

# Kommentare

## Joachim Perels Die Übernahme der Beamtenschaft des Hitler-Regimes

Benachteiligung der Entlassenen und Privilegierung der Amtsinhaber  
der Diktatur

### I.

Am 11. 5. 1951 wird im Bundesgesetzblatt das – nahezu einstimmig verabschiedete – Ausführungsgesetz zu Art. 131 GG, das die weitgehende Inkorporation des Staatsapparates der NS-Diktatur vorsieht, und das Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes veröffentlicht.<sup>1</sup> Das Wiedergutmachungsgesetz steht im Gesetzblatt am Anfang, übereinstimmend mit der Intention des ersten Innenministers Gustav Heinemann (CDU), der dem Recht derer, die durch die nationalsozialistische Diskriminierungspraxis ihre Ämter verloren hatten, Vorrang einräumen wollte.<sup>2</sup>

Die Rangfolge trägt. Von einer besonderen Stärkung der Rechtsposition der vom Hitler-Regime entlassenen Juden und Republikaner kann man, wenn man die normative Struktur und die tatsächliche Wirkung der beiden Gesetze betrachtet, nicht sprechen. Das 131er-Gesetz besitzt absolute Priorität. Das zeigen schon die vom Bundesinnenministerium eruierten Zahlen der Anspruchsberechtigten. Während für die Geltendmachung eines Einstellungsanspruchs aus Gründen der Wiedergutmachung mit etwa 600 Personen gerechnet wurde, ging man bei den Angehörigen des öffentlichen Dienstes des Dritten Reiches von etwa 450.000 anspruchsberechtigten Personen aus.<sup>3</sup> Einige hatten einst von den Nazis die Stellen der Entlassenen direkt übernommen – wie der Öffentlichrechtler Ernst Forsthoff, der im Herbst 1933 an der Universität Frankfurt/Main die Nachfolge seines aus dem Amt entfernten sozialdemokratischen Kollegen Hermann Heller antrat.<sup>4</sup>

### II.

Die Struktur des 131er-Gesetzes richtete sich gegen die nach 1945 dominierende Politik der Alliierten und deutscher Landesregierungen, die Kontinuität des Beamtenapparates des Nationalsozialismus aufzuheben. Für die Vereinigten Staaten, die

1 Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes, BGBl. I, Nr. 21, 12. 5. 1951, S. 291 ff.; Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen, BGBl. I, Nr. 22, 13. 5. 1951, S. 307 ff.

2 C. Goschler, Wiedergutmachung, Westdeutschland und die Verfolgten des Nationalsozialismus 1945 bis 1954, München 1992, S. 236; U. Wengst, Beamtentum zwischen Tradition und Reform. Beamtengesetzgebung in der Gründungsphase der Bundesrepublik Deutschland 1948 bis 1953, Düsseldorf 1988, S. 224 f.

3 Goschler (Fn. 2), S. 235; Wengst (Fn. 2), S. 225; neuere Berechnungen bei N. Frei, Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, München 1996, S. 70 f.

4 M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 3. Bd. 1914–1945, München 1999, S. 266.

wichtigste westliche Besatzungsmacht, stand – auch auf Grund der Planungen der Gruppe um Franz Neumann im State Department – die Ausschaltung der etwa 220.000 Personen umfassenden Funktionseleiten der NS-Diktatur, von der Ministerialbürokratie über die Geheime Staatspolizei bis zur höheren Gerichtsbarkeit, im Zentrum.<sup>5</sup> Die personelle Diskontinuität sollte die Konstituierung einer neuen demokratischen Ordnung absichern. Entsprechend vertraten die USA die von Hans Kelsen entwickelte und in der Erklärung der vier Siegermächte vom 5. 6. 1945 zum Ausdruck gekommene Position, dass der deutsche Staat am 8. Mai 1945 untergegangen ist und durch ein Kondominium der Alliierten, das alle deutschen Staatsfunktionen an sich gezogen hatte, ersetzt worden ist. Dies hatte für den Bruch mit dem alten Regime weitreichende Konsequenzen. Kelsen bezeichnete sie in äußerster Klarheit: »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 Deutschland 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 internationale Organisation nach diesem Krieg eintreten.«<sup>6</sup>

Die Besatzungspolitik folgte zunächst dieser Linie. Leitende Beamte – wie der für die Diskriminierungen der Juden zuständige Ministerialrat Hans Globke – und führende Richter – wurden endgültig aus ihren Ämtern entfernt.<sup>7</sup> Als Funktionsträger des Regimes wurden deutsche Gerichte, von den Oberlandesgerichten über die Sondergerichte bis zu den Verwaltungsgerichten geschlossen. Die Entlassungen betrafen nach Berechnungen von Lutz Niethammer in den Westzonen etwa 53.000 Personen.<sup>8</sup> Auch deutsche politische Kräfte setzten in der unmittelbaren Nachkriegszeit auf eine Politik der personellen Diskontinuität. Dies galt insbesondere für den Bereich der Universitäten, die starken Einfluss auf die Bewusstseinsbildung nehmen konnten. Eine nicht geringe Zahl von Professoren, die im Dienst des Hitler-Regimes gestanden hatten, verlor ihr Amt als Hochschullehrer. Exemplarische Bedeutung hatte das Verfahren gegen Martin Heidegger, das von einem aus deutschen Professoren zusammengesetzten Reinigungsausschuss in Gang gesetzt wurde. Der Wille zum Bruch mit einem geistigen Adepten der Diktatur, der, 1933 Rektor der Universität Freiburg, die Ausrichtung an Hitler zum philosophischen Programm erhoben hatte,<sup>9</sup> führte dazu, dass Heidegger seine universitären Ämter aufgeben musste und von der Lehre ausgeschlossen wurde. Maßgebend für die Entscheidung des Reinigungsausschusses, in dem Professoren des Freiburger Widerstandskreises ein starkes Gewicht hatten,

5 A. Söllner (Hrsg.), *Zur Archäologie der Demokratie in Deutschland. Analysen politischer Emigranten im amerikanischen Geheimdienst*, Bd. 1, 1943–1945, Frankfurt/Main 1982; J. Gimbel, *Amerikanische Besatzungspolitik in Deutschland 1945–1949*, Frankfurt/Main 1971.

6 H. Kelsen, *The International Legal Status of Germany to be Established Immediately upon Termination of the War*, *American Journal of Law*, Bd. 38 (1945), S. 693.

7 N. Schirmacher/G. Schultze, *Die Rekonstruktion des Beamtenapparats der Bundesrepublik und die Stellung des Staatssekretärs im Bundeskanzleramt Hans Globke*, Universität Hannover (Staatsexamensarbeit) 1983; J. R. Wenzlau, *Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945–1949*, Königstein 1979, S. 50 ff.; W. Jellinek, *Beamtenrechtliche Ansprüche entlassener Beamter in der amerikanischen Zone nach rechtskräftig abgeschlossenem Spruchkammerverfahren*, *DÖV* 1949, S. 67.

8 L. Niethammer, *Zum Verhältnis von Reform und Rekonstruktion in der US-Zone am Beispiel der Neuordnung des öffentlichen Dienstes*, in: W. D. Narr/D. Thränhardt (Hrsg.), *Die Bundesrepublik Deutschland*, Königstein 1979, S. 52.

9 H. Ort, *Martin Heidegger. Unterwegs zu seiner Biographie*, Frankfurt/Main 1988, S. 131 ff.; B. Martin, *Martin Heidegger und das »Dritte Reich«*. Ein Kompendium, Darmstadt 1989; V. Farias, *Heidegger und der Nationalsozialismus*. Mit einem Vorwort von J. Habermas, Frankfurt/Main 1987, S. 131 ff.

war ein Gutachten von Karl Jaspers vom 22. 12. 1945, das sich von der Intention der Abkehr vom NS-System leiten lässt: »... (E)s (ist) unumgänglich, dass zur Verantwortung gezwungen wird, wer mitgewirkt hat, den Nationalsozialismus in den Sattel zu setzen. Heidegger gehört zu den wenigen Professoren, die das getan haben ... Heideggers Denkkungsart, die mir ihrem Wesen nach unfrei, diktatorisch, kommunikationslos erscheint, wäre heute in der Lehrwirkung verhängnisvoll.«<sup>10</sup>

Auch vier Jahre später, als die fragwürdige Massentnazifizierung unter deutscher Regie auf der Basis des Befreiungsgesetzes vom April 1946 weitgehend gescheitert war und nur ein minimaler Bruchteil der einstigen Träger der nationalsozialistischen Staatsgewalt seine Stellung verlor,<sup>11</sup> war im Parlamentarischen Rat das Bewusstsein für das Problem der Kontinuität der Funktionsebenen des NS-Regimes noch stark ausgebildet. So beschloss der allgemeine Redaktionsausschuss am 25. 1. 1949 auf Initiative von Georg August Zinn (SPD), dass die aus dem Dienst entlassenen Beamten der Diktatur keinen Wiedereinstellungsanspruch besitzen, weil ihr Dienstverhältnis mit dem 8. 5. 1945 erloschen ist.<sup>12</sup>

Die Infragestellung dieser im Parlamentarischen Rat eingenommenen Position ist die Geburtsstunde des Artikels 131 GG, vor allem aber der Gesetzgebung von 1951. Einer der einflussreichsten, von den Beamtenverbänden massiv unterstützten Kritiker der im Parlamentarischen Rat sich abzeichnenden verfassungsrechtlichen Regelung, Einstellungsansprüche der Angehörigen des alten Staatsapparates auszuschließen, ist der nordrhein-westfälische Justizminister Sträter (CDU). In einem bereits fünf Tage nach dem Beschluss des Redaktionsausschusses an Adenauer gerichteten Schreiben vom 29. 1. 1949 behauptete er, »es bestünde nicht die geringste Veranlassung«, »den Verdrängten ... von Bundes wegen wegen nach der Fassung des Redaktionsausschusses alle Rechte zu nehmen.«<sup>13</sup> Diese Intervention beruhte auf einer Sicht der Rolle der Beamten im Dritten Reich, die die Verantwortung für das Repressions-Regime auf dessen Spitzen verlagerte und zugleich die rechtliche und moralische Integrität der staatlichen Träger der Diktatur behauptete. Sträter verwandelte – in einem auf alle Richter bezogenen Bürokratendeutsch – die Justiz des Regimes in ein Oppositionsorgan: »Der deutsche Richter in seiner Gesamtheit ist im Dritten Reich intakt geblieben, er hat vor Hitler nicht kapituliert.«<sup>14</sup>

In dem Ende der 40er Jahre beginnenden Kalten Krieg und seiner impliziten Rechtfertigung der für den NS-Staat konstitutiven Frontstellung gegen den Osten wächst das Klima einer Abwehr der unverstellten Wahrnehmung des Nationalsozialismus, die sich in der von der Mehrheit der Bevölkerung, der evangelischen und katholischen Kirche getragenen Infragestellung der amerikanischen Prozesse gegen die bürgerlichen Funktionsebenen – von der Wehrmacht über die Justiz bis zu Beamten des Auswärtigen Amtes – niederschlägt.<sup>15</sup> Im Parlamentarischen Rat kommt es zu einer grundlegenden Wendung. Der schließlich verabschiedete Art. 131 GG ist die kompromisshafte Negation der zunächst beschlossenen Position, die Kontinuität des Staatsapparates verfassungsrechtlich auszuschließen. Stattdessen lässt der Artikel die Form der Regelung der Kontinuität bzw. der Diskontinuität der Träger des öffentlichen Dienstes offen. Er gebietet nicht die einfache Inkorporation der staatlichen Funktionsebenen der Diktatur, aber er ermöglicht sie.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Ott (Fn. 9), S. 316.

<sup>11</sup> L. Niethammer, *Die Mitläuferfabrik. Die Entnazifizierung am Beispiel Bayerns* (1972), Berlin 1982.

<sup>12</sup> Wengst (Fn. 2), S. 60 f.

<sup>13</sup> Ebd., S. 64.

<sup>14</sup> Der Konstanzer Juristentag, Tübingen 1947, S. 203.

<sup>15</sup> Frei (Fn. 3).

<sup>16</sup> Vgl. Wengst (Fn. 2), S. 65.

Der in dem Gesetz zu Art. 131 GG festgelegte Wiedereinstellungsanspruch der Angehörigen des öffentlichen Dienstes des Dritten Reiches führt dazu, dass die einstige nationalsozialistische Homogenisierung des Beamtenapparates wiederhergestellt wurde. Dies hieß, dass die mit dem Gesetz zur sogenannten Wiederherstellung des Berufsbeamtentums vom 7. 4. 1933 herbeigeführte Ausschaltung von Juden und Republikanern und die entsprechende neue personelle Struktur unter den Bedingungen des demokratischen Rechtsstaates fortwirkte, während die Vorschriften für die beamteten Opfer des NS-Regimes kein wirkliches Gegengewicht bildeten.

Die Bedeutung des 131er-Gesetzes für das gesamte Staatsgefüge ergibt sich aus einer zentralen Regelung. Das Gesetz gewährte nicht nur individuelle Einstellungsansprüche der Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Vielmehr wurde mit dem § 11 eine objektivrechtliche Norm geschaffen, durch die der jeweilige Dienstherr verpflichtet wurde, eine Quote von 20 Prozent sogenannter Amtsverdrängter aufzunehmen. So wurde ein Zwang zur Unterbringung von Beamten des Dritten Reiches geschaffen, die ihre Wiederverwendung massiv beschleunigte. Für die Universitäten, in denen ein Teil der mit dem Nationalsozialismus kooperierenden Hochschullehrer ihr Ordinariat noch nicht wieder zurückerhalten hatten, wurde ein wirkungsvoller Kooptationsmechanismus geschaffen. Der Staatsrechtler Otto Bachof beschreibt ihn mit vorsichtig kritischem Unterton so: »... Bei jeder Berufung (musste) anhand einer vom Bundesinnenministerium zusammengestellten Liste von noch nicht untergebrachten 131er-Hochschullehrern geprüft werden, welche der dort aufgeführten Personen für die Besetzung des Lehrstuhls fachlich in Frage kamen. Dem Kultusministerium war eingehend zu begründen, wenn und warum ein in die Liste aufgenommenem Hochschullehrer etwa nicht berücksichtigt werden sollte; somit musste die vorgeschlagene Fakultät damit rechnen, dass die Nichtberücksichtigung eine Rückgabe der Liste ..., wenn nicht sogar den Oktroi des Ministeriums zur Folge haben konnte.«<sup>17</sup>

Die Automatik der Übernahme der staatlichen Funktionselite des Dritten Reiches durch die Quotenregelung wurde von der westdeutschen Rektorenkonferenz – sie widersetzte sich in jener Zeit noch der Zulassung der Verbindungen – 1950 kritisiert.<sup>18</sup> Dies beruhte offenbar darauf, dass wissenschaftliche Einwände gegen Personen, die rationales Denken zu Gunsten der Propagierung der nationalsozialistischen Weltanschauung aufgegeben hatten, durch den vorgängigen Einstellungsmechanismus nun nicht mehr erhoben werden konnten. Die Quotenregelung implizierte, dass das NS-System in einen normalen Staat transformiert wurde. Die Rolle derer, die für das Diktatur-Regime tätig waren, erschien für den demokratischen Rechtsstaat nicht mehr problematisch. Daher konnte von einer Prüfung ihrer Tätigkeit abgesehen und eine direkte Zuweisung entlassener Personengruppen erfolgen. Die Einebnung der Diktaturqualität des nationalsozialistischen Staates kulminierte in der Regelung des 131er-Gesetzes, dass Angehörige der Gestapo, die von Amts wegen in ihre Stellung gelangt waren, obgleich die Speerspitze des rechtsaufhebenden Maßnahmenstaates, grundsätzlich ein Recht auf Wiedereinstellung erhielten.<sup>19</sup>

Im Gegensatz zur Quotierungspflicht für Träger des NS-Regimes wurde für die von ihm Entlassenen in dem Wiedergutmachungsgesetz keine objektivrechtliche Quo-

17 Zit. nach H. Fangmann, Die Restauration der herrschenden Staatsrechtswissenschaft nach 1945, in: U. Reifner (Hrsg.), Das Recht des Unrechtsstaates, Frankfurt/Main 1981, S. 237.

18 A. Szabó, Vertreibung, Rückkehr, Wiedergutmachung. Göttinger Hochschullehrer im Schatten des Nationalsozialismus, Göttingen 2000, S. 273.

19 Wengst (Fn. 2), S. 198.

tenregelung vorgesehen.<sup>20</sup> Eine derartige Regelung, durch die insbesondere die Universitäten dazu angehalten worden wären, eine bestimmte Zahl von emigrierten Wissenschaftlern in den Lehrkörper aufzunehmen, ist jedoch kurz nach Kriegsende von den Militärregierungen, im Zusammenwirken mit den deutschen Exekutivbehörden, getroffen worden, um in den Hochschulen durch Repräsentanten der exilierten demokratischen Gegenelite Ansätze dafür zu schaffen, dass die einstige Bindung an das autoritäre System überwunden werde.<sup>21</sup>

Das von Adolf Grimme geleitete Oberpräsidium in Hannover ordnete schon Anfang September 1945, noch vor der Aufhebung des Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums durch den Kontrollrat, an, alle in der NS-Zeit getroffenen Personalentscheidungen zu überprüfen. Die Konsequenz war, dass Beamte, die aus politischen Gründen diskriminiert wurden, bevorzugt eingestellt werden sollten. Tatsächlich legte das hannoversche Oberpräsidium in zwei Erlassen vom 12. 3. und 13. 4. 1946 eine Art Quotenregelung fest. Es richtete für die Universität Göttingen vier Wiedergutmachungslehrstühle ein, die für rückkehrwillige Opfer der nationalsozialistischen Diskriminierungsgesetzgebung zur Verfügung gestellt werden sollten.<sup>22</sup>

Diese frühe Form der aktiven Reintegration von Emigranten durch den entstehenden demokratischen Staat ist in der Gesetzgebung zu Beginn der 50er Jahre nicht mehr enthalten. Die individuellen Ansprüche sind nicht verbunden mit einem politischen Konzept der Umgestaltung der Universitäten im Geist der Aufklärung, gegen die sich die Wissenschaft im Nationalsozialismus konstituierte. Die Emigranten figurieren als versorgungsrechtliche Größe, deren Ansprüche erfüllt werden, ohne dass man das Denken, für das sie einstanden und deswegen ihr Amt verloren hatten, tatsächlich in Wirksamkeit setzen wollte. Es war offen, ob sie ihre Stelle wieder erhielten, darüber entschied der wiedergutmachungspflichtige Dienstherr.

#### IV.

Die tatsächliche Rückgewinnung von Emigranten – genannt sei nur Gerhard Leibholz, Helmuth Plessner, Max Horkheimer und Theodor W. Adorno – beruhte nicht zentral auf dem Wiedergutmachungsgesetz von 1951; die genannten Professoren sind vor dem Inkrafttreten des Gesetzes nach Deutschland zurückgekehrt. Ihre neue Tätigkeit an deutschen Universitäten resultierte weniger aus der zeitgenössischen Gesetzgebung als aus der bewussten Politik der jeweiligen sozialdemokratisch dominierten Landesregierung in Niedersachsen und Hessen, in denen der Gedanke des institutionellen Bruchs mit dem NS-Regime starkes Gewicht hatte. Um Gerhard Leibholz, den Schwager Dietrich Bonhoeffers, der in einem Brief vom 2. 11. 1945 schrieb, dass er »drei Brüder, zwei Schwäger und eine Schwägerin durch die Nazis verloren (hat)«,<sup>23</sup> dafür zu gewinnen, an die Universität Göttingen zurückzukehren, fuhr der niedersächsische Kultusminister Adolf Grimme, einst selber im Widerstand im Umkreis der Roten Kapelle, eigens nach England.<sup>24</sup> Max Horkheimer erhält in den USA Ende 1948 von einem leitenden Beamten des Hessischen Staatsministeriums für Kultus und Unterricht ein Schreiben, in dem die Landesregierung engagiert ihr Interesse an der Rückkehr von Horkheimer an die Universität Frankfurt/Main zum Ausdruck bringt.<sup>25</sup>

<sup>20</sup> Szabó (Fn. 18), S. 330.

<sup>21</sup> Ebd., S. 87.

<sup>22</sup> Ebd., S. 90.

<sup>23</sup> Ebd., S. 383.

<sup>24</sup> Ebd., S. 385; vgl. auch A. Grimme, Briefe, Heidelberg 1967.

<sup>25</sup> M. Horkheimer, Gesammelte Schriften Bd. 18: Briefwechsel 1949–1972, ed. G. Schmid Noerr, Frankfurt/Main 1996, S. 10, Anm. 10.

Zwischen jenen Landesregierungen und der Vorstellungswelt der Emigranten von den Aufgaben eines demokratischen Deutschlands, das mit dem nationalsozialistischen System von Grund auf bricht, gab es eine weitgehende Übereinstimmung. Gerhard Leibholz bestimmte in einem 1947 in der Göttinger Universitäts-Zeitung veröffentlichten Artikel seine Aufgabe so: »Sie mögen sagen: Was können wir schon von einem Mann lernen, der den Krieg und die beiden Nachkriegsjahre in England und nicht in Deutschland erlebt hat? Was weiß ein Mann von unserer Not? Lassen Sie mich mit einer Gegenfrage antworten: Wissen die, die so fragen, auch von der Not der anderen, einschließlich derer, die als Gegner des Regimes zu einer Zeit aus ihrem Land vertrieben wurden, als die Mehrheit des Volkes teils aus irregeleitetem Idealismus, teils aus Opportunismus dem früheren Regime noch folgen zu müssen glaubte?«<sup>26</sup> Aus ähnlicher Perspektive beschreibt Max Horkheimer in einem Brief an Hermann Lietz vom Hessischen Staatsministerium für Kultur und Unterricht vom 10. 11. 1948 seine Motive für eine Rückkehr nach Frankfurt am Main: »Der philosophische Gedanke ist von der deutschen Sprache nicht abzulösen. Durch die Verstümmelung aber, welche die Sprache im Dritten Reich bis in die Syntax erlitten hat, ist sie aus einem Medium des Denkens zu einem Instrument des Befehls entartet ... Mich (zieht) die Erfahrung nach Deutschland, dass die wenigen Menschen, welche unmittelbar unter dem Schrecken Hitlers ihm innerlich und äußerlich widerstanden haben, in der ganzen Welt uns am nächsten stehen. Für sie, die immer noch isoliert sind, kann das, was wir Ausgewanderten zu sagen haben, am fruchtbarsten werden. Theoretisch und praktisch bedürfen sie der Ermutigung.«<sup>27</sup>

## V.

Das Ausführungsgesetz zu Art. 131 GG unterschied sich – in der Privilegierung der staatlichen Funktionsträger des Dritten Reiches – nicht nur normativ vom Wiedergutmachungsgesetz für die Emigranten. In der Anwendung der beiden Gesetze gab es große Unterschiede. Die zuständigen Behörden und universitären Institutionen nahmen gegenüber den beiden Gruppen der Wiedereinstellungsberechtigten – betrachtet man die allgemeine Tendenz und lässt die Ausnahmen außer acht – eine unterschiedliche Haltung ein: Die nach 1945 aus dem Amt Entfernten wurden bevorzugt und die Opfer des Nazi-Regimes benachteiligt.

Die Bestimmungen des 131er-Gesetzes wurden vielfach mit einer außergewöhnlichen Geschwindigkeit, auch durch die Einführung landesgesetzlicher Sonderbestimmungen, zur Grundlage kontinuierlicher Staatspraxis. In Niedersachsen wurde am 18. 12. 1951 ein eigenes Entnazifizierungsschlussgesetz verabschiedet, durch das die Gruppe der Minderbelasteten und Mitläufer durch eine Neudefinition der Gruppe der Unbelasteten zugeordnet wurde.<sup>28</sup> Sechs Tage später wurde das niedersächsische Gesetz zu Art. 131 erlassen, für das die gerade erfolgte neue Einstufung, die definitorische Schaffung von Entlasteten und Mitläufer, galt. Die Rechtskontinuität, bezogen auf den Staatsapparat des Hitler-Regimes, wurde positiv normiert: Die Beamten, die am 8. Mai im öffentlichen Dienst standen, erhielten grundsätzlich den Status von Beamten zur Wiederverwendung. Bis zum September 1951 – binnen vier Monaten nach Inkrafttreten des 131er-Gesetzes – erfüllten die niedersächsischen Hochschulen bereits eine Wiedereinstellungsquote von 21 Prozent.<sup>29</sup> In einer Bilanz der Wirkungsweise des

26 Szabó (Fn. 18), S. 387.

27 M. Horkheimer, Gesammelte Schriften Bd. 17: Briefwechsel 1941–1948, ed. G. Schmid Noerr, Frankfurt/Main 1996, S. 1034.

28 Szabó (Fn. 18), S. 292.

29 Ebd., S. 294, Anm. 119.

131er-Gesetzes beschrieb der Rektor der Universität Tübingen, Erwin Buenning, die Tendenz der Reintegration der Hochschullehrer des Nationalsozialismus und der weiteren Verbannung von Emigranten von der Universität. Er nannte die Personen, die nach den auf Grund des Gesetzes erstellten Listen berücksichtigt werden sollen, »ganz untragbar«, während in diesen Listen »niemals Namen derjenigen (auftauchen), die durch das Nazi-Regime vertrieben wurden und heute sehr gerne wieder ein Lehramt haben würden.«<sup>30</sup>

Im Gegensatz zur Anwendung des 131er-Gesetzes wurde die praktische Wirksamkeit des Wiedergutmachungsgesetzes, das ohnehin eine geringe Zahl von Personen betraf, von vielen Verzögerungen und Blockaden beeinträchtigt. Sie hatten ihre Ursache wesentlich im Machtgewicht des wiederhergestellten Staatsapparates des Dritten Reiches und in den in der Nachkriegsgesellschaft virulenten nationalistischen Affekten gegenüber den Emigranten, die sich auch in einer Allensbach-Umfrage von 1954 niederschlugen, nach der 39 Prozent der Bevölkerung die Übernahme von Regierungssämtern durch Emigranten ablehnten.<sup>31</sup> Die Wirkungsweise des restaurierten Beamtenapparates beschrieb ein führender Vertreter des Bundes der Verfolgten des Nazi-Regimes. Aufgrund seines Überblicks über die Verfahren gelangte Eugen Budde 1951 zu der Feststellung: »... Die Wiedergutmachung im öffentlichen Dienst (ist) in vielen Fällen und manchen Behörden in die Hände von ehemaligen Nazis oder solchen Beamten gelangt, die diesem Problem ... gleichgültig oder ablehnend gegenüberstehen.«<sup>32</sup> Dies führte, resümiert Budde, zur »Bevorzugung ehemaliger PG-Beamter vor den ehemals politisch geschädigten ... Beamten.«<sup>33</sup> Die Begründungen in den Entschädigungsverfahren liefen oftmals auf eine Neulegitimation des gesetzlichen Unrechts des Hitler-Regimes hinaus. In einem in Niedersachsen anhängigen Wiedergutmachungsverfahren des Mathematikers Otto Friedrich, der Nazi-Deutschland mit seiner jüdischen Verlobten 1937 verlassen hatte, erging am 18. 3. 1954 ein Bescheid des Kultusministeriums, der sich für die Ablehnung des Wiedergutmachungsanspruchs ausdrücklich auf das Blutschutzgesetz von 1935 stützt: »Es liegen keine Anzeichen vor, dass er verfolgt worden wäre, wenn er in Deutschland geblieben wäre. Zu einer Eheschließung hätte es in Deutschland auf Grund des Gesetzes zum Schutz des deutschen Blutes und der deutschen Ehre vom 15. Mai 1935 nicht kommen können, so dass er auch aus rassischen Gründen nicht hätte verfolgt werden können.«<sup>34</sup>

## VI.

Das Übergewicht der einstigen staatlichen Funktionselite der Diktatur hatte fatale Auswirkungen auf die Rechtsordnung der frühen Bundesrepublik. Die große Mehrheit derer, die im Staats- und Justizapparat und in den Universitäten des Dritten Reiches tätig waren, hatten lange Jahre zum Grundgesetz, das für die Emigranten von Gerhard Leibholz bis Fritz Bauer wesentlich die Erfüllung ihrer politisch-juristischen Vorstellungen bedeutete, ein vielfach gebrochenes Verhältnis, das von den einstigen Prägungen und politischen Optionen für die Diktatur nicht abgelöst werden kann.<sup>35</sup>

<sup>30</sup> Ebd., S. 276.

<sup>31</sup> J. Perels, Wider die »Normalisierung« des Nationalsozialismus. Interventionen gegen die Verdrängung, Hannover 1996, S. 74.

<sup>32</sup> Wengst (Fn. 2), S. 234.

<sup>33</sup> Ebd.

<sup>34</sup> Szabó (Fn. 18), S. 321.

<sup>35</sup> G. Leibholz, Der Strukturwandel der modernen Demokratie, Karlsruhe 1952; F. Bauer, Die Humanität der Rechtsordnung. Ausgewählte Schriften, ed. J. Perels/I. Wojak, Frankfurt/Main 1998; J. Perels, Das juri-

Hierzu nur ein paar Hinweise:

Die Rechtsprechung verdrängt die rechtsstaatliche Kategorie »gesetzlichen Unrechts« (Radbruch) und erkennt ganz überwiegend die nationalsozialistische Repressionsrechtsordnung für die Bundesrepublik als verbindlich an: Legitimiert wird die Vernichtungspraxis gegen Widerstandskämpfer, die nationalsozialistischen Diskriminierungen der Roma und Sinti, die Verurteilung der Juden nach dem Blutschutzgesetz.<sup>36</sup> Umgekehrt wird für bestimmte NS-Täter ein Sonderrecht durch die Justiz geschaffen, welches das Legalitätsprinzip aushöhlt: Wer in verantwortlicher Stellung an Massenverbrechen an Juden beteiligt war, wird ganz überwiegend, nämlich zu etwa 90 Prozent als Gehilfe eingestuft, der – obgleich er führende SS-Ränge einnahm – sich mit dem Tötungsvorhaben angeblich nicht identifiziert habe. Durch die Verwandlung von Tätern in Gehilfen wird die rechtliche Verantwortung für die Tötungsverbrechen strukturell eingeschränkt. Die Sanktionsfolgen für die Aufhebung des Rechts auf Leben stehen im umgekehrten Verhältnis zur Dimension der Tat.<sup>37</sup>

Der Umgang mit der ultralinken KPD in den 50er und 60er Jahren wird dagegen mit großer Härte geführt; es gab 125.000 Ermittlungsverfahren und über 7000 Verurteilungen. Die Verfolgung von Kommunisten geschieht im Kern wegen einer Gesinnungsverfehlung, die einen Fremdkörper in einem rechtsstaatlichen Strafrecht darstellt. Wenn ein Nichtkommunist für eine Äußerung sanktionsfrei bleibt, ein Kommunist aber wegen derselben Äußerung, z. B. einer Kritik am Antisemitismus – in einem Verfahren wegen Fortsetzung der KPD – verurteilt wird, ist die Geltung des Gleichheitssatzes aufgehoben. Dies beruht nicht zuletzt auf dem Fortwirken einer im Nationalsozialismus auf die Spitze getriebenen, auf die Abkehr vom objektiven Rechtsgüterschutz gegründeten Strafrechtsdogmatik, die die Unterscheidung von Verhalten und innerer Einstellung aufhob.<sup>38</sup>

Die vielfache Nichtgeltung der demokratischen Rechtsordnung in der frühen Bundesrepublik, die mit der gängigen Rede von der Erfolgsgeschichte unseres Landes zugedeckt wird, ist auch ein Resultat des 131er-Gesetzes. Es schuf die Voraussetzung für die langanhaltende Etablierung einer vordemokratischen Nebenverfassung.

stische Erbe des »Dritten Reiches«. Beschädigungen der demokratischen Rechtsordnung, Frankfurt/Main 1999; ders., Die Strafsache gegen Mulka und andere 4 Ks 2/63 – Juristische Grundlagen, in: I. Wojak (Hrsg.), Auschwitz-Prozess, Köln 2004, S. 124 ff.

<sup>36</sup> Perels (Fn. 35), S. 181 ff.; ders., Antisemitismus in der Justiz nach 1945?, in: F. Bauer Institut (Hrsg.), »Beseitigung des jüdischen Einflusses ...« Antisemitische Forschung, Eliten und Karrieren im Nationalsozialismus, Frankfurt/Main 1999, S. 241 ff.; H. Düx, Entschädigung, aber kein Ende der Diskriminierung, Demokratie und Recht H.3/1980, S. 264 ff.

<sup>37</sup> K. Freudiger, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, Tübingen 2002, S. 143–270; B. Nehmer, Täter als Gehilfen?, in: Redaktion Kritische Justiz (Hrsg.), Die juristische Aufarbeitung des Unrechts Staats, Baden-Baden 1998, S. 635 ff.; S. Wittke, Teilexkulpation von KZ-Verbrechern?, ebd., S. 547 ff.; F. Kruse, Das Maidanek-Urteil, ebd., S. 595 ff.; S. Benzler, Justiz und Anstaltsmord, ebd., S. 383 ff.

<sup>38</sup> A. v. Brünneck, Politische Justiz gegen Kommunisten in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1968, Frankfurt/Main 1978; D. Posser, Anwalt im Kalten Krieg. Ein Stück deutscher Geschichte in politischen Prozessen 1951–1968, München 1991, S. 297 ff.