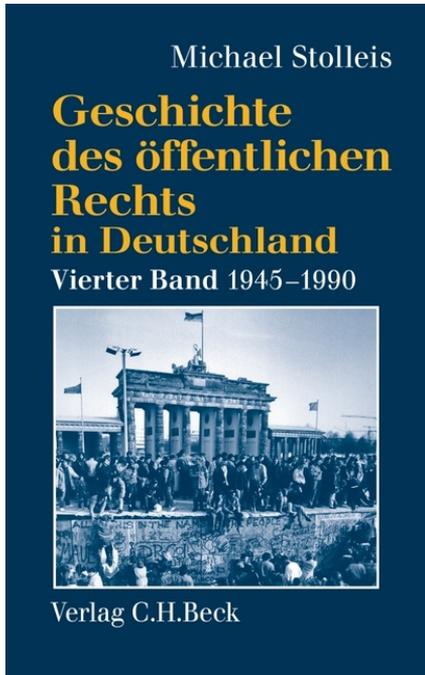


Unverkäufliche Leseprobe



Michael Stolleis
**Geschichte des öffentlichen Rechts in
Deutschland**
Vierter Band: Staats- und
Verwaltungsrechtswissenschaft in West und
Ost 1945–1990

720 Seiten, In Leinen
ISBN: 978-3-406-63203-7

Weitere Informationen finden Sie hier:
<http://www.chbeck.de/9481804>

III. «Stunde Null»

Die nach 1945 rasch populär gewordene Metapher einer «Stunde Null» ist inzwischen so vielfältig kritisiert worden, dass sie nur mit Vorsicht verwendet werden sollte, weil sie mehr Missverständnisse als Klärung erzeugt. Es gab eine solche «Stunde Null» natürlich im handgreiflichen Sinn, als die Waffen schwiegen⁴². Es war das definitive Ende des NS-Regimes. Von diesem Nullpunkt aus begann eine neue Zeitrechnung, und in der Tat hat sich der 8. Mai 1945 weltgeschichtlich in vielfacher Hinsicht als das schlechthin entscheidende Datum der Mitte des 20. Jahrhunderts eingebrannt. Dagegen kann weder bei den Institutionen noch bei den Normen oder gar bei den beteiligten Menschen von einer «Stunde Null» sinnvoll die Rede sein. Institutionen und Normsysteme bestehen ohnehin wesentlich aus ihrer eigenen petrifizierten Vergangenheit. Sie speichern ihre Geschichte in verschiedenen Stufen, stoßen sie auch wieder ab und wandeln sich, gewinnen aber gerade die ihnen eigentümliche Stabilität durch die Langsamkeit der ihnen immanenten Umschichtungsprozesse⁴³. Und die Menschen, mochten sie zum Nationalsozialismus gestanden haben, wie sie wollten, waren Täter und Opfer, zumeist aber Mitläufer aller denkbaren Graustufen zwischen Schwarz und Weiß⁴⁴. Alle brachten sie ihre Vergangenheiten und Generationenerfahrungen mit⁴⁵ und orientierten sich neu in der Nachkriegsgesellschaft, soweit sie es nicht vorzogen, im Ausland zu bleiben. In jedem Fall bildete der 8. Mai 1945 eine lebensgeschichtliche Zäsur bei Millionen von Menschen.

Im Frühjahr 1945 wurden die überlebenden Opfer des Nationalsozialismus aus den Vernichtungslagern befreit. Die Weltöffentlichkeit sah die Fotos und Filme der letzten Todesmärsche, der wie aus einem Albtraum auftauchenden Leidensgestalten, der Vernichtungsanlagen und Leichenberge. Aus den Konzentrationslagern innerhalb Deutschlands traten die Überlebenden heraus, erschreckend schwach, bis aufs Skelett abgemagert und

⁴² R. Schröder (Hg.), 8. Mai 1945 – Befreiung oder Kapitulation?, Berlin 1997.

⁴³ U. Herbert, Die guten und die schlechten Zeiten, in: L. Niethammer (Hg.), «Die Jahre weiß man nicht, wo man die heute hinsetzen soll». Faschismuserfahrungen im Ruhrgebiet, Berlin – Bonn 1983, 67–96; M. Broszat – K.-D. Henke – H. Wöller (Hg.), Von Stalingrad zur Währungsreform. Zur Sozialgeschichte des Umbruchs in Deutschland, München 1988.

⁴⁴ L. Niethammer, Die Mitläuferfabrik. Die Entnazifizierung am Beispiel Bayerns, Berlin – Bonn 1982; N. Hauer, Die Mitläufer. Oder die Unfähigkeit zu fragen. Auswirkungen des Natio-

nalsozialismus für die Demokratie von heute, Opladen 1994; G. Schwan, Der Mitläufer, in: E. François – H. Schulze (Hg.), Deutsche Erinnerungsorte, Bd. I, München 2001, 654–669.

⁴⁵ D. van Laak, Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik, Berlin 1993, 13–23, mit eindrücklichen Überlegungen zu den geistigen Profilen der verschiedenen Altersstufen, die er – rückwärts schreitend – kommentiert. Nur skizzierend und das Potential nicht ausschöpfend Chr. Möllers, Der vermisste Leviathan. Staatstheorie in der Bundesrepublik, Frankfurt 2008, 101 f.

von der Bevölkerung furchtsam betrachtet, aber keineswegs begrüßt⁴⁶. Die Besatzungsmächte belehrten die Deutschen mit Hilfe von Filmen und durch sonstige Aufklärungsarbeit über das Geschehen, von dem nur manche etwas Genaueres wussten, sehr viele aber etwas gehäht und verdrängt hatten. Erst allmählich formte sich hieraus das Bild eines Menschheitsverbrechens, wie es die Geschichte bisher nicht gekannt hatte. Trotz aller Relativierungsversuche im 20. Jahrhundert, die etwa durch Vergleiche mit dem Genozid an den Armeniern, mit STALINS Opfern in den dreißiger Jahren, mit den Roten Khmer und anderen Schreckensregimes unternommen werden mochten, bleibt doch festzuhalten: Eine derart gezielte, staatlich geplante und mit Hilfe moderner Technik und Organisation kalt und maschinenmäßig vorgenommene Tötung von Millionen Menschen allein aus wahnhaften «rassistischen» Gründen hatte es weder vorher noch hat es sie nachher gegeben. Irgendeine wenigstens ansatzweise diskutabile militärische, ökonomische oder politische «Begründung» für diese gigantische, aber deshalb auch möglichst im Verborgenen vollzogene Mordaktion existierte nicht. Die «Vernichtung der europäischen Juden» (RAUL HILBERG) war ein «Zivilisationsbruch» (DAN DINER), ausgeübt von Angehörigen eines alten mitteleuropäischen Kulturvolks mit tief verankerter Rechtskultur. Die Debatten darüber, ob es sich um ein spezifisch aus deutschen historischen Voraussetzungen erklärbares Menschheitsverbrechen, um eine europäische Konstellation eines «schrecklichen Jahrhunderts» oder um eine Manifestation universaler Gefährdungen im Zeitalter der unendlich arbeitsteiligen Technisierung handele, werden kaum je zu einem Ende kommen⁴⁷. Zu unterschiedlich sind die in die Debatten eingelassenen geschichtlichen und kulturellen Prämissen, ganz davon abgesehen, dass die Bilder verschieden ausfallen, wenn man sie als Deutscher «von innen» oder aus dem Ausland «von außen» betrachtet, und abhängig davon, ob man zu den Nachfahren von Tätern oder von Opfern gehört⁴⁸.

Die Auswirkungen des Zivilisationsbruchs sind auch im 21. Jahrhundert deutlich zu spüren. Der Schatten des Holocaust (Shoah) hat nicht nur die Gründung des Staates Israel intensiv befördert, er bildet dort auch für die meisten zuwandernden Juden den fundamentalen Ausgangspunkt. Ebenso lebt die heutige rechtsextreme Szene westlicher Länder sowie die in vielen Staaten des Vorderen und Mittleren Orients herrschende antiisraelische Politik davon, den Holocaust und seine Folgen propagandistisch zu nutzen, sei es durch vorgebliche historische Zweifel im Gewand der Fachlichkeit, sei es durch plumpe Leugnung. Das verschafft ihr erfahrungsgemäß Zugang zu den Medien, gleichviel ob solche Leugnung strafrechtliche Folgen nach sich zieht, wie etwa in Deutschland (§ 130 Abs. 3 StGB i. Vb. m. § 6 Abs. 1 Völkerstrafgesetzbuch v. 26. 6. 2002, BGBl I, 2254) und anderen Ländern⁴⁹, oder auch nicht.

⁴⁶ Siehe etwa den Eifer teils ziviler, teils militärischer Ordnungshüter in Celle, die am 8. April 1945 rd. 2000 Häftlinge des KZ-Außenlagers Salzgitter-Drütte, die sich bei einem britischen Luftangriff selbst befreit hatten, wieder einfingen, teilweise selbst exekutierten, teils in das KZ Bergen-Belsen zurückbrachten. Zum «Celle Massacre Trial» der Besatzungsmacht von 1947/48 und den späteren Freisprüchen und frühen Entlassungen siehe *Mijndert Bertram*, April 1945. Der Luftangriff auf Celle und das Schicksal der KZ-Häftlinge aus Drütte, Celle 1989.

⁴⁷ Literarisch verarbeitet in dem Roman von *Jonathan Littell*, *Les Bienveillantes*, Paris 2006 (dt. Die Wohlgesinnten, Berlin 2008).

⁴⁸ *M. Stolleis*, *Comprendre l'incompréhensible: L'olocausto e la storia del diritto*, in: *Pólemos. Rivista semestrale di diritto, politica e cultura* 1/2010, 193–206.

⁴⁹ Etwa Belgien, Frankreich, Israel, Kanada, Niederlande, Österreich, Polen, Rumänien, Schweiz, Spanien und Tschechien.

Was Deutschland angeht, so hat der Holocaust auch die beiden Nachfolgestaaten von Anfang an mit der Frage konfrontiert, wie sie sich zu ihrer gemeinsamen Vergangenheit verhalten sollten⁵⁰. Der westliche Staat integrierte auf der einen Seite relativ unbefangenen die Mehrheit der ehemaligen NSDAP-Mitglieder, entschied sich aber dafür, dieses Erbe anzutreten, und er hat sich mit ihm durch «Aufarbeitung der Vergangenheit»⁵¹, «Vergangenheitsbewältigung»⁵², «Wiedergutmachung» und Aufbauhilfe für Israel, durch Strafverfahren gegen NS-Täter⁵³ sowie durch wissenschaftliche Durchdringung des Komplexes auseinandergesetzt⁵⁴. So zögernd die strafrechtliche Ahndung geschah und so unvollkommen sie immer sein möchte, so unbestreitbar ist, dass bis 1949 und dann wieder seit etwa 1958⁵⁵ in dieser Auseinandersetzung sehr vieles geschehen ist und dass sich eine immer breiter werdende Öffentlichkeit dafür eingesetzt hat. Der östliche Staat, der sich von Anfang an als «marxistisch-leninistische» Neugründung verstand, lehnte die Verantwortung für die Hinterlassenschaft des NS-Staates ab und verweigerte sich auch Israel. Wie im Westen wurden zwar NS-Täter auch (und deutlich härter als im Westen) bestraft⁵⁶, ebenso wurde die gesamte Oberschicht («Junker», «Kapitalisten», «Bourgeoisie», «Faschisten») unter kollektiven Tatverdacht gestellt, drangsaliert, enteignet und vertrieben. Gleichzeitig gab es aber eine faktische Integration zahlloser ehemaliger NSDAP-Mitglieder, wenn diese die Bereitschaft zur Mitarbeit erkennen ließen. Dieser Vorgang wurde offiziell geleugnet und die belastete Vergangenheit aus den Bio-

⁵⁰ N. Frei, 1945 und wir. Das Dritte Reich im Bewusstsein der Deutschen, München 2005.

⁵¹ Th. W. Adorno, Was bedeutet: Aufarbeitung der Vergangenheit? (1959), in: *ders.*, Ges. Schriften, Bd. 10/II, Frankfurt 1997, 555–572.

⁵² G. Klingenstein, Über Herkunft und Verwendung des Wortes «Vergangenheitsbewältigung», in: *Geschichte und Gegenwart* 7 (1988) 301–312. – Aggressiv von rechts C. v. Schrenck-Notzing, Charakterwäsche. Die amerikanische Besatzung von Deutschland und ihre Folgen, Stuttgart 1965; A. Mohler, Vergangenheitsbewältigung. Von der Läuterung zur Manipulation, Stuttgart 1968.

⁵³ N. Frei, Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, München 1996; M. Greve, Der justitielle und rechtspolitische Umgang mit den NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, Frankfurt 2001; K. Freudiger, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, Tübingen 2002; M. v. Miquel, Ahnden oder amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren, Göttingen 2004.

⁵⁴ G. Jasper, Wiedergutmachung und Westintegration. Die halbherzige justizielle Aufarbeitung der NS-Vergangenheit in der frühen Bundesrepublik, in: L. Herbst (Hg.), Westdeutschland 1945–1955. Unterwerfung, Kontrolle, Integration, München 1986, 183–202; G. Roellecke, Der Nationalsozialismus als politisches Layout der Bundesrepublik Deutschland, in: *Der Staat* 1989,

505–524; H.-U. Thamer, Die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus. Eine misslungene Vergangenheitsbewältigung?, in: W. Billig (Hg.), Rechtsextremismus in der Bundesrepublik Deutschland, Baden-Baden 1993, 9–23; Chr. Buttenwege – FH Potsdam (Hg.), NS-Vergangenheit, Antisemitismus und Nationalismus in Deutschland. Beiträge zur politischen Kultur der Bundesrepublik und zur politischen Bildung, Baden-Baden 1997; W. Hardtwig, Von der «Vergangenheitsbewältigung» zur Erinnerungskultur. Vom Umgang mit der NS-Vergangenheit in Deutschland, in: Th. Hertfelder – A. Rödder (Hg.), Modell Deutschland. Erfolgsgeschichte oder Illusion?, Göttingen 2007, 171–189.

⁵⁵ 1958 wurde die Zentrale Stelle der Landesjustizverwaltungen in Ludwigsburg gegründet, welche die zersplitterten Aktivitäten der Staatsanwaltschaften bündelte und deren Effektivität erheblich steigerte. Zum 50. Jahrestag der Gründung siehe M. Stolleis, Gerechtigkeit durch Strafrecht? Die Bundesrepublik und ihre «Zentrale Stelle», in: Die Ausstrahlung der Zentralen Stelle auf die juristische und gesellschaftliche Auseinandersetzung mit der NS-Verbrechensgeschichte, hrsg. v. Justizministerium Baden-Württemberg, Stuttgart 2009, 33–61.

⁵⁶ A. Weinke, Die Verfolgung von NS-Tätern im geteilten Deutschland. Vergangenheitsbewältigung 1949–1969 oder: Eine deutsch-deutsche Beziehungsgeschichte im Kalten Krieg, Paderborn 2002.

graphien getilgt⁵⁷. Auf diese Weise entstand eine scheinbar makellose «antifaschistische» Schauseite.

Fügt man zu dieser deutschen Perspektive noch hinzu, dass gleichzeitig ganz ähnliche Traumata, dieselbe Schreckenstarre und dasselbe Wiedererwachen in allen in den Krieg verwickelten Ländern zu beobachten waren, dass schließlich mit dem Abwurf der Atombombe «Little Boy» und «Fat Man» auf Hiroshima und Nagasaki ein weiteres Menschheitsverbrechen geschah und damit das «Atomzeitalter» begann⁵⁸, dann wird «1945» zu einer Chiffre des 20. Jahrhunderts schlechthin⁵⁹. Die Zahl von insgesamt etwa 55 Millionen Toten des Zweiten Weltkriegs, mehr als das Fünffache des Ersten Weltkriegs, übersteigt schon als solche menschliche Vorstellungskraft.

Die folgende Darstellung konzentriert sich auf Deutschland. Um zu verstehen, wie sich Staats- und Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre, Völkerrecht, Allgemeine Staatslehre und andere Teilfächer aus dem Spektrum des «öffentlichen Rechts» an den Universitäten entwickelten, muss man sich noch einmal die politische und ökonomische Lage nach dem Zusammenbruch des NS-Regimes vergegenwärtigen. Das Jahr 1945 ist für Millionen von Flüchtlingen, die aus dem Osten kamen und vor dem Nichts standen, für die Kriegerwitwen und Waisen, bei denen sich nun die Gewissheit verdichtete, den Ehemann, Sohn oder Vater verloren zu haben, für die ausgebombten Städte und für die Heimkehrer aus der Kriegsgefangenschaft der markanteste Einschnitt ihrer Biographien. Auch als später die schlimmsten Probleme überwunden waren und eine gewisse Verklärung einsetzte, erinnerte man sich mit Kopfschütteln an diese «merkwürdige Zeit»⁶⁰. Nur eine relativ kleine, politisch unbelastete und vom Schicksal begünstigte Schicht, sei es im Westen auf dem Land, sei es in Regionen, die vom Krieg nicht berührt worden waren, konnte ohne Zäsur ihren Weg weitergehen. Aber auch sie spürte unweigerlich die fundamentale Veränderung des gesamten gesellschaftlichen Lebens.

Die äußeren Bedingungen sind bekannt, aber sie sollen durch eine zeitgenössische und für die spätere deutsche Europapolitik wichtige Stimme noch einmal in Erinnerung gerufen werden: «Die Verkehrswege waren unterbrochen, die Brücken zerstört, der Eisenbahnverkehr kam nur sehr langsam in Gang. Gütertransporte hatten Vorrang, Personenverkehr war nur unter den primitivsten Formen in überfüllten Wagen oder Viehwagen, auf Dächern und Trittbrettern möglich. Viele große und kleinere Städte ... waren durch Bomben und andere Kriegseinwirkungen schwer zerstört, die gewerbliche wirtschaftliche Tätigkeit lag darnieder, die Landwirtschaft litt unter dem Mangel an Triebmitteln. Die Reichsmarkwährung blieb zwar formal in Geltung. In der Praxis konnte man aber zum Nennwert nur die rationierten Lebensmittel und Waren (auf Karten) erhalten und tariflich gebundene Dienstleistungen (z. B. Fahrkarten) in An-

⁵⁷ M. Wolfsohn, *Die Deutschland-Akte*, München 1995; J. Heff, *Divided Memory. The Nazi Past in the two Germanys*, Harvard University Cambridge Mass. 1997 (dt. Zweierlei Erinnerung, *Die NS-Vergangenheit im geteilten Deutschland*, Berlin 1998); H. Leide, *NS-Verbrecher und Staatssicherheit. Die geheime Vergangenheitspolitik der DDR*, 3. Aufl. Göttingen 2007.

⁵⁸ G. Stumpp, *Hiroshima-Evokationen. Hiro-*

shima im westlichen Kontext der fünfziger und sechziger Jahre, in: *Ostasienrezeption in der Nachkriegszeit*, hrsgg. v. W. Gebhard, München 2007.

⁵⁹ U. Wengst, *Kriegsende 1945*, in: A. Gallus (Hg.), *Deutsche Zäsuren. Systemwechsel seit 1806*, Köln 2006.

⁶⁰ W. F. Schoeller (Hg.), *Diese merkwürdige Zeit*, Frankfurt 2005; W. Kempowski, *Das Echolot: Abgesang '45*, München 2005.

spruch nehmen. Für alles andere entwickelte sich ein Schwarzmarkthandel zu Preisen, die der normale Gehalts- oder Lohnempfänger nicht bezahlen konnte»⁶¹.

Im Bevölkerungsaufbau fehlten nun viele Männer der Jahrgänge 1895 bis etwa 1925. Die Überlebenden waren vielfach kriegsversehrt, die Kriegsgefangenen kehrten etappenweise heim, die letzten 1955 aus Russland. Die «Trümmerfrauen» leisteten schwere körperliche Arbeit, kämpften gegen den Mangel an Lebensmitteln und Heizmaterial. Unterernährung führte zu einem steilen Anstieg von Mangelkrankheiten und zu erhöhter Säuglingssterblichkeit. In vielen Städten waren 70–90% der Wohnungen zerstört, Einheimische und Flüchtlinge drängten sich auf engstem Raum in Notunterkünften. Schulen und Kindergärten kamen langsam in Gang. Ab Februar 1946 gab es Schulspeisung und Carepakete, viele Kinder wurden ins Ausland eingeladen. Besonderes Engagement entfalteten die ausländischen Kirchen, speziell Mormonen und Quäker, die dafür 1947 den Friedensnobelpreis erhielten, weiter das Internationale Rote Kreuz und viele andere Hilfswerke, etwa die Hoover-Speisung. Die gleichzeitige Wiederbelebung der alten kirchlichen Einrichtungen und Fürsorge-Verbände (Deutsches Rotes Kreuz, Caritas, Innere Mission und Hilfswerk der EKD, Arbeiterwohlfahrt, Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge u. a.) und der Aufbau der kommunalen Selbstverwaltung mit ihrer Aufgabe der «Fürsorge» und «Jugendwohlfahrt» stellten schon in den ersten Jahren nach 1945 die Grundlagen des Sozialstaats wieder her.

Zu den materiellen Schwierigkeiten kam die Anspannung der seelischen Kräfte hinzu, die aus enttäuschten und erbitterten Anhängern des Nationalsozialismus, ebenso aus Flüchtlingen und Heimatvertriebenen sowie aus denen, die bislang unter dem Nationalsozialismus keine Chance bekommen hatten, aufstiegswillige Erfolgsmenschen machte. Unterstützt von ausländischer Hilfe und der bald anspringenden Konjunktur bissen die Deutschen die Zähne zusammen, um es sich und anderen «zu zeigen»⁶².

Unter diesen Bedingungen war der «Neuanfang» je nach Perspektive und Sachzusammenhang entweder eine Fortsetzung dessen, was 1933 abgebrochen worden war, oder eine wirkliche Neugründung. Alle Menschen, die nun in Führungspositionen kamen, trugen ihre Vergangenheit mit sich herum, und oft genug prallten NS-Opfer mit NS-Tätern und «Mitläufern» zusammen, auch unter akademischen Vertretern des öffentlichen Rechts⁶³ und in der Justiz. Vielfach erwies sich das «kollektive Schweigen» als die praktikabelste Form des Umgangs⁶⁴. «Diese gewisse Stille», sagte HERMANN

⁶¹ H. v. d. Groeben, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert. Erlebnisse und Betrachtungen, Baden-Baden 1995, 229. Gemeint sind wohl «Betriebsmittel» (M. St.).

⁶² Für die Flüchtlinge und Vertriebenen siehe A. Kossert, Kalte Heimat. Die Geschichte der deutschen Vertriebenen nach 1945, München 2008. Wichtig ist vor allem die sog. Charta der Heimatvertriebenen vom 5. August 1950, die ihr Heimatrecht bekräftigte, aber zugleich den Verzicht auf Rache und Vergeltung sowie die Bereitschaft zur Mitarbeit beim Aufbau von Europa erklärte. Zum kirchlichen Engagement J.-M. Wischnath, Kirche in Aktion. Das Evangelische Hilfswerk 1945–1957 und sein Verhältnis zu Kirche und Innerer Mission, Göttingen 1986.

⁶³ Vgl. etwa die brieflichen Sorgen von Hans Peters, es könnten wieder viele Nazis in die Vereinigung kommen; aber auch den Zusammenstoß zwischen Ernst Forsthoff und Walter Jellinek aus dem Jahr 1949 (in: Briefwechsel Forsthoff Carl Schmitt 1926–1974, hrsgg. v. D. Mußgnug, R. Mußgnug, A. Reinthal, Berlin 2007, 51).

⁶⁴ H. Lübke, Der Nationalsozialismus im politischen Bewusstsein der Gegenwart, in: M. Broszat u. a. (Hg.), Deutschlands Weg in die Diktatur, Berlin 1983, 329–349. – Zum «Schweigen» als Lebensform im Deutschland nach 1945 siehe besonders van Laak, Gespräche (Anm. 45) 3. Kapitel, dort 276 ff. zu Hermann Lübke. Zu Letzterem J. Hacke, Philosophie der Bürgerlichkeit. Die liberal-konservative Begründung der Bundesrepublik,

LÜBBE 1983, «war das sozialpsychologisch und politisch nötige Medium der Verwandlung unserer Nachkriegsbevölkerung in die Bürgerschaft der Bundesrepublik Deutschland»⁶⁵. Man einigte sich darauf, «nach vorn zu blicken», manchmal gab es klärende Gespräche⁶⁶, seltener förmliche Entschuldigungen⁶⁷ oder einlenkende Bemerkungen etwa derart, der Kundige wisse, «wie manches auch unser Schrifttum enthält, was wir heute lieber ungeschrieben sähen»⁶⁸. Beendigung der Entnazifizierung, Amnestie (Straffreiheitsgesetze 1949, 1954) und Integration, Bewahrung der Beamtenrechte (Art. 131 GG samt den dazu gehörenden Ausführungsgesetzen) wurden als gesellschaftspolitisch wirksame Mittel der «Integration» eingesetzt.

Diese Strategie hatte den Vorteil, dass der Wiederaufbau sofort in Angriff genommen und mit Hilfe der eingearbeiteten Fachleute und Manager ohne Verzögerung bewältigt werden konnte. Ministerialbeamten- und Richterstellen wurden rasch besetzt. Der erhebliche politische Preis, den man für diesen Anfang zu zahlen hatte, war freilich die Besetzung von Exekutive und Judikative durch die alten Fachleute, weniger durch spektakuläre «Täter» als durch eine Mehrheit unauffälliger Mitträger des nationalsozialistischen Staates, die nun wieder, bewusst oder unbewusst, den Grundton des neuen Gemeinwesens bestimmten. Dieser Grundton war «restaurativ» im doppelten Sinn, nämlich dem der Rückwendung zu den Traditionen der Zeit vor 1933, aber auch dem der Wiederherstellung traditioneller gesellschaftlicher Leitbilder. Gleichzeitig zwang der neue Kontext zu neuen Ergebnissen; denn die Vergangenheit und deren Gesellschaftsmodell waren unwiederbringlich dahin⁶⁹.

Zu diesem politischen Preis gehörte das Schweigen über die NS-Zeit sowie die damit verbundene Vorbereitung eines Generationenkonflikts, der dann zwischen 1960 und 1970 offen zutage trat. Schließlich bot die Bundesrepublik der Propaganda der DDR eine offene Flanke, indem sie deren Vorwurf, ein Staat zu sein, in dem man als ehemaliger Nationalsozialist mühelos Karriere machen könne, nur matt zurückweisen konnte.

Die in der Geschichtswissenschaft geführte Debatte über «Neubeginn oder Restauration»⁷⁰ trifft nicht den Kern der Sache. Die scheinbare Alternative bestand in Wirklichkeit gar nicht. «Restauration» war eine kritische Vokabel gegen die Regierungsmehrheit der frühen Bundesrepublik, «Neubeginn» eine Entlastungsvokabel für diejenigen, die enttäuscht waren und einen Neubeginn erhofften oder für diejenigen, die auf ihn setzten, um die Vergangenheit vergessen zu machen. Die irreführende Debatte um

Göttingen 2006. Siehe aber auch *K. Heuer*, Die geschichtspolitische Gegenwart der nationalsozialistischen Vergangenheit. Zur Analyse unbearbeiteter Loyalitäten am Beispiel des Historisierungsansatzes von Hermann Lübke, Kassel 2001.

⁶⁵ *H. Lübke*, Der Nationalsozialismus im deutschen Nachkriegsbewußtsein, in: HZ 236 (1983) 579–599 (585).

⁶⁶ So *Theodor Maunz* mit *Hans Nawiasky*, um die Berufung nach München zu erreichen.

⁶⁷ So die Erklärung von *Edgar Tatarin-Tarnheyden* zu seiner antisemitischen Schrift von 1937.

⁶⁸ *H. Thieme*, Ideengeschichte und Rechtsgeschichte, in: Gesammelte Schriften, Bd. I, Köln u. a. 1987, 4.

⁶⁹ *C. D. Wieland*, Personelle Kontinuitäten in der Staatsrechtslehre, in: Restauration im Recht, 1988, 129–154; *S. Boss*, Unverdienter Ruhestand. Die personalpolitische Bereinigung belasteter NS-Juristen in der westdeutschen Justiz, Berlin 2009; als instruktives Beispiel in der Parteilandschaft siehe *K. Buchna*, Nationale Sammlung an Rhein und Ruhr. Friedrich Middelhaue und die nordrheinwestfälische FDP 1945–1953, München 2010.

⁷⁰ *J. Kocka*, Neubeginn oder Restauration?, in: *C. Stern – H. A. Winkler* (Hg.), Wendepunkte deutscher Geschichte 1848–1945, Frankfurt 1979 (Ausgabe 1989, 141 ff.).

das Wort «oder» verlief immer in Sackgassen. Darüber, dass vieles aus der Zeit vor 1933 «wiederhergestellt», also restauriert wurde, bestand kein Zweifel. Auch darüber, dass die begreifliche Fixierung auf «Weimar» vielleicht die Sicht auf neue Lösungen verstellen konnte, mochte man einig sein, wenn man die Frage ausklammerte, welche neuen Lösungen es denn sein sollten. Das Kampfwort «Restauration» meinte aber meist nur, dass entweder die «alten Männer» der Weimarer Zeit wiederkehrten oder dass Kontinuität mit dem Nationalsozialismus bestand, wie man in der DDR oder in der ihr nahestehenden Publizistik zu sagen pflegte⁷¹. Das mündete in den Vorwurf, die Bundesrepublik sei ein «klerikalfaschistischer» Staat, oder, in milderer Form, dieser Staat habe dem Führungspersonal des Nationalsozialismus die Rückkehr in Führungspositionen allzu leicht gemacht, sich nicht genügend mit der NS-Vergangenheit auseinandergesetzt, eine «Restauration der Rechtslehre» betrieben⁷². Solche Kritik lebt von der Überzeugung, es hätte sich, innere Bereitschaft vorausgesetzt, alles auch anders entwickeln können, «demokratischer», «freier», «sozialistischer», «revolutionärer» gar. Diese Überzeugung, verwendet als normativer Maßstab der Geschichte⁷³, verführt genauso zu einer fiktiven Debatte des «als ob» wie umgekehrt das Beharren auf dem Interpretationschema eines «Neubeginns». Letzteres lässt die frühe Bundesrepublik heller, demokratischer und freundlicher erscheinen, man sieht den Aufbauwillen, den «Blick nach vorn» und das Wirtschaftswunder, während die NS-Vergangenheit in den Nebel des Schweigens gehüllt wird. Schaltet man die in der Dichotomie von «Neubeginn oder Restauration» enthaltene Simplifizierung einmal aus, dann werden wichtigere Fragen sichtbar: Wie war die Gesellschaft insgesamt gestimmt, ihre eigene kulturelle Vergangenheit wahrzunehmen? Wie geht die nachholende große Begeisterung für die künstlerische und philosophische Moderne mit ganz traditionalistischen Rückgriffen auf das «Gute, Wahre, Schöne», auf heilende Vergangenheiten, etwa in den Goethe-Gemeinschaften, oder mit der Wiederbelebung vormoderner Ethiken oder Hoffnungen auf ein christliches Abendland zusammen? Der rasche Übergang der sich formenden bundesrepublikanischen Gesellschaft von der Trümmerlandschaft in das Wirtschaftswunder brachte einen Modernisierungsschub durch kollektive Kraftanstrengung. Man wollte «Erneuerung». Wie aber war ein Neuanfang mit so vielen belasteten Führungspersonalitäten aller Art in Bürokratie, Politik, Militär, Kirchen, Verbänden und nicht zuletzt in der Wissenschaft möglich? Welche faktische und psychische Disposition lag vor, um so viel Nachsicht gegenüber «Mitläufern» aller Art zu erzeugen? War die Mitläuferschaft derart verbreitet, dass sie die eigentliche Machtbasis der großen Volksparteien bildete und die Parteien zwang, wenn sie überhaupt den politischen Erfolg wollten, diese Nachsicht zu üben? Nachsicht bedeutet Großzügigkeit im Umgang mit den Fehlern anderer, insgeheim aber auch Schonung des eigenen Terrains. So kam man sich entgegen, vor allem auf Feldern, auf denen ohnehin Sachlichkeit und Neutralität als Tugenden galten, etwa in der Bürokratie, der Wirtschaft und der Wissenschaft.

⁷¹ E. U. Huster u. a. (Autorenkollektiv), Determinanten der westdeutschen Restauration 1945–1949, Frankfurt 1972; R. Badstübner – S. Thomas, Restauration und Spaltung. Entstehung der BRD 1945–1955, Köln 1975.

⁷² J. Perels, Die Restauration der Rechtslehre nach 1945 (1984), in: ders. Demokratie und soziale Emanzipation, Hamburg 1988.

⁷³ So Cl. Fröhlich, Restauration. Zur (Un-)Tauglichkeit eines Erklärungsansatzes westdeutscher Demokratiegeschichte im Kontext der Auseinandersetzung mit der NS-Vergangenheit, in: St. A. Glienke – V. Paulmann – J. Perels (Hg.), Erfolgsgeschichte Bundesrepublik? Die Nachkriegsgesellschaft im langen Schatten des Nationalsozialismus, Göttingen 2008, 17 ff.

Wie bei allen anderen Karrieren galt für die Universität: Alte Netzwerke und Freundschaften funktionierten in der Stille. Als in den fünfziger Jahren an den Universitäten Festschriften anstanden, säuberten die Schüler die Schriftenverzeichnisse von nicht mehr «tragbaren» Titeln, man betonte den Neubeginn, also auch hier den «Blick nach vorn». Man arrangierte sich in den Fakultäten, schonte sich und die anderen, um die Alltagsarbeit zu bewältigen. Die «Wertordnung des Grundgesetzes» bot genügend Raum für die vorherrschende mittlere Tonlage, um als Kollegen nebeneinander bestehen zu können. Es gab also mehrheitlich ein «zurück» zur Rechtsordnung von vor 1933; denn nur mit diesem «zurück» war ein Neubeginn zu machen. Die politische Belastung war bald vergessen, verschüttet oder wurde beschwiegen. Das emphatische Bekenntnis zu Rechtsstaat und Grundrechten, Parlamentarismus und Gewaltenteilung, Föderalismus und bald auch «Europa» überdeckte zunächst die Vergangenheit. Es war gewissermaßen ein Fundament, auf dem nun alle stehen konnten.

IV. Rechtslage Deutschlands

Die «Stunde Null» war, wie gesagt, eine vielfältig instrumentierbare und teils in die Irre führende Metapher. Staatsrechtlich ergab sie ohnehin keinen Sinn; denn zunächst kapitulierten am 7./8. Mai 1945 nur die Streitkräfte. Das bedeutete militärische Unterwerfung und Erklärung der Waffenruhe. Die Beendigung des Kriegszustands war davon zu unterscheiden⁷⁴. Ob das Deutsche Reich von der militärischen Kapitulation unberührt und rechtlich intakt fortexistierte, war umstritten. Hatten die Streitkräfte kapituliert oder das Deutsche Reich als juristische Person, vertreten durch die Regierung Dönitz? Oder war das Deutsche Reich nicht nur faktisch, sondern auch rechtlich untergegangen, so dass die Staatsgewalt in sich zusammengefallen war? Diese Fragen waren keineswegs rein akademischer Natur. Die möglichen Antworten bestimmten von Anfang an die Spielräume für eine wiedererstehende deutsche Staatsgewalt, wie immer sie aussehen mochte. Sie waren entscheidend für das Schicksal der politisch Verantwortlichen, für die Legitimation erster «Staatshandlungen» und die Wiedergewinnung eines völkerrechtlichen Status, für die Aktiva und Passiva des Deutschen Reichs und für viele andere praktische Fragen im Umgang mit den Siegern. Entsprechend intensiv sind diese Fragen diskutiert worden⁷⁵, vor allem auf den Tagungen der Völkerrechtler⁷⁶ und der Staatsrechtslehrer⁷⁷; denn die Selbstvergewisserung über die Frage, ob es noch einen deutschen Staat gebe, nachdem die Staatsform der Diktatur beseitigt und das Personal der NSDAP entmachtet war, betraf die Ausgangsfrage schlechthin. Vertrat man die Untergangsthese, dann war die letzte Plattform, auf der man völker- und staatsrechtlich stehen konnte, verloren. Zudem gab es kein rechtlich verantwortliches Gegenüber, von dem man Gehalts-, Pensions- oder Rentenzahlungen hätte erwarten können. Viele

⁷⁴ H. Mosler – K. Doehring, Die Beendigung des Kriegszustands mit Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg, Köln u. a. 1963, 39 ff.

⁷⁵ R. Stödter, Deutschlands Rechtslage, Hamburg 1948; E. Kaufmann, Deutschlands Rechtslage unter der Besetzung, Stuttgart 1948; W. Grewe, Ein Besatzungsstatut für Deutschland.

Die Rechtsformen der Besetzung, Stuttgart 1948; W. Lewald, Grundlagen der neuen Rechtsordnung Deutschlands, Marburg 1948.

⁷⁶ Siehe unten Anm. 367.

⁷⁷ F. A. Frhr. v. d. Heydte/G. Dürig, Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, in: VVDStRL 13 (1955), 6 ff., 27 ff.

praktische, ideelle und außenpolitisch-völkerrechtliche Gesichtspunkte sprachen also dafür, so viel Kontinuität wie möglich zu erhalten, also die Wirkungen der Kapitulation auf die militärischen Folgen zu begrenzen und das «Deutsche Reich», die Gründung von 1871, als Rechtsperson anzuerkennen. In diese Richtung bewegte sich die überwältigende Mehrheit der Staats- und Völkerrechtler⁷⁸. Für sie war der publizistische Einsatz für den «Fortbestand» eine Selbstverständlichkeit. Mit wachsender Sicherheit nahm auch die Bestimmtheit der Thesen zu und verdichtete sich am Ende zu einem kaum mehr anfechtbaren Ausgangspunkt bundesrepublikanischen Denkens und der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁷⁹.

Die äußeren Stationen dieses Prozesses sind bekannt. Am 5. Juni 1945 übernahmen die Alliierten in der Berliner Erklärung die oberste Regierungsgewalt (supreme authority) und verzichteten zugleich auf eine Annexion. Regelungen wurden getroffen über Waffenruhe und Entwaffnung, das Ende der Kriegsproduktion, das Schicksal der Gefangenen und Lagerinsassen, die Kontrolle der Kommunikationsmittel, die Verhaftung der «principal Nazi leaders» und anderer Führungspersonen, über die Stationierung von Streitkräften und den Aufbau von Zivilverwaltungen sowie die unbedingte Gehorsamspflicht der «German authorities» unter deren Befehlen. Dass es letztere auf der unteren Ebene noch gab und dass sie als gehorsampflichtige Gegenüber erwähnt wurden, lieferte den Vertretern der Kontinuitätsthese ein wichtiges Argument.

Sechs Wochen später, vom 17. Juli bis zum 2. August 1945, fand im Schloss Cecilienhof die «Potsdamer Konferenz» statt⁸⁰. Sie markierte das Kriegsende, ohne einen Frieden zu schaffen. Vier Tage nach ihrem Ende fielen die Atombomben in Japan; ihr Einsatz wurde in Potsdam genehmigt. Die für die Besatzungszonen fixierten «Prinzipien» blieben vieldeutig und wurden erst allmählich ausgestaltet. Das nicht zu den Besatzungszonen gehörende Berlin erhielt einen Sonderstatus, der nach den letzten Wahlen am 20. Oktober 1946 bis Ende des Jahres 1948 zerfiel und zur jahrzehntelangen Teilung der Stadt führte⁸¹. Die Vertreibungen deutscher Bevölkerungsanteile aus dem nach Westen verschobenen Polen, aus der Tschechoslowakei und aus Ungarn liefen bereits auf Hochtouren. Die Konferenzteilnehmer wussten dies und beruhigten sich oder die Öffentlichkeit mit dem Wunsch, alles solle geordnet und human vor sich gehen⁸².

Im Laufe des Jahres 1945, von der Kapitulation über die Berliner Erklärung, von der Potsdamer Konferenz und das Viermächteabkommen über die Verfolgung und Bestra-

⁷⁸ Unter den frühen Stimmen besonders wichtig *G. A. Zimm*, Das staatsrechtliche Problem Deutschlands, in: *SJZ* 1947, Sp. 4 ff.; *ders.* Unconditional Surrender, in: *NJW* 1947, 8 ff.; *K. Geiler*, Die gegenwärtige völkerrechtliche Lage Deutschlands, Bremen 1947, 7 ff.; *A. Arndt*, Deutschlands rechtliche Lage, in: *Die Wandlung* 1947, 110; *F. A. Mann*, Deutschlands heutiger Status, in: *SJZ* 1947, Sp. 465 ff.

⁷⁹ BVerfGE 2, 277; 3, 319; 5, 126; 6, 338; 36, 16.

⁸⁰ *H. Timmermann* (Hg.), Potsdam 1945. Konzept, Taktik, Irrtum?, Berlin 1997.

⁸¹ Siehe hierzu knapp bei *K. Stern*, Berlin, in: *StL*, 7. Aufl. Bd. I, 639 ff.; eingehend *W. Breunig*, Verfassungsgebung in Berlin 1945–1950, Berlin 1990.

⁸² Dokumentation der Vertreibung der Deutschen aus Ost-Mitteleuropa, hrsgg. v. Bundesministerium für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte 1945–1961, in der Bearbeitung von *Th. Schieder*, dokumentiert von *A. Diestelkamp*, *R. Laun*, *P. Rassow* und *H. Rothfels*, München 2004; *G. Böddeker*, Die Flüchtlinge. Die Vertreibung der Deutschen im Osten, Berlin 1985; *W. Benz* (Hg.), Die Vertreibung der Deutschen aus dem Osten. Ursachen, Ereignisse, Folgen, 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1985, überarb. u. aktualisierte Fassung, Frankfurt a. M. 1995; *M. Wille* (Hg.), 50 Jahre Flucht und Vertreibung, Magdeburg 1997.

fung der Hauptkriegsverbrecher und das Statut für den «Nürnberger Prozess» bis zu den ersten Proklamationen des Kontrollrats, sammelten sich so viele neue Dokumente, dass deutsche Völkerrechtler beginnen konnten, die «Rechtslage Deutschlands» zu erörtern. Sie taten dies nicht nur in zahlreichen Zeitschriftenaufsätzen und Büchern, sondern auch auf drei Tagungen der von RUDOLF LAUN geleiteten Hamburger Forschungsstelle für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht (1947–1949). Rückblickend hat ADOLF ARNDT 1960 drei Phasen der Debatte ausgemacht: Die erste reichte von 1945 bis zum Erscheinen des Buches von ROLF STÖDTER 1948 und drehte sich um die Frage des Erlöschens der Staatsgewalt⁸³. Ihr Ergebnis war die Durchsetzung der Fortbestandsthese. Die zweite begann mit den beiden Staatsgründungen auf deutschem Boden und endete 1955⁸⁴, so dass nun die Frage nach dem rechtlichen Verhältnis beider Teile vorrangig war. Die dritte Phase wurde dadurch bestimmt, dass die Bundesregierung zunehmend die Existenz der DDR als diejenige eines zweiten deutschen «Staates» wahrnahm.

HANS KELSEN hatte 1944/1945 die Debatte eröffnet und den Untergang des Deutschen Reichs als Rechtssubjekt festgestellt⁸⁵. Er fand unter den deutschen Staats- und Völkerrechtlern kaum Resonanz. Nur HANS NAWIASKY, sowohl staats-theoretisch durch und durch Positivist als auch überzeugter Föderalist⁸⁶, bekannte sich zur Untergangsthese⁸⁷, ebenso WALTER LEWALD⁸⁸ und WOLFGANG ABENDROTH⁸⁹. Aber die überwältigende Mehrheit der Staats- und Völkerrechtler schloss sich in der Kontinuitätsthese zusammen, wobei sich freilich im Einzelnen wieder ein breites Meinungsspektrum darüber entfaltete, wie man zu diesem Ergebnis gelangen könne und welche praktischen Folgerungen sich daraus ergaben⁹⁰. Schon die Interpretation der Kapitulation konnte unterschiedlich erfolgen, wenn man sie entweder auf die Streitkräfte begrenzte oder als Unterwerfung ganz Deutschlands verstand⁹¹. Bezog man sie auf Deutschland, galt es herauszuarbeiten, dass die Erklärung der Alliierten zur Übernahme der «supreme authority» nicht die Vernichtung

⁸³ Stödter (Anm. 75); A. Arndt, *Der deutsche Staat als Rechtsproblem*, Berlin 1960, 1 ff.

⁸⁴ Arndt (Anm. 83) nennt nicht nur die Tübinger Staatsrechtslehrertagung mit *Dürigs* Referat, sondern auch *Grotewohls* Regierungserklärung vom 19. November 1954 und deren Bekräftigung am 26. September 1955, in der von zwei deutschen Staaten ausgegangen wurde. Siehe auch W. Abendroth, *Die völkerrechtliche Bindung Gesamtdeutschlands durch Verträge seiner Staatsfragmente*, in: *Gegenwartsprobleme des Internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie*. FS für R. Laun, hrsg. v. D. S. Constantopoulos u. H. Wehberg, Hamburg 1953, 145–164.

⁸⁵ H. Kelsen, *The International Legal Status of Germany to be established immediately upon Termination of the War*, in: *American Journal of International Law* 38 (1944) 689; *ders.*, *The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin*, in: *American Journal of International Law* 39 (1945) 518.

⁸⁶ H. Nawiasky, *Der Bundesstaat als Rechtsbegriff*, Tübingen 1920; *ders.*, *Bayerisches Verfassungsrecht*, Berlin 1923; *ders.*, *Allgemeine Staats-*

lehre, 1. Teil: *Grundlegung*, Köln 1945, 2. Teil: *Staatsgesellschaftslehre*, Köln 1953, 1955, 3. Teil: *Staatsrechtlehre*, Köln 1956, 4. Teil: *Staatsideenlehre*, Köln 1958.

⁸⁷ H. Nawiasky, *Ist Deutschland noch ein Staat?* in: *Die Neue Zeitung* Nr. 33 v. 25. April 1948; *ders.*, *Die Grundgedanken des Grundgesetzes*, Berlin 1955, 4 ff.

⁸⁸ W. Lewald, *Grundlagen der neuen Rechtsordnung Deutschlands*, Marburg 1948.

⁸⁹ W. Abendroth, *Die Haftung des Reiches, Preußens, der Mark Brandenburg und der Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts für Verbindlichkeiten, die vor dem 8. 5. 1945 entstanden sind*, in: *Neue Justiz* 1 (1947) 73–81, jetzt in: W. Abendroth, *Gesammelte Schriften* Bd. 1, 1926–1948, Hannover 2006, 471–488.

⁹⁰ Klar und prägnant Arndt (Anm. 83), 8 ff.

⁹¹ H. Mosler – K. Doehring, *Die Beendigung des Kriegszustands mit Deutschland nach dem Zweiten Weltkrieg*, 1963, 39 ff.; die historischen Umstände bei R. Hansen, *Das Ende des Dritten Reiches. Die Deutsche Kapitulation 1945*, Stuttgart 1966.

des Staates bedeutet habe, sondern nur eine Übernahme der dem völkerrechtlichen Gemeinschaftsorgan «Kontrollrat» zustehenden Befugnisse oder der Souveränitätsrechte Deutschlands in einer Art Treuhänderschaft. So konnte man die völkerrechtliche Rechtsfähigkeit erhalten, auch wenn man zugeben musste, dass das Subjekt Deutsches Reich nicht handlungsfähig war. Flankierend konnte man geltend machen, es seien ja auch noch Reste handlungsfähiger Verwaltung vorhanden, während die Institutionen nur als «gelähmt», aber nicht als «tot» anzusehen seien. Schließlich konnte man die alte Lehre von den drei Elementen eines Staates (Staatsgebiet, Staatsvolk, Staatsgewalt) so modifizieren, dass es auf eine wirklich funktionsfähige Staatsgewalt nicht mehr ankam, wenn nur die «objektive geistige Tradition» (DÜRIG) oder der «geistige Strom gemeinsamen Bewusstseins» (SCHEUNER) erhalten seien. Die von der geisteswissenschaftlichen Richtung der Staatsrechtslehre seit den zwanziger Jahren gegen die klassische Lehre von den drei Elementen (G. JELLINEK) geltend gemachten Einwände wirkten sich nun so aus, dass man auf der Grundlage der allgemeinen Überzeugung, der Positivismus sei «überwunden», relativ frei schalten und zum erwünschten und im Übrigen auch international anerkannten Ergebnis gelangen konnte. Besonders GÜNTER DÜRIG steigerte dieses postpositivistische Verfahren in seinem Referat von 1954 «Der deutsche Staat im Jahre 1945 und seither»⁹² in der Weise, dass es ihm gelang, das Bewusstsein der Gemeinsamkeit geradezu als viertes konstitutives Staatselement einzuführen, weil er ihm die Kraft zusprach, «einen Staat trotz Abbaues organisierter Staatlichkeit überdauern zu lassen».⁹³ Das bedeutete: «Konkrete, in der Wirklichkeit vorhandene Verminderungen des Wesensmerkmals Staatsgewalt zwingen dann noch nicht dazu, den Staatsbegriff selbst in Frage zu stellen.» Die darin angelegte Subjektivierung der Frage gipfelte in dem Satz «Deutschland besteht deshalb als Staat fort, weil wir wollen, dass es als Staat fortbesteht».⁹⁴ Der Staat war insofern ein Willensakt, weniger des Volkes als seiner Interpreten, eine Kopfgeburt also.⁹⁵ Ebenso erklärte man in Österreich schon 1946, die Kontinuität der Republik Österreich von 1920 sei durch die vorübergehende nationalsozialistische Besetzung der Jahre 1938 bis 1945 nicht unterbrochen worden, und dies mit dem Argument, Österreich sei «der Staat, den alle wollten».⁹⁶

⁹² VVDStRL 13 (1955), 31. – Dem Tübinger Referat vom 14. Oktober 1954 ging eine kämpferische Rede Dürigs am Pfingstsonntag voraus. Er hatte sie vor rd. 800 Teilnehmern der Traditionsgemeinschaft «Großdeutschland» in Nürnberg gehalten. Dort forderte er u. a., der Oberbefehlshaber eines neuen deutschen Heeres solle aus der als über den Parteien stehende Elite verstandenen Traditionsgemeinschaft kommen und möglichst *à la Manteuffel* heißen. Er brandmarkte eine «erschreckende ethische und nationale Substanzlosigkeit» und kritisierte Adenauers «Politik der Vorleistungen». In die Schlagzeilen geriet der Satz «Eines Tages werden wir auf den Knopf drücken müssen. Wir werden eine Volkserhebung auslösen müssen, die passiver Natur sein wird und bei der es Märtyrer geben wird» (Nürnberger Nachrichten v. 8. 6. 1954). Diese Rede löste auch innerhalb der Staatsrechtslehrerschaft erhebliche Irritationen aus. Der Vorstand wurde angefragt, ob Dürig sein Referat vor den Staatsrechtslehrern überhaupt halten

könne. Dürig beschwichtigte, er habe nur «den Versuch unternommen, der Wiedervereinigungs-idee im Kameradenkreis Resonanz zu verschaffen, und in diesem Zusammenhang vertrat ich die Meinung, dass angesichts der Gleichgültigkeit der westdeutschen Bevölkerung hier einmal eine spontane Volkserhebung passiver Natur nötig sein werde ...» (Nürnberger Nachrichten v. 28. 6. 1954).

⁹³ Dürig a. a. O. 54.

⁹⁴ Dürig a. a. O. 36.

⁹⁵ M. Stolleis, Staatsbild und Staatswirklichkeit in Westdeutschland (1945–1960), in: ZRG GA 124 (2007) 223–245 (223: «Der Staat ist eine Kopfgeburt. Er ist die Summe alles dessen, was wir in Bezug auf die Chiffre «Staat» sagen und tun»).

⁹⁶ M. Rauschensteiner, Der Sonderfall: Die Besatzungszeit in Österreich 1945–1955, Graz u. a. 1979; F. Bock, in: F. Bock – H. Firmberg – W. Gredler, Österreich zuliebe: der Staat, den alle wollten, Wien – Hamburg 1985, 7 ff.

War man also mehrheitlich zur Überzeugung gelangt, das Deutsche Reich bestehe weiter fort⁹⁷, dann musste man mit den parallelen Gründungsakten der Bundesrepublik und der Deutschen Demokratischen Republik neue Probleme lösen⁹⁸. Wer die Untergangstheorie vertreten hatte, konnte die Neugründung problemlos erklären, nämlich mit der Existenz zweier souveräner Staaten auf dem durch Gebietsverluste verkleinerten Territorium. Die Vertreter der Kontinuitätstheorie dagegen nahmen zu einem sehr kleinen Teil an, das Deutsche Reich habe nur bis 1949 fortexistiert, sei aber dann in zwei neue gleichberechtigte Staaten zerfallen. Die Mehrheit hielt entweder an der Identität mit drei Varianten fest (Kernstaatstheorie, These von der partiellen Identität, Unterscheidung zwischen Bundesrepublik und Geltungsbereich des Grundgesetzes) oder verfocht die Teilordnungstheorie, die von einem rechtsfähigen, aber handlungsunfähigen Gesamtstaat («Reich») mit zwei konkurrierenden Teilordnungen von unterschiedlicher demokratischer Legitimität ausging. Für die westdeutschen Theoretiker lag die Annahme nahe, Westdeutschland sei der legitime Akteur, der treuhänderisch im vermuteten Einverständnis des Gesamtvolks handle, während die DDR weiter als sowjetisch besetzte «Zone» zu gelten habe. Selbstverständlich wurde diese These von den Staats- und Völkerrechtlern der DDR bestritten, und sie zerfiel auch völkerrechtlich, je mehr sich die DDR internationale Anerkennung erkämpfte.

Die gesamte Debatte war in hohem Maße politisiert, und zwar in West und Ost. Im Westen gab es methodisch nun eine nahezu lückenlose Front gegen den angeblich diskreditierten und «überwundenen» Rechtspositivismus. In der Opposition gegen Kelsen und in den damaligen Spannungen zwischen Nawiasky und Kaufmann kam noch einmal der Methodenstreit der dreißiger Jahre zutage. Der Untergangstheorie schien aber auch das Stigma des Einverständnisses mit den Siegern, ja ein Stück nationalen Verrats anzuhaften. Dass diese Lehre von Kelsenianern und anderen Positivisten, Emigranten und Sozialisten, sowjetzonalen, sowjetischen und französischen Autoren vertreten, dass sie im Nürnberger Prozess zur Grundlage genommen und in Bayern als Vehikel zur Etablierung der Ländersouveränität aufgegriffen wurde – all dies konnte sie in den Augen der Mehrheit nicht empfehlen. Demgegenüber zeigte die Kontinuitätstheorie nicht nur rechtliche, sondern auch erhebliche politische Vorteile; sie schien bessere Chancen für die Teilnahme an internationalen Konferenzen zu bieten, sie diente als Abwehrinstrument gegen die Alliierten, auch indem sie die Anwendung der Haager Landkriegsordnung nahelegte, sie konnte gegen drohende Territorialverluste eingesetzt werden (Saargebiet, Ruhrgebiet, Ostgebiete), und sie mahnte schließlich, indem sie den Provisoriumscharakter des staatlichen Zustands unterstrich, an die Schließung eines Friedensvertrages. «Die Kontinuitätstheorie war also Ausgangspunkt für eine Vielzahl von Reaktionen auf Maßnahmen der Besatzungsmächte und damit Grundlage für Forderungen zur Verbesserung der Rechtsstellung Deutschlands und der Deutschen auf zahlreichen Gebieten geworden», sie wurzelte «tief und stark im politisch-nationalen Grund», kurzum: sie war ein «Hoffnungsträger».⁹⁹

⁹⁷ Repräsentativ etwa U. Scheuner, Die staatsrechtliche Kontinuität in Deutschland, in: DVBl 1950, 481.

⁹⁸ Siehe etwa R. Schuster, Deutschlands staatliche Existenz im Widerstreit politischer und rechtlicher Gesichtspunkte 1945–1963, München 1963; H.-J. Bücking, Der Rechtsstatus des

Deutschen Reiches, Berlin 1979; K. Schmid, Die deutsche Frage im Staats- und Völkerrecht, Berlin 1980; knappe Darstellung bei K. Doehring, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. Frankfurt a. M. 1984, 50 ff.

⁹⁹ B. Diestelkamp, Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte. Historische Betrachtungen zur Entste-

Überblickt man die vier Jahrzehnte von 1949 bis 1989, dann zeigt sich, dass die deutsche Teilung und die aus ihr entstandenen staats- und völkerrechtlichen Fragen für Ost und West das eigentliche, in immer neuen Wendungen umkreiste Zentrum geblieben sind. Es war, wie im geteilten Korea, die offene Wunde schlechthin. Bis zum Einigungsvertrag und zu den Modalitäten der Wiedervereinigung (Art. 23 a. F., 146 a. F. GG) kam man immer wieder darauf zurück, ob mit der Geltung des Grundgesetzes in den «neuen Bundesländern» das Deutsche Reich von 1871 wieder territorial komplettiert erscheine, so dass die ganze Geschichte der DDR als «endgültig gescheiterte Sezession» (P. BADURA 1990) einer Provinz genannt werden könne. Noch die kuriose Diskussion, dem alten Reichstagsgebäude seinen Namen zu nehmen, weil es ein «Reich» nicht mehr gebe, war getragen von dem Motiv, sich nun endgültig neu zu nennen und zu fühlen, also Abschied zu nehmen von der Kontinuitätsthese, die man jetzt politisch nicht mehr benötigte. Vielleicht wollte man auch dem kritischen Ausland gegenüber gefälliger erscheinen, indem man das immer noch furchterregende Wort «Reich» symbolisch zu beerdigen gedachte¹⁰⁰.

[...]

hung und Durchsetzung der Theorie vom Fortbestand des Deutschen Reiches nach 1945, in: ZNR 7 (1985) 181 ff. (205). – Zur Lage in der SBZ/DDR R. Arzinger u. a. (Hg.), Deutschlandfrage und Völkerrecht, Berlin 1961/62; J. Kirsten, Einige Probleme der Staatennachfolge, Berlin 1962.

¹⁰⁰ M. Stolleis, Heiliges Römisches Reich deut-

scher Nation, Deutsches Reich, «Drittes Reich» – Transformation und Destruktion einer politischen Idee, Wetzlar (Ges. f. Reichskammergerichtsforschung, Heft 34) 2007.

¹⁰¹ C.-D. Krohn – P. zur Mühlen (Hg.), Rückkehr und Aufbau nach 1945. Deutsche Remigranten im öffentlichen Leben Deutschlands, Marburg 1997.