NS-Diktatur und der radikalen juristischen Entlegitimierung der Rechtsordnung des Dritten Reiches entgegen. Sozialpsychologisch betrachtet entsprang dies der Unfähigkeit, in rechtlichen Formen Trauerarbeit zu leisten.<sup>69</sup> Die unverstellte und betroffen machende Wahrnehmung der vom nationalsozialistischen Staatsapparat ausgehenden Realität des Terrors wurde durch eine Fülle von Abwehrmechanismen, die die Gestalt juristischer Konstruktionen annahmen, unterbunden.<sup>70</sup>

Korrespondierend hierzu unterwarfen Repräsentanten der alten Interpretationseli-

67 H. Welzel, a. a. O. (Anm. 62), S. 375. In Welzels Aufsatz: Zum Notstandsproblem (Anm. 66) hieß es entsprechend: »Wo die . . . soziale Vorwerfbarkeit fehlt, weil jeder andere Rechtsgenosse an Stelle des Täters ebenso handeln mußte, fehlt es auch an einer Rechtsschuld« (S. 52). Diese Konstruktion führte im Blick auf die »Euthanasie«-Ärzte, die sich an der Tötung beteiligten, um einigen Patienten das Leben zu erhalten, zu dem makabren Ergebnis, daß – logisch zu Ende gedacht – die Nichtteilnahme am Anstaltsmord einer »Rechtsschuld« gleichkame!

68 E. Schmidt, Anmerkung zu OGH SJZ 1949, Sp. 659. Schmidt fragte, »ob man den Täter einer aus solcher Motivationslage entstandenen Tat (nämlich psychisch Kranke zu töten, um einige zu retten, J. P.) als »Verbrecher« abstempeln darf.« Schmidt fuhr fort: »Der Staat hat hier nicht Anlaß, einen »Verbrecher« laufen zu lassen, sondern er muß sich sagen lassen, daß er sich diesem Täter gegenüber mit seinen rechtlichen Schuldvorwürfen zurückzuhalten, daß er ihn mangels Schuld nicht als Verbrecher zu werten hat.« (ebd.).

69 Vgl. A. und M. Mitscherlich, *Die Unfähigkeit zu trauern*, München 1977.

70 Mittlerweile wird dieser Prozeß offen gerechtfertigt. Vgl. H. Lübke, *Es ist nichts vergessen, aber einiges ausgeheilt. Der Nationalsozialismus im Bewußtsein der deutschen Gegenwart*, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24. 1. 1983; zur Kritik s. H. Dubiel und G. Frankenberg, *Entsorgung der Vergangenheit*, Die Zeit vom 18. 3. 1983.

ten die neu geschaffene demokratische Verfassung in zentralen Fragen einem ihr entgegengesetzten autoritären Bezugsrahmen. Die verfassungsrechtlichen Grenzmarken wurden in Richtung der Prärogative des Staatsapparats und der Unangreifbarkeit der überkommenen Gesellschaftsordnung verschoben.

Die Entwicklungslinien dieses allgemeinen Argumentationsmusters können im Rahmen dieser Skizze nicht im einzelnen nachgezeichnet, sondern nur in Form eines exemplarischen Ausblicks angedeutet werden.

### *III. Aufhebung verfassungsrechtlicher Garantien gegenüber politischen Gegnern*

Das an der rechnerisch möglichst ungehinderten Operationsmacht des Staatsapparats orientierte Denken entfaltete sogleich 1950/51 in der Frage der Homogenisierung des öffentlichen Dienstes durch die Ausschaltung von Kommunisten seine Wirkung. Der Beschluß der Bundesregierung vom 20. September 1950, demzufolge die Unterstützung der KPD und ihrer Unterorganisationen mit den Dienstpflichten eines Beamten, Angestellten und Arbeiters im Bundesdienst nicht vereinbar sei,<sup>71</sup> wurde in richtungweisenden – die Interpretationsmaximen der sogenannten Extremistenbekämpfung der 70er und 80er Jahre vorwegnehmenden – Gutachten von Wilhelm Grewe und Ulrich Scheuner verfassungsrechtlich legitimiert.<sup>72</sup> Beide Autoren, die einst das staats- und völkerrechtliche Selbstverständnis der NS-Diktatur reproduziert und nach 1945 die Identitätstheorie zur Restabilisierung des alten Staatsapparats mit entwickelt hatten,<sup>73</sup> entwarfen einen Bezugsrahmen, durch den die Geltung liberaler Freiheitsrechte blockiert wurde: Staatsorganisationsrecht und politische Betätigungsfreiheit wurden obrigkeitlich-autoritär voneinander getrennt und das Binnenverhältnis des Staatsapparats von rechtsstaatlichen Sicherungen und grundrechtlichen Garantien weitgehend frei gehalten.<sup>74</sup>

Entgegen den Intentionen des Parlamentarischen Rates, der die Außerkraftsetzung politischer Freiheiten der Bestimmungsgewalt der Exekutive entziehen und dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten wollte (Art. 18, 21 Abs. 2 GG),<sup>75</sup> erkannte Grewe der Regierung eine verfassungsrechtsfreie, politische Bestimmungsmacht zur Definition und Ausschaltung des »inneren Feindes« zu. Grewe argumentierte am Ende ausdrücklich »staatspolitisch«, ein anderes Wort für ein instrumentelles Verhältnis zur Verfassung, wie ein – zum Beleg notwendig längeres – Zitat zeigt:

»Dürfte . . . die Zugehörigkeit zu einer staatsfeindlichen Partei zu einer Disqualifizierung für den öffentlichen Dienst erst dann führen, nachdem das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, so wäre damit die innere Sicherheitspolitik der Bundesrepublik jedenfalls stärkeren Hem-

71 Abgedruckt in: Deutscher Bund für Bürgerrechte (Hg.), *Politische Treuepflicht im öffentlichen Dienst*, Frankfurt a. M. 1951, S. 1.

72 W. Grewe, Die politische Treuepflicht der Angehörigen des öffentlichen Dienstes, in: ebd., S. 35 ff.; U. Scheuner, Politische Betätigung von Beamten gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung, ebd., S. 65 ff.

73 W. Grewe, Der dritte Wirtschaftskrieg, Berlin 1940, ders., Epochen der modernen Völkerrechtsgeschichte, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 103 (1943), S. 260 ff. (294); U. Scheuner, Die nationale Revolution, AöR NF 24 (1914), S. 166 ff., S. 261 ff.; ders., Die Gerichte und die Prüfung politischer Staatshandlungen, RVBl. 1936, S. 437 ff.; W. Grewe, Ein Besatzungsstatut für Deutschland, a. a. O. (Anm. 28); U. Scheuner, Die staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland, a. a. O. (Anm. 12).

74 W. Grewe, a. a. O. (Anm. 72), S. 50 ff.; U. Scheuner, a. a. O. (Anm. 72), S. 72 ff.; ähnlich BVerfGE 39, S. 359.

75 J. Seifert, Das Auslegungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts bei der Verwirkung von Grundrechten, in: E. Denninger (Hg.), *Freiheitliche demokratische Grundordnung* Bd. 1, Frankfurt a. M. 1977, S. 225 ff. m. w. Nachw.

mungen unterworfen, als sie in den Zeiten der Weimarer Verfassung bestanden haben. Die *staatspolitischen Nachteile* liegen auf der Hand: Die Justiz arbeitet ihrer Natur nach notwendigerweise langsam und wird im Wetlauf mit einem wendigen und geschmeidigen Gegner immer den Kürzeren ziehen . . . Unter dem Gesichtspunkt der staatsbürgerlichen Freiheit mag es erwünscht sein, daß die Mitgliedschaft von Beamten bei einer Partei nur dann zu disziplinarischen Maßnahmen führen kann, wenn zuvor das Bundesverfassungsgericht sein Urteil über diese Partei gesprochen hat. Man wird sich aber überlegen müssen, ob wir uns in der Lage befinden, in der man es riskieren kann, die *individuellen Rechtsgarantien auf Kosten der Staatssicherheit* in solchem Maße zu verstärken.«<sup>76</sup>

Wie die rechtsstaatliche Sperrwirkung der Entscheidungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts für den Eingriff in die Grundrechte ausgeschaltet wurde, so wurde auch die Geltung politischer Freiheitsgarantien für Angehörige des öffentlichen Dienstes unmittelbar in Frage gestellt. Scheuners Interpretation des Diskriminierungsverbots des Art. 3 Abs. 3 GG machte dies beispielhaft deutlich: »Wenn Art. 3 Abs. 3 GG eine Benachteiligung wegen politischer Anschauungen verbietet, so darf dieser Bestimmung keine absolute, den Wortlaut isolierende Auslegung gegeben werden.«<sup>77</sup> Indem das Diskriminierungsverbot, entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Art. 3 Abs. 3 GG, nicht mehr absolut galt, konnte seine Funktion auf Null gebracht werden: »Gleichheit bedeutet nicht das Verbot unterschiedlicher Behandlung.«<sup>78</sup> Das grundgesetzliche Diskriminierungsverbot sollte dabei gerade den Zugriff auf politische Anschauungen als Anknüpfungspunkt für unterschiedliche Behandlungen strikt verwehren. Scheuner hielt lediglich willkürliche Unterscheidungen und Benachteiligungen, die in dienstrechtlichen, die politische Betätigung der Beamten einschränkenden Bindungen nicht gesehen werden könnten, für unvereinbar mit dem Gleichheitssatz.<sup>79</sup> Damit aber projizierte Scheuner die herrschende Lesart des in Art. 3 Abs. 1 GG normierten allgemeinen Gleichheitssatzes als eines Willkürverbots so in Art. 3 Abs. 3 GG hinein, daß dessen präzise gefaßtes politisches Benachteiligungsverbot unterlaufen werden konnte.<sup>80</sup> Das Ergebnis von Scheuners Deduktion könnte man in letzter Konsequenz in dem Satz zusammenfassen: Das in Art. 3 Abs. 3 normierte Benachteiligungsverbot gilt hinsichtlich politischer Anschauungen nicht für Beamte.

Die von Scheuner und Grewe repräsentierte Tendenz, die Zugriffsmöglichkeiten der öffentlichen Gewalt über verfassungsrechtliche Grenzen hinaus zu schieben, die in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung zum Problem der politischen Treuepflicht überwiegend mitvollzogen wurde,<sup>81</sup> zeigte sich auch in einem bestimmten strafrechtlichen Denken. Mit Hilfe dieses Denkens konnte die rechtsstaatlich problematische Form der justizförmigen Ausschaltung der kommunistischen Opposition in den 50er und 60er Jahren begründet werden.

An der Position Hans Welzels, der theoretisch wohl reflektiertesten Figur der frühen

<sup>76</sup> W. Grewe, a. a. O. (Anm. 72), S. 61 f. (Hervorh. nicht im Orig.); K. Stern, Zur Verfassungstreue der Beamten, München 1974, S. 41, Anm. 166, schloß explizit an diese Argumentation an.

<sup>77</sup> U. Scheuner, a. a. O. (Anm. 72), S. 88; ähnlich wiederum BVerfGE 39, S. 368.

<sup>78</sup> Ebd.

<sup>79</sup> Ebd. Zur Kritik an der Aushöhlung des politischen Diskriminierungsverbots für Beamte vgl. etwa F. Müller, in: »Radikale« im öffentlichen Dienst? hrsg. von H. Knirsch, B. Nagel, W. Voegeli, Frankfurt a. M. 1973, S. 130 f.

<sup>80</sup> U. Scheuner, ebd.; zur Kritik an dieser Argumentation vgl. J. Perels, Der Gleichheitssatz zwischen Hierarchie und Demokratie, in: ders. (Hg.), Grundrechte als Fundament der Demokratie, Frankfurt a. M. 1979, S. 83. Daß Scheuner im NS-Staat einst die Abschaffung des Gleichheitssatzes für Juden legitimierte, gibt seiner gegen Beamte gerichteten Blockierung des Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 3 GG eine besondere Note; vgl. U. Scheuner, Der Gleichheitsgedanke in der völkischen Verfassungsordnung, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 99 (1939), S. 167.

<sup>81</sup> A. v. Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1968, Frankfurt a. M. 1978, S. 56 m. w. Nachw.

bundesdeutschen Strafrechtslehre, ließ sich dies exemplarisch verfolgen. Welzel hatte seinen strafrechtlichen Begriffsrahmen in einer geistigen Parallelbewegung mit dem sich etablierenden NS-System in scharfer Frontstellung gegen die liberale Tradition der Strafrechtsdogmatik entwickelt.<sup>82</sup> Die Konsequenz war, daß sich die Verfügungsgewalt des Staates über die Individuen erweiterte. Die Begrenzungsfunktion des Rechtsgüterschutzes und der ihm korrespondierenden objektiven Tatbestandsmäßigkeit suchte Welzel dadurch zu überwinden, daß er die »Akrwerte rechtlicher Gesinnung« zum wesentlichen Anknüpfungspunkt für die Strafbarkeit eines Verhaltens machte. So hieß es in einem Festschriftbeitrag von 1944: »Hinter den Normen des Strafrechts stehen als ihr materialer Gehalt die Akrwerte rechtlicher Gesinnung, die Treue gegenüber Volk, Reich, Führung, der Gehorsam gegenüber der Staatsgewalt.«<sup>83</sup>

Welzel behielt nun nach 1945 gerade diesen Interpretationsrahmen bei, der auf eine autoritäre, grundrechtsfeindliche Struktur der öffentlichen Gewalt bezogen ist, obgleich das verfassungsrechtliche System sich fundamental gewandelt hatte. Auch unter dem Grundgesetz, das insbesondere durch Glaubens- und Gewissensfreiheit, durch Meinungsfreiheit und das Diskriminierungsverbot für politische Anschauungen die Gesinnung zum prinzipiell sanktionsfreien Bereich erklärt, vertrat Welzel weiter seine Grundposition, das Gesinnungsmoment zum tragenden Element für die Bestimmung von Strafbarkeit zu machen. Wichtiger als der Rechtsgüterschutz sei, schrieb Welzel 1950, »die beständige rechtstreue Gesinnung, also die Treue gegenüber dem Staat sicherzustellen . . . Bloßer Rechtsgüterschutz hat eine nur negativvorbeugende, polizeilich präventive Zielsetzung, während die zentrale Aufgabe des Strafrechts positiv sozialetischer Natur ist!«<sup>84</sup>

Indem Welzel dem Gesinnungsmoment konstitutive Bedeutung für die Bestimmung der Legalität eines Verhaltens zumaß, war er in der Lage, die fragwürdige Struktur des wesentlich gegen die KPD gerichteten politischen Strafrechts von 1951, das die rechtsstaatlich gebotene Trennschärfe von Legalität und Illegalität durch die Einführung des Gesinnungsmoments verfassungsfeindlicher Absichten und Bestrebungen systematisch außer Funktion setzte,<sup>85</sup> ohne Vorbehalte zu rechtfertigen. Denn die Illegalisierung objektiv verfassungskonformer Handlungen aus Gründen ihrer subjektiven Zwecksetzung fügte sich in den Begriffsrahmen Wetzels nahtlos ein. So hieß es in seinem Strafrechtslehrbuch von 1954:

»An die Stelle des gewaltsamen Umsturzes – des Hochverrats im alten Sinn – ist die Zersetzung, Unterwühlung und Aushöhlung verfassungsmäßiger Institutionen getreten, die die reale Machtergreifung auf quasilegalem Wege vorbereiten . . . Die Pönalisierung solcher Handlungen stößt jedoch auf große Schwierigkeiten, weil sich diese Handlungen vielfach äußerlich im demokratischen Freiheitsraum bewegen . . . Darum lassen sie sich weniger durch objektive als

82 H. Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim 1935, S. IX. Welzel zitierte den liberalen Strafrechtler Franz v. Liszt, dem zufolge das Strafrecht »Bollwerk des Staatsbürgers gegenüber der staatlichen Allgewalt« zu sein hat (ebd., S. 35). Dieser Grundstruktur des liberalen Strafrechtsdenkens hielt er entgegen, daß sie Staat und Recht »nicht auf die inhaltliche Fülle und Würde einer Idee aufbauen konnte«. (ebd.) An anderer Stelle wurde deutlich, was er hierunter konkret politisch verstand: »Der Wissenschaft eine »politische Aufgabe« zu stellen, bedeutet . . . sie . . . zu den . . . Notwendigkeiten der historischen Situation zurückzuführen, die als das gegenwärtige Schicksal der volkisch-staatlichen Gemeinschaft sie . . . umfängt . . .« (ebd., S. 58). Vgl. K. Marxen, *Die rechtsphilosophische Begründung der Straftatlehre im Nationalsozialismus*, in: H. Rotteluhner (Hg.), a. a. O. (Anm. 56), S. 58 f. sowie allgemein K. Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht. Eine Studie zum Antiliberalismus der Strafrechtswissenschaft der zwanziger und dreißiger Jahre*, Berlin 1975.

83 H. Welzel, *Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes*, in: *Probleme der Strafrechterneuerung*, Festschrift für E. Kohlrausch, Berlin 1944, S. 109.

84 H. Welzel, *Das Gesinnungsmoment im Recht*, in: Festschrift für J. v. Gierke, Berlin 1950, S. 297.

85 H. Čopić, *Grundgesetz und politisches Strafrecht neuer Art*, Tübingen 1967, S. 11; A. v. Brünneck, a. a. O. (Anm. 81), S. 74 f.



durch subjektive Merkmale erfassen, wie auch ganz unpolitische Delikte durch verfassungsverräterische Tendenz zu politischen Delikten werden.«<sup>86</sup>

Ist die Begrenzung der Strafbarkeit durch das System objektiver Tatbestände, die die politische Gesinnung prinzipiell sanktionsfrei lassen, die Konsequenz der Garantie von Freiheitsrechten, so wurde unter dem Vorzeichen der gesinnungsorientierten »positiv-sozialethischen« Funktion des Strafrechts die staatliche Intervention in grundrechtlich geschützte Sphären politischer Freiheit systematisch ermöglicht. Daß dies bei der Anwendung des politischen Strafrechts von 1951 so weitgehend gelingen konnte, lag nicht zuletzt daran, daß richtungsbestimmende Repräsentanten der Strafrechtslehre – wie eben Welzel – ihren antiliberalen Interpretationsrahmen ungebrochen aufrechterhielten.

#### *IV. Identifikation von Verfassung und bürgerlicher Gesellschaftsordnung*

Die Sozialisierungsaufträge in den Landesverfassungen von Bremen (Art. 42), Hessen (Art. 41), Rheinland-Pfalz (Art. 61), Baden (Art. 45), Württemberg-Baden (Art. 28),<sup>87</sup> die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 GG und die weitgehende Verfügungskompetenz des Gesetzgebers über die Eigentumsordnung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 3 GG bildeten das verfassungsrechtliche Einfallstor, durch das die Eigentums- und Herrschaftsstruktur der bürgerlichen Gesellschaft potentiell gefährdet wurde. Dieses Einfallstor, das die von einem breiten Spektrum politischer Kräfte nach 1945 intendierte Überwindung der gesellschaftlichen Grundlagen des Nationalsozialismus ermöglichte,<sup>88</sup> versuchte die nun einsetzende interpretative Gegenbewegung, die allerdings von einzelnen Vertretern der alten juristischen Funktionselite wie Hans Peter Ipsen und Theodor Maunz noch konterkariert wurde,<sup>89</sup> weitgehend zu verriegeln. Dabei spielten zwei ineinandergreifende Argumentationslinien eine zentrale Rolle: die gegen das Vernunftrecht der Aufklärung gerichtete Form der Naturrechtsrenaissance und die Umdeutung der bei Enteignungen anzuwendenden Entschädigungsklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG.

Die Naturrechtsrenaissance zielte in ihrer konservativen Variante darauf, das Rechtsdenken der Aufklärung zu überwinden. Einschneidend unterschied sich diese Variante von der vernunftrechtlichen, wesentlich von Radbruch repräsentierten Version,<sup>90</sup> die auch im Grundgesetz ihren Niederschlag fand. Gegen die Lösung des Gesetzgebers von traditionellen Bindungen und Schranken wurde auf das vorrationale Naturrecht zurückgegriffen, das die hierarchischen Ordnungssysteme des Feudalismus befestigte. So bezog sich Adolf Süsterhenn auf das thomistische Naturrecht,<sup>91</sup> während Ernst Forsthoff auf die soziale Ordnungslehre Luthers rekurrierte<sup>92</sup> – jeweils zu dem Zweck, dem Gesetzgeber unüberwindbare, durch soziale Herrschaftsbeziehungen bestimmte Grenzen zu ziehen. 1947 gab Forsthoff dieser Stoßrichtung offen Ausdruck. Das naturrechtliche, gegen den Positivismus gericht-

86 H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 4. Aufl., Berlin 1954, S. 356.

87 Vgl. die Darstellung von W. Abendroth, *Das Grundgesetz*, 4. Aufl., Pfullingen 1973, S. 27 f.

88 Vgl. nur die von CDU, SPD und KPD getragene Hessische Verfassung vom 11. Dezember 1946.

89 H. P. Ipsen, *Enteignung und Sozialisierung*, VVDStRL 10 (1952), S. 74 ff.; Th. Maunz, *Die Verfassungsmäßigkeit der Hessischen Verfassung*, Wiesbaden 1952.

90 G. Radbruch, *Rechtsphilosophische Besinnung* (1945), a. a. O. (Anm. 18), S. 107.

91 A. Süsterhenn, *Das Naturrecht* (1947), in: W. Maihofer (Hg.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus*, Darmstadt 1962, S. 16 f.

92 E. Forsthoff, *Zur Problematik der Rechterneuerung* (1947), ebd., S. 79 ff.



tete Denken legitimierte er damit, daß es aus der Abwehr einer den Oberschichten nicht mehr stets dienstbaren legislativen Gewalt entstanden sei:

»Die Krise des Positivismus . . . begann als der partielle Ausdruck der mit dem Zusammenbruch der Monarchie einsetzenden Staatskrise. Die Frage nämlich, ob das Recht wirklich allein aus der Entscheidung des staatlichen Gesetzgebers hervorgehe oder ob es ein höheres Recht gebe, an das auch der Gesetzgeber gebunden sei, war solange eine bloß theoretische, als man gewiß sein konnte, daß dieser Gesetzgeber sich nicht nur mit den fundamentalen Rechtsüberzeugungen in Einklang halten, sondern auch im Detail der gesetzlichen Regelung optimal gerechte Lösungen anstreben würde. Dies Vertrauen genoß der staatliche Gesetzgeber bis 1918.«<sup>93</sup>

Der gedankliche Kern der gegen eine gesellschaftsverändernde Gestaltungsfreiheit des demokratischen Gesetzgebers gerichteten Erneuerung des vorrationalen Naturrechts bestand darin, »natürliche Seinszusammenhänge«<sup>94</sup> und »objektiv gegebene menschliche Verantwortungsbereiche«<sup>95</sup> zu konstruieren, die mit den Kernelementen der bürgerlichen Gesellschaft zusammenfielen. So wurde die private Eigentumsordnung naturrechtlich festgeschrieben, ungeachtet der Sozialisierungsaufträge und Sozialisierungsermächtigungen in den Landesverfassungen, die – in zeitlicher Parallele zur antiaufklärerischen Naturrechtsrenaissance geschaffen – die Eigentumsordnung grundsätzlich zur Disposition stellten. Übereinstimmend mit der das Gemeineigentum praktisch verwerfenden Blickrichtung der thomistischen Naturrechtslehre<sup>96</sup> hieß es bei Susterhenn: »Als wesentliche Garantie für die Freiheit der Person . . . anerkennt der Naturrechtler die Institution des Privateigentums.«<sup>97</sup> In entsprechender Weise bezog sich Forsthoff auf die Luthersche Ordnungsethik, welche die ständische Gliederung gedanklich reproduzierte.<sup>98</sup> Er ordnete die »Institution als überindividuelles objektives Ordnungsgebilde des Rechts«, das sich im sozialen Bereich wesentlich in Eigentum, Vertrag und Erbrecht ausprägte, der »bloßen Norm«, die aus der Tätigkeit des demokratischen Gesetzgebers entspringt, ausdrücklich vor:

»Die Erneuerung des Rechts verlangt primär nicht neue Normen, sondern die Wiederherstellung von Ordnungen und Institutionen.«<sup>99</sup>

Indem die antiaufklärerische Naturrechtsdoktrin die private Eigentumsordnung aus der – als positivistisch denunzierten – Bestimmungsmacht des demokratischen Gesetzgebers ausgliederte, sicherte sie – bei aller gegen den Nationalsozialismus gerichteten Proklamation der Unverbrüchlichkeit persönlicher Freiheitsrechte<sup>100</sup> – die Fortexistenz der ökonomischen Grundlagen des NS-Systems. Sie erwies sich so als notwendiges, auf die kapitalistische Gesellschaftsordnung bezogenes Komplement zur Identitätstheorie, die das Weiterbestehen des Staatsapparats des Dritten Reiches legitimierte.

Die Grundposition der restaurativen Naturrechtsdoktrin wurde zu Beginn der 50er Jahre in einer feingesponnenen verfassungsrechtlichen Exegese wirksam, durch die die vom Grundgesetz festgelegte Befugnis des Gesetzgebers, die private Eigentumsordnung zu verändern, durch Umdeutung blockiert werden konnte. Dieser vielge-

93 A. a. O., S. 71 f.; ebenso A. Susterhenn, a. a. O. (Anm. 91), S. 15.

94 A. Susterhenn, a. a. O. (Anm. 91), S. 14.

95 E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 92), S. 83.

96 Th. v. Aquino, *Ausgewählte Schriften zur Staats- und Wirtschaftslehre*, hrsg. von F. Schreyvogel, Jena 1923, S. 132 f.

97 A. Susterhenn, a. a. O. (Anm. 91), S. 23.

98 M. Luther, *Von weltlicher Obrigkeit* (1523), in: *Luther, ausgewählt von K. G. Steck*, Frankfurt a. M. 1955, S. 141 ff.

99 E. Forsthoff, a. a. O. (Anm. 92), S. 83, 86, 85.

100 A. Susterhenn, a. a. O. (Anm. 91), S. 21.

staltige Prozeß, der von der Kaltstellung der Sozialstaatsklausel auf Verfassungsebene bis zur Identifikation von Privatrechtsordnung und Verfassungsordnung reichte,<sup>101</sup> sei an einem strategisch zentralen Punkt verdeutlicht. Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG verlangt, Art und Ausmaß der Entschädigung bei Enteignungen unter gerechter Abwägung der Interessen der Allgemeinheit und der Beteiligten zu bestimmen. Diese Abwägungsklausel schließt aus, allein die Interessen des betroffenen Eigentümers zum Ausgangspunkt der Entschädigungsregelung zu machen; mit ihr war bezweckt, ein breites Spektrum von Entschädigungsmodalitäten zu eröffnen.<sup>102</sup> Die Einbeziehung der Interessen der Allgemeinheit schloß auch, wie Hermann v. Mangoldt, einer der der CDU angehörenden Väter des Grundgesetzes, in seinem Kommentar festhielt, die Möglichkeit ein, eine bloße Nominalentschädigung zu gewähren.<sup>103</sup> Indem eine Entschädigung nach dem Verkehrswert nicht zwingend geboten war, konnte mit Enteignungen ein gesellschaftlicher Umverteilungseffekt erzielt werden. Die Privatwirtschaft hatte die durch die Norm des Art. 14 Abs. 3 S. 3 GG entstandene potentielle Gefährdung der überkommenen bürgerlichen Eigentumsordnung klar erkannt: Die Abwägungsklausel bedeute, hieß es 1949 im »Industriekurier«, einen »Einbruch östlicher Anschauungen und Praktiken . . ., dessen Konsequenzen für unsere Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung verhängnisvoll sein müssen.«<sup>104</sup>

Durch eine u. a. von Werner Weber und Ulrich Scheuner angeführte Interpretationsrichtung wurde nun die Abwägungsklausel dadurch ausgeschaltet, daß jeder Eigentumseingriff als eine Verletzung des Gleichheitssatzes angesehen wurde – mit der Konsequenz, daß dies durch die volle Entschädigung nach dem Verkehrswert ausgeglichen werden müsse.<sup>105</sup> Mit ihrer Interpretation bezogen Scheuner und Weber unmittelbar den Standpunkt der von Enteignungen betroffenen Eigentümer, als hätten die Interessen der Allgemeinheit bei der Festlegung der Entschädigungsregelung nach Art. 14 Abs. 3 Satz 3, die ja denen der Eigentümer ausdrücklich gegenübergestellt werden, keinerlei Erwähnung gefunden. Das weitgesteckte Ziel, die Abwägungsklausel interpretatorisch stillzulegen, war folgendes: In Art. 15 GG, der die private Eigentumsordnung hinsichtlich Grund und Boden, der Naturschätze und Produktionsmittel zur Disposition des demokratischen Gesetzgebers stellt, wird für die Entschädigungsregelung auf Art. 14 Abs. 3 Satz 2 und 3 GG verwiesen. Wenn es nun gelang, in Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG eine Entschädigungsregelung hineinzudeuten, die auch bei der Vergesellschaftung von Produktionsmitteln stets Äquivalenzentschädigung vorschreibt, dann war die von Art. 15 GG für die bürgerliche Gesellschaft ausgehende Gefahr gebannt: Durch den Zwang, bei Enteignungen in jedem Fall Äquivalenzentschädigungen zu leisten, konnte der Umverteilungseffekt von Sozialisierungen, der auch durch die Abwägungsklausel des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG gesichert wurde, vereitelt werden.

101 E. Forsthoß, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S. 8 ff.; H. C. Nipperdey, Grundrechte und Privatrecht, Krefeld 1961; zur Kritik s. W. Abendroth, Die verfassungspolitische Entwicklung des Bundes, in: ders., Antagonistische Gesellschaft und politische Demokratie, 2. Aufl. Neuwied 1972, S. 58 ff.

102 Vgl. hierzu eingehend: A. v. Brünneck, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, Baden-Baden 1984, S. 90 f., S. 295 ff., S. 300 ff.

103 H. v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, Berlin 1953, S. 103.

104 Zit. nach W. Soergel, Konsensus und Interessen, Stuttgart 1969, S. 123.

105 W. Weber, Eigentum und Enteignung, in: F. L. Neumann, H. C. Nipperdey, U. Scheuner (Hg.), Die Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S. 393; U. Scheuner, Grundlagen und Art der Enteignungsentschädigung, in: R. Reinhardt und U. Scheuner (Hg.), Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954, S. 124 f. Zur Kritik s. A. v. Brünneck, a. a. O. (Anm. 102), S. 314.

Die restaurative Rechtslehre besaß in der frühen Bundesrepublik ein eindeutiges Übergewicht gegenüber liberalen und demokratischen, insbesondere vom Bundesverfassungsgericht vertretenen Gegenpositionen. In welchem Maße die alten Interpretationseliten in Fragen der Kontinuität der Gesellschaftsstruktur und des Staatsapparats dominierten, läßt sich exemplarisch daran ablesen, daß die Anhänger der Rechtsgültigkeit des Sozialisierungsartikels der Hessischen Verfassung in der Staatsrechtslehre der 50er Jahre eine ebenso verschwindende Minderheit darstellten<sup>106</sup> wie diejenigen, die mit dem Bundesverfassungsgericht die unter dem NS-Staat bestehenden Beamtenrechte mit dem 8. Mai 1945 für erloschen erklärten.<sup>107</sup> Die restaurative Rechtslehre konnte unter den Bedingungen der 50er Jahre in starkem Maße schulbildend wirken. Ihre Legitimationsgrundlagen lassen sich aber erschüttern, wenn die – dem Grundgesetz widersprechenden – antiliberalen und vordemokratischen Wurzeln restaurativer Rechtslehre, die den Zusammenbruch des Dritten Reiches in veränderter Form überdauert haben, systematisch bloßgelegt werden – eine gewichtige Forschungsaufgabe.

106 G. Winter, *Sozialisierung in Hessen 1946–1955*, KJ H. 2/1974, S. 166.

107 M. Kim, a. a. O. (Anm. 3), S. 205 f.

Joachim Perels (Hrsg.)

## Recht, Demokratie und Kapitalismus

Aktualität und Probleme der Theorie Franz L. Neumanns

»Daß derjenige, der in der Emigration die wichtigste (und in den Vereinigten Staaten auch einflußreich gewordene) Analyse des NS-Systems geschrieben hat, in der Bundesrepublik nahezu unbekannt und in der Wissenschaft kaum rezipiert worden ist, ist symptomatisch. Franz L. Neumann ist einer der wichtigsten Denker über das Verhältnis von Recht und Politik in der ersten Hälfte unseres Jahrhunderts. Er ist die zentrale Gegenfigur zu Carl Schmitt.« (Aus der Einführung)

Die Elemente des Denkens von Franz L. Neumann, die den Zusammenhang von Recht und Kapitalismus in der Perspektive der Herstellung einer gesellschaftlichen Demokratie zum Thema haben, werden in ihren verzweigten Entwicklungslinien – einschließlich der späten Einbeziehung sozialpsychologischer Ansätze – rekonstruiert und kritisch diskutiert: von der Weimarer Republik über die Zeit der Emigration bis in die Nachkriegsperiode. Neumanns Position wird für die gegenwärtige Diskussion über die restaurative Umformung des freiheitssichernden Rechtsbegriffs der Aufklärungszeit fruchtbar gemacht. Die mögliche Aktualität von Neumanns Interpretationsrahmen tritt in den Blick.

Der Band, der eine biographische Skizze und eine Bibliographie der Schriften von Neumann enthält, ermöglicht die – bis heute in weitem Maße ausstehende – Auseinandersetzung mit einem der großen demokratischen Rechts- und Staatstheoretiker.

1984, 228 S., *Salesta brosch.*, 68,- DM, ISBN 3-7890-1013-8



**NOMOS VERLAGSGESELLSCHAFT**  
Postfach 610 · 7570 Baden-Baden

