

AXEL VON DER OHE

Der Maßnahmenstaat als Hypothek der demokratischen Rechtsordnung. Zu Joachim Perels' Buch »Entsorgung der NS-Herrschaft?«

Joachim Perels: Entsorgung der NS-Herrschaft? Konfliktlinien im Umgang mit dem Hitler-Regime, Hannover: Offizin-Verlag 2004, 384 S., Euro 22,90.

Die Geschichte der vielfach defizitären justitiellen und rechtspolitischen Auseinandersetzung mit der NS-Despotie in der frühen Bundesrepublik ist zuletzt in verstärktem Ausmaß zum Gegenstand der politologischen, zeit- und rechtshistorischen Forschung geworden (Greve 2001; Freudiger 2002; von Miquel 2004). Mit dem vorliegenden Band, der rund zwei Dutzend zum größten Teil bereits andernorts publizierte Einzelaufsätze umfaßt, greift der Politikwissenschaftler Joachim Perels in diese Diskussion ein. Er wählt dabei einen Ansatz, der die juristischen Ausdrucksformen nicht isoliert betrachtet, diese vielmehr mit politischen, gesellschaftlichen und theologischen Fragestellungen verknüpft, um so die »Totalität des Umgangs mit der Zeit des Nationalsozialismus schärfer hervortreten« (S. 9) zu lassen. Eingeleitet von einem programmatischen Überblick, der den Bogen von der unmittelbaren Nachkriegszeit bis in die Gegenwart spannt, ist das Buch in vier systematisch aufeinander bezogene Abschnitte gegliedert: Einer Analyse der strukturellen Beschaffenheit der nationalsozialistischen Rechtsordnung folgt die Thematisierung der Rolle von Justiz und Rechtslehre bei der lange Zeit verschleppten Aufarbeitung der Staatsverbrechen. Die Teile III und IV setzen sich kritisch mit gesellschaftlich zum Teil nach wie vor virulenten Wahrnehmungsblockaden auseinander und konfrontieren diese mit den Bemühungen um eine aufgeklärte Aufarbeitung der Vergangenheit, wie sie von den in Kurzportraits dargestellten »Zeugen der Erinnerung« – gewürdigt werden u. a. Hans Joachim Iwand, Eugen Kogon und Günter Spindel¹ – beispielhaft praktiziert wurde.

I

Bereits 1936 beginnt der Jurist und spätere Mitbegründer der westdeutschen Politikwissenschaft, Ernst Fraenkel,² mit der Arbeit an seiner bis heute grundlegenden Analyse des nationalsozialistischen Rechtssystems: Es entsteht *Der Doppelstaat* (Fraenkel 2001 [1941]). Empirisch genau ergründet Fraenkel die Anatomie der NS-Herrschaftsordnung. Diese ist geprägt von einer tiefgreifenden Dichotomisierung des Rechtsbegriffs: Während die Geltung allgemein verbindlicher Rechtsnormen auf dem Sektor der privaten Ökonomie – freilich unter Ausgrenzung der jüdischen Bevölkerung – prinzipiell aufrechterhalten bleibt (Normenstaat), ist die Garantiefunktion des Rechts im gesamten politischen Bereich beseitigt (Maßnahmenstaat). Der Exekutivbefugnis des Regimes sind hier keinerlei Fesseln angelegt. Die Staatsgewalt operiert in einem extralegalen Raum, in dem die Grundrechte der Individuen – voran das Recht auf Leben – aufgehoben sind.

Perels' Blick auf den Hitler-Staat ist maßgeblich an diesem Kategoriensystem geschult. Er kann sich deshalb auf ein theoretisches Fundament stützen, das den Zugang zu einer systematischen Erfassung der (Un-) Rechtswirklichkeit der Diktatur eröffnet. Zugleich entgeht Perels der Gefahr eines gleichsam freischwebenden theoretischen Determinismus. Seine Argumentation ist stets an den konkreten Einzelfall gebunden, so daß auch Nebenlinien erkannt und gedeutet werden können.

Anhand einer eingehenden Rezeption der zeitgenössischen Literatur – von Carl Schmitt über Ulrich Scheuner und Theodor Maunz bis hin zu Ernst Rudolf Huber³ – zeigt Perels, daß die juristische Lehre im Nationalsozialismus als ein integraler Bestandteil des Maßnahmenstaates fungierte. Ob es um die nachträgliche Legitimierung der Mordaktion des 30. Juni 1934 (der Röhm-Morde), die Handlungsfreiheit der Gestapo oder die Negation des universellen Völkerrechts ging: Stets waren die Vertreter einer Rechtslehre, deren Majorität sich schon in einer antidemokratisch-autoritären Frontstellung gegen die Weimarer Verfassungsordnung befunden hatte, zur Stelle, um die Herrschaftspraxis des Regimes mit ihrer Interpretationsmacht abzustützen.

Ähnliches gilt für die Gerichtsbarkeit. Perels rekonstruiert hier analog zur Gesamtentwicklung des »Dritten Reiches« einen Prozeß der fortschreitenden Radikalisierung, der in der Verhängung von mindestens 35.000 Todesurteilen kulminierte. In Übereinstimmung mit der neueren Forschung gelingt es Perels, das hohe Maß an Anpassungsbereitschaft und politischer Identifikation – und nicht etwa staatliche Lenkungsversuche – als den für die Pervertierung der Rechtsprechung primär ursächlichen Faktor herauszuarbeiten. Besonders sinnfällig wird dieser Mechanismus der Selbstgleichschaltung am Beispiel der die jüdische Bevölkerung betreffenden Judikatur. Noch ehe die antisemitischen »Nürnberger Gesetze« überhaupt ergangen waren, machten sich Teile der Rechtsprechung daran, die Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches für Juden partiell auszuhebeln. Diese Tendenz setzte sich nach 1935 fort: Die nun bestehenden Diskriminierungsnormen wurden in einer extensiven, durch den Wortlaut nicht gedeckten Weise ausgelegt. Die höchste Instanz, das Reichsgericht, löste den Begriff des Geschlechtsverkehrs in seiner »Rassenschande«-Judikatur entgrenzend auf – schon Küsse zwischen Juden und Nichtjuden galten als Rassenschande (vgl. Perels, S. 70) – und schuf so die Voraussetzung für eine exzessive Bestrafung der jüdischen »Tatbeteiligten«.

Aufschlußreich ist, daß Perels dem überschießenden Gehorsam, der sich in der justitiellen Umsetzung des staatlich verordneten Antisemitismus, aber auch in der strafjuristischen Verfolgung von Sozialdemokraten und Kommunisten ausdrückte, alternative Handlungsformen gegenüberstellt. Abgesehen von Einzelinterventionen auch auf anderen Gebieten finden sich Rechtspositionen, die der nationalsozialistischen Doktrin einschränkend entgegengehalten wurden, primär im Umgang mit Dissidenten aus den Reihen der Kirchen. Hier nahm die Rechtsprechung und in begrenztem Maße sogar deren maßnahmenstaatliche Speerspitze, die Sondergerichtsbarkeit, »zwar nicht durchgängig, aber doch vielfach eine schützende Haltung ein« (S. 71).

Im Blick auf diese willkürbegrenzenden Alternativen lassen sich mit Perels zwei thesenhafte Befunde formulieren. Erstens: Auch unter den Herrschaftsbedingungen der Diktatur war eine Verteidigung von Abwehrrechten gegen den NS-Staat nicht vollständig ausgeschlossen, Handlungsspielräume blieben bis zu einem bestimmten Grad bestehen. Die weitere Forschung ist hier aufgerufen, die Perspektiven und Grenzen solcher Resistenz ebenso wie die politisch-soziale Prägung der beteiligten Richter noch systematischer zu entschlüsseln, als es der eher exemplarische Zugriff Perels' in diesem Punkt leisten konnte.

Zugleich sind zweitens die von Perels sichtbar gemachten Handlungsvarianten nicht als ein Zeichen umfassender richterlicher Opposition mißzuinterpretieren. Das gleiche Richterkollegium, das Schutzpositionen für Kirchenvertreter aufrechterhielt, konnte mit massiver Härte gegen Angehörige der Arbeiterbewegung vorgehen. Selbst jener Teil der Richterschaft, der eine Halbdistanz zum Regime bewahrt hatte, akzeptierte demnach dessen innenpolitische Feinderklärungen. Die bereits für die Weimarer Republik charakteristische schichtenspezifische Formierung des Justizapparats wirkte hier als ein »Transmissionsriemen« der nationalsozialistischen Verfolgungspraxis.

II

Die verfassungspolitische Antwort auf die gegenzivilisatorische Freisetzung ungeahnten systemischen Terrors war das Grundgesetz. Dessen Zentralentscheidung, alle Zweige der Staatsgewalt unaufhebbar auf die Achtung der Grundrechte festzulegen, ist die dezidierte Antithese zum Maßnahmenstaat. Wie Perels auf der Basis umfangreichen Materials nachweist, folgte indes die justitielle und rechtspolitische Bewertung der NS-Herrschaft nicht uneingeschränkt den von der Verfassung vorgegebenen Kriterien. Perels fördert hier zwar kaum überraschende Detailergebnisse zu Tage, es gelingt ihm aber, die Struktur des rechtsförmigen Umgangs mit den Verbrechen der Hitler-Diktatur exakt zu beschreiben. Was somit in den Blick treten kann, ist die Herausbildung einer von der weitreichenden Akzeptanz der juristischen Doktrin des Nationalsozialismus geprägten »rechtliche[n] Sonderzone« (S. 13), innerhalb derer – und dies ist die wichtigste Erkenntnis der hier vorgestellten Analysen – jenes Strukturelement maßnahmenstaatlichen Denkens, das auf den Ahndungsausschluß für Regierungskriminalität gerichtet ist, in die Rechtsordnung der frühen Bundesrepublik eindringen konnte.

Ein Beispiel mag dies belegen: Mit dem Amnestiegesetz von 1954 beschloß der Deutsche Bundestag einen staatlichen Strafverzicht für eine Reihe von NS-Tätern, von dem auch Totschlagsverbrecher profitierten konnten. Dabei folgte der Gesetzgeber, wie Perels gestützt auf die grundlegenden Studien von Norbert Frei (1996) und Ulrich Herbert (1996) zeigen kann, in einem zentralen Punkt einer Interpretationsfigur, die auf den einstigen Justitiar der SS, Werner Best,⁴ zurückzuführen ist. Dieser hatte die Forderung nach einer Amnestierung nationalsozialistischer Staatsverbrechen mit dem Argument begründet, hierbei handele es sich um politische Straftaten, die durch das Fehlen eigennütziger Motive definiert seien und deshalb weder der Spezial- noch der Generalprävention bedürften.⁵ In leicht modifizierter Form fand dieser Rechtfertigungstopos auf dem Weg über die Bonner Justizbürokratie (zu der Best enge Kontakte unterhielt) Eingang in den vom Parlament verabschiedeten Gesetzestext. Darin war festgelegt, daß bestimmte strafbare Handlungen sanktionslos bleiben sollten, wenn sie »in der Annahme einer Amts-, Dienst- oder Rechtspflicht [...] begangen worden« waren (BGB1 I, 1954, S. 203; zit. n. Frei 1996, S. 123). Auf diese Weise bestätigte der demokratische Gesetzgeber die vom »NS-System verfügte Sanktionsfreiheit für die Durchbrechung von Rechtsgarantien« (Perels, S. 15).

Die partielle Fortexistenz solch antinormativen Rechtsdenkens war nicht auf die vergangenheitspolitischen Weichenstellungen der Legislative beschränkt. Die bestimmende Richtung der Rechtsprechung verfolgte in Übereinstimmung mit dem Mainstream der Lehre und unter der Führung des Bundesgerichtshofs die Tendenz, zentralen nationalsozialistischen Gewaltnormen noch nach 1945 die Rechtsqualität zuzuerkennen. Ehemalige NS-Richter, die in ihren Urteilen einen in Rechtsform gekleideten Antisemitismus praktiziert oder das nationalsozialistische Staatsschutzrecht zur Liquidierung der politischen Opposition mißbraucht hatten, waren deshalb strafjuristisch ebenso weitgehend salviert wie die für den Besatzungsterror verantwortlichen Wehrmachtsführer (S. 148 ff.; 183 ff.). Eine wesentliche Aufgabe des demokratischen Verfassungsstaats, die darin bestanden hätte, die vom Hitler-Regime zerstörten Rechtsgüter im juristischen Umgang mit den Staatsverbrechen jedenfalls zeichenhaft wiederherzustellen, wurde so eklatant verfehlt.

Rechtsstaatliche Gegenpositionen, die vor allem in Gestalt der von den Vereinigten Staaten durchgeführten Nürnberger Nachfolgeprozesse bereitlagen, blieben demgegenüber für Jahrzehnte aus dem juristischen Wahrnehmungshorizont verbannt. Die Ursache hierfür erkennt Perels in erster Linie in der beinahe kompletten Übernahme des nationalsozialistischen Staats- und Justizapparats durch die Bundesrepu-

blik. Dies ist plausibel. Tatsächlich war eine konsequente Ahndung der Staatsverbrechen mit einem Richterkorps, das sich in seiner weit überwiegenden Mehrheit in den Dienst der Diktatur gestellt hatte, dem also nach 1945 die eigene lebensgeschichtliche Option für den Nationalsozialismus zum Metathema der einschlägigen Verhandlungen hätte werden müssen, nicht zu erreichen. Die nahezu zwangsläufige Begleitscheinung der Herstellung personeller Kontinuität lag darin, daß die rechtsstaatliche Verpflichtung zur Aufdeckung der Regimekriminalität vielfach an einer lebensgeschichtlich begründeten *reservatio mentalis*⁶ abprallte.

III

Während die juristische Aufarbeitung des Unrechts-Staats inzwischen weitestgehend abgeschlossen ist, hat die geschichtspolitische Diskussion in Wissenschaft und Gesellschaft seit den 80er Jahren eher zugenommen als abgenommen. Wie sich auch am Verlauf der einschlägigen Großkontroversen – dem Historikerstreit, der Walser-Bubis-Debatte oder der Auseinandersetzung um die Wehrmachts-Ausstellung – ablesen läßt, haben sich dabei die vorherrschenden Wahrnehmungsmuster deutlich verschoben. Die Signatur der frühen Bonner Republik, der Sieg der »vitalen Vergeßlichkeit« (Sternberger), hat ihre prägende Kraft verloren. Sie ist einem vielfach aufgeklärten Blick auf das NS-System gewichen. Perels bestätigt diesen Befund, ohne jedoch in eine einlinige Fortschrittsgeschichte zu verfallen. So entsteht ein differenziertes Mosaik, das gegenüber dem nivellierenden Pauschalurteil den Vorzug hat, auch gegenläufige – häufig im Zeichen einer »affirmativen Sinnggebung für die deutsche Geschichte« (S. 29) stehende – Tendenzen sensibel einzufangen.

Den für die 50er Jahre auf allen gesellschaftlichen Ebenen dominierenden Verdrängungswunsch illustriert Perels in einem längeren Beitrag zur Haltung des damaligen hannoverschen Landesbischofs Hanns Lilje (S. 266 ff.).⁷ An dessen Person läßt sich exemplarisch verfolgen, wie die in der unmittelbaren Nachkriegszeit punktuell erfolgreichen Initiativen, eine Aufarbeitung der Vergangenheit aus christlicher Perspektive zu begründen, von der Hauptströmung des Nationalprotestantismus wirksam unterlaufen wurden. Dabei verband sich in der Person Liljes die Unwilligkeit, dem vielfach unter kirchlicher Duldung geschehenen Unrecht ins Auge zu blicken, mit einer – und dies ist nicht untypisch für die frühe Bundesrepublik – theologisch überhöhten Delegitimierung des antinazistischen Widerstandes. In einer neokonstantinischen Hypostasierung der Staatsgewalt attestierte Lilje den Männern des 20. Juli, wiewohl er deren innere Motive anerkannte, eine sühnewürdige Schuld auf sich geladen zu haben. Die Verantwortung für eigenes Nicht-Handeln wurde so mit dem Fingerzeig auf jene, die nicht zuletzt aus ihrem Selbstverständnis als Christen heraus versucht hatten, »Hitler das Mordeisen aus der Hand zu schlagen« (S. 279), verdrängt.

Bestrebungen, die unverstellte Wahrnehmung der NS-Zwangsherrschaft einzutreiben, hält Perels auch in ihren aktuellen Erscheinungsformen die engagierte Einrede entgegen. Strukturelle bzw. begriffliche Relativierungen des nationalsozialistischen Massenmordes – etwa in Courtois' *Schwarzbuch* (1998) oder Friedrichs *Brand* (2002) – werden von ihm, der den Terror des SS-Staats in der eigenen Familiengeschichte erfahren hat, in ihrer empirischen, aber auch moralischen Fragwürdigkeit ausgeleuchtet. Orientierungspunkte seines Denkens sind dabei neben den großen Analytikern des Nationalsozialismus – Fraenkel, Franz L. Neumann, Raul Hilberg – kritische Intellektuelle wie Fritz Bauer, Martin Niemöller oder Wolfgang Abendroth.⁸ Die ihnen gewidmeten, kenntnisreich geschriebenen Beiträge werfen Schlaglichter auf eine Tradition demokratischen Denkens, die in der Geschichte der Bundesrepublik vielfach in eine Außenseiterrolle, eine Art »inneres Ausland«, verbannt blieb.

Besonders beeindruckend sind hier die Lebensbilder jener Männer, die wie Niemöller, Hans Joachim Iwand oder Eugen Kogon ihre ursprünglich autoritär-konservative Prägung in einem tiefgreifenden Reflexionsprozeß überwandten und so zu Streitern einer demokratischen Erneuerung werden konnten. Ein Einwand allerdings muß gemacht werden: In dem Portrait Niemöllers schildert Perels dessen couragierten Kampf, die »Schuldfrage« (Jaspers) in einem auch praktischen Sinn zum Thema christlichen Eingedenkens zu machen. Die herausragende Rolle, die der hessische Kirchenpräsident hier einnahm, ist unbestritten. Aus welchen Gründen sich dieser jedoch gleichzeitig für die in den alliierten Haftanstalten einsitzenden Kriegsverbrecher verwendete, und warum er die Politik der Entnazifizierung in einer Weise anging, die die legitime Kritik an dem bürokratisierten Verfahren populistisch überspannte, dies bleiben Fragen, die Perels ausgeklammert läßt.

IV

Insgesamt sind die in dem Band versammelten Aufsätze informativ und zupackend geschrieben. Der Leser profitiert davon, daß sich Perels nicht auf eine Position kontemplativer Beschreibung zurückzieht, sondern dezidiert und begründet urteilt. Seine Analysen liefern so in vielen Punkten das notwendige Gegenstück zu dem mittlerweile verbreiteten Topos von der »Erfolgsgeschichte Bundesrepublik«. Dieser mag zwar als ein Differenzbegriff, der die Entwicklung der Bundesrepublik positiv von ihren historischen Vorläufern abhebt, eine gewisse Berechtigung haben. Die schweren Unterlassungsschäden auf dem Feld der juristischen und gesellschaftlichen Aufarbeitung des Nationalsozialismus indes werden von ihm nicht einmal ansatzweise erfaßt. Perels' Plädoyer gegen eine Entsorgung der NS-Herrschaft macht diese Hypothek in ihrer ganzen Tragweite sichtbar.

Anmerkungen

- 1 Hans Joachim Iwand (1899–1960), ev. Theologe, 1935–37 Leiter des illegalen Predigerseminars der Bekennenden Kirche, nach dem Krieg Prof. für Systematische Theologie in Göttingen u. Bonn; Eugen Kogon (1903–87), Politikwissenschaftler, 1939–45 im KZ Buchenwald, Mitbegründer der *Frankfurter Hefte*, Prof. in Darmstadt; Günter Spindel (geb. 1922), Rechtswissenschaftler, 1962–90 Prof. in Würzburg.
- 2 Ernst Fraenkel (1898–1975), studierte in Frankfurt a. M. Rechtswissenschaft u. Geschichte; 1927–1938 (Emigration) Rechtsanwalt, Dozent in New York (New School for Social Research) und Berlin, ab 1953 Prof. in Berlin. *Der Doppelstaat* erschien 1940/41 in den USA (»The Dual State«).
- 3 Carl Schmitt (1888–1985), Staats- u. Völkerrechtler; Ulrich Scheuner (1903–1981), Staats- u. Kirchenrechtler, Lehrstuhl u.a. in Jena, Göttingen, Bonn (ab 1950); Theodor Maunz (1901–1993), Staatsrechtler, Prof. in Freiburg (ab 1935) u. München (ab 1952), bayer. Kultusminister (1957–64), üb. 20 Jahre Berater u. anonymer Autor der rechtsextremen *Deutschen National-Zeitung*; Ernst Rudolf Huber (1903–1990), Staatsrechtler.
- 4 Werner Best (1903–1989), Jurist, SS-Obergruppenführer (1944).
- 5 Die Spezialprävention zielt darauf ab, die erneute Straffälligkeit des Täters durch Verhängung von Strafe zu verhindern; die Generalprävention verfolgt das Ziel, andere davon abzuschrecken, dieselbe Straftat zu begehen.
- 6 Mentalreservation, geheimer Vorbehalt des Erklärenden, das Erklärte nicht zu wollen; vgl. § 116 BGB.
- 7 Hanns Lilje (1899–1977), ev. Theologe, 1934–45 Generalsekretär des Lutherischen Weltkonvents, 1952–57 Präsident des Lutherischen Weltbundes; 1947–71 Landesbischof der Evangelisch-lutherischen Landeskirche Hannovers; gründete 1948 das Sonntagsblatt (Deutsches Allgemeines Sonntagsblatt), 1952 die Evangelische Akademie Loccum.

8 Franz L. Neumann (1900–1954), Jurist, Dozent in Frankfurt a. M., Berlin, ab 1929 Rechtsanwalt, Emigration nach England und (1937) in die USA; arbeitete dort am *Institute of Social Research* unter Horkheimer, ab 1948 Prof. in New York, Lehrer Raul Hilbergs; wichtigstes Werk: *Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus* (1942/44), hrsg. v. G. Schäfer, Köln 1977; Raul Hilberg (geb. 1926), amerikan. Historiker, schrieb u.a. *Die Vernichtung der europäischen Juden* (3 Bde., 1961; dt. 1982); Fritz Bauer (1903–1968), mußte 1933 sein Amt als Richter niederlegen, weil er Jude und Sozialdemokrat war; 1936 Emigration nach Dänemark, 1944 nach Schweden, lebte von 1945–49 in Dänemark, dann Rückkehr nach Deutschland, Generalstaatsanwalt in Braunschweig (ab 1950) und Frankfurt a. M. (ab 1956), als hessischer Generalstaatsanwalt verantwortlich für die Anklageerhebung im Auschwitz-Prozeß, der 1963–1965 in Frankfurt stattfand; Martin Niemöller (1892–1984), ev. Theologe, wichtige Persönlichkeit der Bekennenden Kirche, 1937–45 KZ-Haft, 1947–64 Kirchenpräsident der Ev. Kirche in Hessen u. Nassau; Wolfgang Abendroth (1906–1985), 1933 nach dem »Berufsbeamtengesetz« aus dem jurist. Vorbereitungsdienst entlassen, 1937 verhaftet u. wegen »Hochverrats« zu vier Jahren Zuchthaus verurteilt, im Februar 43 Einzug zur Strafddivision 999, Politologe, Prof. in Jena, ab 1951 in Marburg.

Literatur

- Stéphane Courtois u.a.: *Das Schwarzbuch des Kommunismus. Unterdrückung, Verbrechen und Terror*, München: Piper 1998.
- Ernst Fraenkel: *Der Doppelstaat*. Hrsg. und eingeleitet von Alexander von Brünneck, Hamburg: EVA 2., durchges. Aufl. 2001 (1941).
- Norbert Frei: *Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit*, München: C. H. Beck 1996.
- Kerstin Freudiger: *Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen*, Tübingen: Mohr (Siebeck) 2002.
- Jörg Friedrich: *Der Brand. Deutschland im Bombenkrieg 1940–1945*, München: Propyläen 2002.
- Michael Greve: *Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren*, Frankfurt a. M. u.a.: Lang 2001.
- Ulrich Herbert: *Best. Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903–1989*, Bonn: Dietz 1996.
- Marc von Miquel: *Ahnden oder amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den 60er Jahren*, Göttingen: Wallstein 2004.