

Zwischen 1945 und 1949 erfolgten entscheidende Weichenstellungen für die Entwicklung Deutschlands in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Gleichwohl sind diese Jahre von der Rechtsgeschichte bislang nur sporadisch bearbeitet worden. Der Schwerpunkt der Forschungen liegt vor allem auf den Jahren 1933-1945 und dann wieder - in geringerem Umfang - auf der Zeit nach 1949, wobei die Besatzungszeit dabei oft als bloße Vorgeschichte erscheint. Dieser Band möchte Anregungen zur Beschäftigung mit der Rechtsgeschichte der Besatzungszeit geben, indem er einerseits den Stand der Forschung im Bereich der Geschichte, Sozialgeschichte und Wirtschaftsgeschichte darstellt, andererseits anhand ausgewählter Bereiche Schlaglichter auf die Rechtsgeschichte dieser Zeit wirft und Forschungslücken aufzeigt.

ISBN: 978-3-86646-403-2



9 783866 464032

Rechtskultur Wissenschaft

Löhnig (Hrsg.): Zwischenzeit

Rechtskultur Wissenschaft

2

Löhnig (Hrsg.)

Zwischenzeit

Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre

Rechtskultur Wissenschaft

Rechtskultur Wissenschaft

Band 2

Herausgegeben von

Martin Löhnig (Regensburg) und Ignacio Czeguhn (Berlin)

Martin Löhnig (Hrsg.)

Zwischenzeit

Rechtsgeschichte der Besatzungsjahre

Rechtskultur Wissenschaft

Bibliografische Informationen der Deutschen Bibliothek
Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte Daten
sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.
ISBN: 978-3-86646-403-2

©2011 Edition Rechtskultur
in der H. Gietl Verlag & Publikationsservice GmbH, Regenstauf
www.gietl-verlag.de
Satz und Gestaltung: Andreas Gietl, Regensburg
ISBN: 978-3-86646-403-2

VORWORT

In der Ethnologie ist die Kategorie der liminalen Phase geläufig: Ein Junge verläßt sein afrikanisches Dorf, besteht in Abgeschiedenheit verschiedene Prüfungen (das ist die liminale Phase) und kehrt als ein anderer, als Mann zurück. Die Jahre 1945-1949 waren für Deutschland eine solche liminale Phase. Hinein ging ein militärisch wie moralisch bankrottetes Deutsches Reich. Heraus kam ein deutlich kleineres und in zwei Staatsgebilde geteiltes Deutschland; beide nahmen vehement für sich in Anspruch, was sie dem jeweils anderen ebenso vehement absprachen: Gleichsam moralisch runderneuert zu sein und den rechten Weg für weitere Entwicklung des Landes zu beschreiten.

Die Magie der Riten, die während liminaler Phasen in afrikanischen Stammesgesellschaften gelebt werden, führt dazu, daß der weggegangene Junge als gestorben anzusehen ist und als Mann gleichsam neu geboren wird; Junge und Mann haben also nichts miteinander zu tun. Ähnlich magische Wirkungen müssen die Jahre 1945-1949 entfaltet haben, schenkt man Darstellungen aus den ersten Jahrzehnten der Nachkriegszeit im Westen wie im Osten Glauben. Inzwischen ist die Besatzungszeit in der Geschichtswissenschaft freilich intensiv beforcht worden und diese Magie scheint verfliegen zu sein.

Von der Rechtsgeschichte sind die Jahre 1945-1949 hingegen bislang keineswegs umfassend bearbeitet worden. Der Schwerpunkt der Forschungen liegt bisher vor allem auf den Jahren 1933-1945 und dann wieder – in geringerem Umfang – auf der Zeit nach 1949, wobei die Besatzungszeit dabei dann oft als bloße Vorgeschichte erscheint. Und das, obschon in dieser Phase der Verwandlung zwischen 1945 und 1949 auch auf rechtlicher Ebene entscheidende Weichenstellungen erfolgten und gerade der Verwandlungsprozeß als solcher eigentlich besonderes Augenmerk verdient. Dieser Band möchte Anregungen zur Beschäftigung mit der Rechtsgeschichte der Besatzungszeit geben, indem er einerseits den Stand der Forschung im Bereich der Geschichte, Sozialgeschichte und Wirtschaftsgeschichte darstellt, andererseits anhand ausgewählter Bereiche Schlaglichter auf die Rechtsgeschichte dieser Zeit wirft und Forschungslücken aufzeigt.

Dieser Band ist aus einer Ringvorlesung hervorgegangen, die im Sommersemester 2010 an der Universität Regensburg stattgefunden hat. Die Juristische Fakultät hat Gastvortragsmittel für die Einladung der auswärtigen Referenten bereitgestellt. Dafür bin ich sehr dankbar. Genauso dankbar bin ich meinem Mitarbeiter Andreas Gietl, ohne den aus der Vorlesungsreihe kein Buch geworden wäre.

Regensburg, im März 2011

Martin Löhnig

INHALT

<u>THOMAS SCHLEMMER:</u> <u>EIN GELUNGENER FEHLSCHLAG? DIE GESCHICHTE DER ENTNAZIFIZIERUNG</u> <u>NACH 1945</u>	9
<u>UDO WENGST:</u> <u>DEUTSCHE SOZIALGESCHICHTE DER JAHRE 1945 BIS 1949</u>	35
<u>RAINER GÖMMEL:</u> <u>DIE DEUTSCHE WIRTSCHAFTSGESCHICHTE DER BESATZUNGSZEIT</u>	49
<u>HARTMUT SOELL:</u> <u>KONRAD ADENAUER UND KURT SCHUMACHER</u>	61
<u>REINHARD RICHARDI:</u> <u>KONTINUITÄT UND WANDEL IM ARBEITSLEBEN WÄHREND DER BESATZUNGSZEIT</u>	83
<u>EKKEHARD SCHUMANN:</u> <u>DIE ENTSTEHUNG DES BAYERISCHEN VERFASSUNGSGERICHTSHOFS</u>	99
<u>UDO STEINER:</u> <u>RECHTSSTAAT IM (WIEDER-) AUFBAU</u>	175
<u>MARTIN LÖHNIG:</u> <u>FAMILIENBILD UND FAMILIENRECHT NACH 1945</u>	187
<u>FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER:</u> <u>DIE ENTNAZIFIZIERUNG DES DEUTSCHEN STRAFRECHTS</u>	201
<u>IGNACIO CZEGUHN:</u> <u>ERBHÖFE UND HÖFEORDNUNG NACH 1945</u>	213
<u>DIETER SCHWAB:</u> <u>NATURRECHT ALS NORM NACH DEM ZUSAMMENBRUCH DES</u> <u>„DRITTEN REICHES“</u>	227

Ein gelungener Fehlschlag? Die Geschichte der Entnazifizierung nach 1945

Thomas Schlemmer

I. DIE SCHALEN DES ZORNS

„Die Form, wie man das deutsche Volk seit nunmehr zwei Jahren vom Nationalsozialismus und Militarismus zu befreien versucht, hat zu dem reichlich chaotischen Zustand, in dem wir uns befinden, viel beigetragen. Das Ergebnis ist vorerst, jeder Kundige weiß es, weniger Denazifizierung als Renazifizierung. Das böse Wort läuft um: ‚Seitdem uns die demokratische Sonne bescheint, werden wir immer brauner.‘ Deutsche Mängel und alliierte Fehler haben einander mit verhängnisvoller Sicherheit, als ob sie aufeinander abgestimmt gewesen wären, ergänzt und die Anstrengungen der Einsichtigen bisher beinahe um jeden Erfolg gebracht.“¹

Es war der scharfzüngige Publizist Eugen Kogon, der im Juli 1947 in den „Frankfurter Heften“ mit einem gesellschaftlichen Großversuch abrechnete, den die Alliierten zwei Jahre zuvor mit dem doppelten Ziel ins Werk gesetzt hatten, die Nationalsozialisten zu bestrafen und die Voraussetzungen für einen politischen Neubeginn zu schaffen. Die Besatzungsmächte, aber auch deutsche Demokraten und Antifaschisten investierten viel in dieses Projekt, von dessen Gelingen nichts weniger abzuhängen schien als die Zukunft des in vier Zonen aufgespaltenen Deutschland. Doch schon bald gab es kaum mehr jemanden, der noch ein gutes Haar an der herrschenden Praxis und den Ergebnissen der politischen Säuberung gelassen hätte.

Dass die ehemaligen Parteigänger Hitlers nichts für die Entnazifizierung übrig hatten, versteht sich von selbst, aber auch führende Vertreter der Militärregierungen, engagierte deutsche Gegner des Nationalsozialismus oder Vertreter von Kirchen und Gewerkschaften distanzieren sich mit mehr oder weniger scharfen Worten davon. Wo die einen darüber klagten, die Sanktionen gegen das personelle Gerüst der nationalsozialistischen „Volksgemeinschaft“ seien viel zu hart, gingen sie den anderen nicht weit genug. Sie fürchteten die Rückkehr zahlloser „Parteigenossen“ in eine postfaschistische Gesellschaft, deren Konturen sich erst herauszubilden begannen. Das „böse Wort“ von der Renazifizierung, das auch Kogon gebrauchte, machte schon früh die Runde. Oder anders gesagt: weder die meisten Zeitgenossen noch die Mehrzahl der nachgeborenen Historiker zweifelten daran, dass die Entnazifizierung gescheitert sei; entsprechend scharf fielen die Polemiken aus.

Der vorliegende Aufsatz verfolgt das Ziel, die Geschichte der Entnazifizierung nachzuzeichnen und dabei diese bis heute verbreitete Interpretation auf den Prüfstand zu stel-

¹ Eugen Kogon, Das Recht auf den politischen Irrtum, in: Frankfurter Hefte 2 (1947), S. 641-655, hier S. 641.

len. Da es in diesem Rahmen unmöglich ist, das ganze Spektrum des Themas abzudecken, werde ich mich auf die großen Linien beschränken und einen Schwerpunkt auf die stilbildende Entnazifizierungspraxis in der amerikanischen Besatzungszone legen. Die Ereignisse im sowjetisch besetzten Teil Deutschlands werden nur am Rande behandelt, da sie – wie noch zu zeigen sein wird – auf eigenen Gesetzmäßigkeiten beruhen. Um den Rahmen für die weiteren Ausführungen abzustecken, folgt zunächst ein zusammenfassender Abschnitt über Kontexte, Zäsuren und Begriffe. Dann werden der Stand der Forschung diskutiert und der Verlauf der Entnazifizierung nachgezeichnet, wobei das für die US-Zone geltende „Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus“ vom 5. März 1946, mit dem die Durchführung der Entnazifizierung in deutsche Hände übergang, als Zäsur gelten kann. Schließlich möchte ich der Frage nachgehen, ob die Entnazifizierung tatsächlich nichts anderes war, als ein gescheitertes Experiment, wie angesichts rein quantitativer Analysen des Nullsummenspiels zwischen politischer Säuberung und Rehabilitierung oft behauptet worden ist.

II. RAHMENBEDINGUNGEN, ZÄSUREN UND BEGRIFFLICHKEIT

Welche Erfahrung die Deutschen mit der Entnazifizierung machten, hing vor allem davon ab, wie weit sie sich mit dem NS-Regime eingelassen hatten, wann sie entnazifiziert wurden und in welcher Besatzungszone sie diese Prozedur über sich ergehen lassen mussten. Da die vier Siegermächte ihre Besatzungsgebiete mehr oder weniger autonom verwalteten, kam es zu keiner Zeit zu einer wirklichen Koordination ihrer Initiativen zur politischen Säuberung von Staat und Gesellschaft, im Gegenteil: Wie intensiv die Bemühungen ausfielen und welchen Weg man einschlug, wurde nach Maßgabe der übergeordneten Zielsetzungen entschieden, an denen sich die Besatzungspolitik orientierte. Etwas zugespitzt könnte man auch sagen, dass die Entnazifizierung nichts anderes gewesen ist, als eine „abhängige Variable“ innenpolitischer Erwägungen und außenpolitischer Konstellationen².

Die USA maßen der Abrechnung mit dem Personal der nationalsozialistischen Diktatur zweifellos die größte Bedeutung zu, ja sie planten und betrieben die Umgestaltung Deutschlands unter Ausschaltung aller nationalsozialistischen Einflüsse anfangs mit fast missionarischem Eifer³. Die Briten gingen demgegenüber wesentlich pragmatischer vor. Für sie hatten eine effiziente Verwaltung und eine funktionierende Wirtschaft Priorität; schließlich sollten die Kosten der Besetzung die Steuerzahler in Großbritannien nicht

² Clemens Vollnhals, Einleitung zu: Entnazifizierung. Politische Säuberung und Rehabilitierung in den vier Besatzungszonen 1945-1949, hrsg. von Clemens Vollnhals in Zusammenarbeit mit Thomas Schlemmer, München 1991, S. 7-64, hier S. 56.

³ Zur Konzeption und Umsetzung der amerikanischen Politik vgl. Klaus-Dietmar Henke, Die amerikanische Besetzung Deutschlands, München 1995, und Hermann-Josef Rupieper, Die Wurzeln der westdeutschen Nachkriegsdemokratie. Der amerikanische Beitrag 1945-1952, Opladen 1993.

über Gebühr belasten⁴. In Frankreich hatte man dagegen wenig Zeit gehabt, sich auf die Besetzung Deutschlands vorzubereiten. Entsprechend improvisiert war die französische Politik⁵, für die der Wiederaufbau Frankreichs unter Ausbeutung deutscher Ressourcen und die langfristige Schwächung Deutschlands ungeachtet aller kulturpolitischen Initiativen Vorrang vor allem anderen hatte. Aufgrund des ökonomischen, militärischen und schließlich auch politischen Gewichts der USA sahen sich aber sowohl Großbritannien als auch Frankreich gezwungen, mehr und mehr auf den amerikanischen Kurs einzuschwenken. Anders sah es in der sowjetischen Besatzungszone aus⁶. Dort wurde die politische Säuberung von Anfang an als Teil der „antifaschistisch-demokratischen Umwälzung“ betrachtet, die dem Aufbau einer sozialistischen Gesellschaftsordnung den Weg bereiten sollte. Eine „klassenbewusste“ Personalpolitik war dabei nur die eine Seite der Medaille, die Enteignung von Großgrundbesitzern und die Verstaatlichung von Banken oder Industriebetrieben die andere. Gemäß der einseitigen marxistischen Faschismusanalyse gedachte man auf diese Weise, die soziale Basis von Nationalsozialismus und Militarismus ein für alle Mal zu liquidieren.

Trotz aller Unterschiede in Zielsetzung und Organisation lässt sich die Verlaufsgeschichte der Entnazifizierung in allen vier Besatzungszonen in ähnlicher Weise periodisieren⁷: In der ersten Phase agierten die Besatzungsbehörden nach dem Recht des Siegers in eigener Regie. In der zweiten Phase kam es dann zu einer mehr oder weniger weitgehenden deutschen Beteiligung, wobei sich in den Westzonen nach dem Vorbild der amerikanischen Besatzungszone ein System planmäßiger Einzelfallprüfungen mit der starken Tendenz zur Rehabilitierung der Betroffenen herausbildete. Die dritte Phase stand dagegen im Zeichen des überstürzten Abschlusses der Entnazifizierung. Der beginnende

⁴ Zu Konzeption und Praxis britischer Besatzungs- und Säuberungspolitik vgl. Jill Jones, *Preparations for denazification in the British Zone of Germany*, Manchester 1988; Lothar Kettenacker, *Krieg zur Friedensicherung. Die Deutschlandplanung der britischen Regierung während des Zweiten Weltkrieges*, Göttingen 1989; Ian D. Turner (Hrsg.), *Reconstruction in post-war Germany. British occupation policy in the Western Zones 1945-1955*, Oxford u.a. 1989; Adolf M. Birke (Hrsg.), *Britische Besatzung in Deutschland. Aktenschließung und Forschungsfelder*, London 1992; Volker Koop, *Besetzt. Britische Besatzungspolitik in Deutschland*, Berlin/Brandenburg 2007.

⁵ Zur widersprüchlichen französischen Besatzungspolitik vgl. Stefan Martens, *Vom „Erbeind“ zum „Erneuerer“*. Aspekte und Motive der französischen Deutschlandpolitik nach dem Zweiten Weltkrieg, Sigmaringen 1993; Stefan Zauner, *Erziehung und Kulturmission. Frankreichs Bildungspolitik in Deutschland 1945-1949*, München 1994.

⁶ Zur sowjetischen Besatzungspolitik vgl. Norman M. Naimark, *The Russians in Germany. A history of the Soviet Zone of occupation 1945-1949*, Cambridge/Mass. u.a. 1996; Horst Möller/Alexandr O. Tschubarjan (Hrsg.), *SMAD-Handbuch. Die Sowjetische Militäradministration in Deutschland 1945-1949*, München 2009; zur älteren Forschung in Ost und West vgl. Wolfgang Meinicke, *Zur Entnazifizierung in der sowjetischen Besatzungszone unter Berücksichtigung von Aspekten politischer und sozialer Veränderungen 1945-1948*, Berlin 1983, und Helga A. Welsh, *Revolutionärer Wandel auf Befehl? Entnazifizierungs- und Personalpolitik in Thüringen und Sachsen (1945-1948)*, München 1989; zur Forschung nach der Wiedervereinigung vgl. Ruth-Kristin Rößler (Hrsg.), *Entnazifizierungspolitik der KPD/SED 1945-1948. Dokumente und Materialien*, Goldbach 1994.

⁷ Zu den besten Überblicksdarstellungen gehört nach wie vor der Beitrag von Klaus-Dietmar Henke, *Die Trennung vom Nationalsozialismus. Selbstzerstörung, politische Säuberung, „Entnazifizierung“, Strafverfolgung*, in: ders./Hans Woller (Hrsg.), *Politische Säuberung in Europa. Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem Zweiten Weltkrieg*, München 1991, S. 21-83.

Kalte Krieg beherrschte nun die internationale Politik; West- und Ostdeutschland rückten in die Rolle potentieller Partner, und mit dieser neuen Rolle vertrug sich eine Fortsetzung der Entnazifizierung schlecht.

Ich habe die Begriffe politische Säuberung und Entnazifizierung bisher mehr oder weniger synonym gebraucht, obwohl sich hinter der Entnazifizierung nur ein Sonderfall der politischen Säuberung verbirgt. Die politische Säuberung ist ein „Instrument der Herrschaftssicherung“ und dient der „Etablierung einer neuen Führungsschicht“ nach einem tiefgreifenden Systemwechsel⁸. Dabei gilt es, Schlüsselpositionen in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft mit vertrauenswürdigen und zuverlässigen Mitstreitern zu besetzen; die Frage, ob die abgelösten Beamten, Richter, Universitätsprofessoren oder Offiziere der Sicherheitsorgane das gestürzte Regime aus Überzeugung unterstützt haben oder ob sie lediglich Mitläufer gewesen sind, ist dagegen von untergeordneter Bedeutung. Die Entnazifizierung zielte im Vergleich dazu weniger auf Positionen als auf Individuen, die aufgrund ihrer – eventuell auch nur formalen – Belastung zur Rechenschaft gezogen werden sollten, auch wenn sie keine politisch oder gesellschaftlich relevanten Stellungen bekleideten. Die politische Säuberung richtet ihr Augenmerk damit im Idealfall eher auf die Zukunft, während die Entnazifizierung, wie sie nach 1945 in Westdeutschland durchgeführt wurde, stark der Vergangenheit verhaftet blieb.

III. ZUM STAND DER FORSCHUNG

Nach mühsamen Anfängen ist die Geschichte der Entnazifizierung mittlerweile gut erforscht. Dominierten zunächst wüste Polemiken Betroffener⁹, ernüchterte Bilanzen ehemaliger Protagonisten der politischen Säuberung und kritische Kommentare intellektueller Beobachter¹⁰, so entstanden Ende der 1960er Jahre erste wissenschaftliche Arbeiten, die primär an den Rechtsgrundlagen und der bürokratischen Umsetzung der Entnazifizierung interessiert waren¹¹. Ein großer Wurf gelang 1972 Lutz Niethammer, dessen quellengesättigte Pionierstudie zur Geschichte der Entnazifizierung am Beispiel Bayerns hart mit der amerikanischen und deutschen Säuberungspolitik ins Gericht ging, zu-

⁸ Zur Begriffsdefinition vgl. Vollnhals, Einleitung zu: Entnazifizierung, S. 8; hier auch die Zitate.

⁹ Vgl. Ernst von Salomon, Der Fragebogen, Hamburg 1951; hierzu auch Hermann Graml, Ein unfreiwilliger Helfer der Entnazifizierung Deutschlands. Ernst von Salomon und sein Fragebogen (1951), in: Johannes Hürter/Jürgen Zarusky (Hrsg.), Epos Zeitgeschichte. Romane des 20. Jahrhunderts in zeithistorischer Sicht. 10 Essays für den 100. Band, München 2010, S. 73-86.

¹⁰ Vgl. John J. Herz, The fiasco of denazification in Germany, in: Political Science Quarterly 63 (1948), S. 569-594; William Griffith, The denazification program in the United States Zone of Germany, Harvard 1950; John G. Kormann, U.S. denazification policy in Germany 1944-1950, hrsg. von der Historical Division des Office of the U.S. High Commissioner for Germany, Bad Godesberg 1952; Walter L. Dorn, The unfinished purge, New York 1961.

¹¹ Vgl. Justus Fürstenau, Entnazifizierung. Ein Kapitel deutscher Nachkriegsgeschichte, Neuwied/Berlin 1969.

nächst jedoch kaum Beachtung fand¹². Als das Buch zehn Jahre später neu aufgelegt wurde, avancierte es unter dem suggestiven Titel „Die Mitläuferfabrik“ allerdings zu einem öffentlichkeitswirksamen Standardwerk, das Darstellung und Interpretation der Entnazifizierung bis heute beeinflusst. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass in den 1980er Jahren Autoren wie Hans Woller und Klaus-Dietmar Henke mit guten Gründen darauf hingewiesen haben, dass die Bilanz der Entnazifizierung nicht so negativ ausfällt, wenn man die sozial und historisch bedingten Grenzen der politischen Säuberung auf der einen und ihre erfahrungsgeschichtlichen Wirkungen auf der anderen Seite in die Betrachtung einbezieht¹³.

In den letzten 25 Jahren hat sich die Forschung nach dem Vorbild Niethammers vor allem auf die Rekonstruktion der Entnazifizierung in den Ländern der vier Besatzungszonen konzentriert. Inzwischen liegen für die Länder der US-Zone¹⁴ mit Ausnahme Württemberg-Badens¹⁵ und für die drei Länder der französischen Besatzungszone¹⁶ fundierte Studien vor, die durch eine ständig wachsende Zahl von Regional- und Lokalstudien¹⁷ ergänzt werden. Auch die Entnazifizierung in den Ländern der Sowjetischen Besatzungszone¹⁸ hat nach dem Fall der Mauer Beachtung gefunden. Ein gewisses De-

¹² Vgl. Lutz Niethammer, Entnazifizierung in Bayern. Säuberung und Rehabilitation unter amerikanischer Besatzung, Frankfurt am Main 1972; neu aufgelegt unter dem Titel: Die Mitläuferfabrik. Die Entnazifizierung am Beispiel Bayerns, Berlin/Bonn 1982.

¹³ Vgl. Hans Woller, Gesellschaft und Politik in der amerikanischen Besatzungszone. Die Region Ansbach und Fürth, München 1986, S. 116-165, und Klaus-Dietmar Henke, Die Grenzen der politischen Säuberung in Deutschland nach 1945, in: Ludolf Herbst (Hrsg.), Westdeutschland 1945-1955. Unterwerfung, Kontrolle, Integration, München 1986, S. 127-133.

¹⁴ Vgl. Niethammer, Mitläuferfabrik; Wiltrud Ulrike Drechsel, „Denazification“. Zur Entnazifizierung in Bremen, Bremen 1992; Hans Hesse, Konstruktionen der Unschuld. Die Entnazifizierung am Beispiel von Bremen und Bremerhaven, 1945-1953, Bremen 2005; Armin Schuster, Die Entnazifizierung in Hessen 1945-1954. Vergangenheitspolitik in der Nachkriegszeit, Wiesbaden 1999.

¹⁵ Vgl. aber den Überblick bei Paul Sauer, Demokratischer Neubeginn in Not und Elend. Das Land Württemberg-Baden von 1945 bis 1952, Ulm 1978, sowie die Skizze von Bertold Kamm/Wolfgang Mayer, Der Befreiungsminister Gottlob Kamm und die Entnazifizierung in Württemberg-Baden, Tübingen 2005.

¹⁶ Vgl. Klaus-Dietmar Henke, Politische Säuberung unter französischer Besatzung. Die Entnazifizierung in Württemberg-Hohenzollern, Stuttgart 1981; Reinhard Grohnert, Die Entnazifizierung in Baden 1945-1949. Konzeptionen und Praxis der „Eputation“ am Beispiel eines Landes der französischen Besatzungszone, Stuttgart 1991; Rainer Möhler, Entnazifizierung in Rheinland-Pfalz und im Saarland unter französischer Besatzung von 1945-1952, Mainz 1992.

¹⁷ Vgl. etwa Angela Borgstedt, Entnazifizierung in Karlsruhe 1946 bis 1951. Politische Säuberungen im Spannungsfeld von Besatzungspolitik und lokalpolitischem Neuanfang, Konstanz 2001; zahlreiche Nachweise finden sich bei Cornelia Rauh-Kühne, Die Entnazifizierung und die deutsche Gesellschaft, in: Archiv für Sozialgeschichte 35 (1995), S. 35-70.

¹⁸ Vgl. Damian van Melis, Entnazifizierung in Mecklenburg-Vorpommern. Herrschaft und Verwaltung 1945-1948, München 1999; Timothy R. Vogt, Denazification in Soviet occupied Germany: Brandenburg 1945-1948, Cambridge/Mass. u.a. 2000.

siderat bilden trotz zahlreicher Vorarbeiten die Länder der britischen Besatzungszone¹⁹, für die – von Nordrhein-Westfalen abgesehen²⁰ – monographische Darstellungen nach wie vor fehlen.

Verstärkte Aufmerksamkeit hat auch die lange Zeit vernachlässigte Geschichte der Internierung und der Internierungslager gefunden. Die Alliierten hatten schon vor der bedingungslosen Kapitulation des Deutschen Reiches damit begonnen, aktive Nationalsozialisten zu verhaften, wobei sie neben der politischen Säuberung auch die Sicherheit ihrer Truppen im Auge hatten²¹. Die Zahl der Internierten in allen vier Besatzungszonen ging in die Hunderttausende, wobei es vor allem das mittlere Management des Partei-, Sicherheits- und Terrorapparats sowie die basisnahe Elite der NSDAP waren, die sich in den Lagern wiederfanden. Östlich der Elbe diente die Internierung aber nicht nur der politischen Säuberung und der Unterdrückung eventueller nazistischer Umtriebe, sondern auch der „antifaschistisch-demokratischen Umwälzung“, so dass zahlreiche Personen weniger wegen ihrer Aktivitäten im NS-Staat als wegen ihrer tatsächlichen oder vermeintlichen antikommunistischen Gesinnung interniert wurden²².

Über den engeren Zusammenhang der politischen Säuberung hinaus weisen dagegen die Forschungen zur Kontinuität und Diskontinuität sowie zur Erfahrungsbildung deutscher Funktionseleiten zwischen Kriegsende, Neubeginn und Wiederaufbau. Dieser Themenkomplex ist nicht zuletzt deshalb von großer Bedeutung, weil er eng mit der Frage verbunden ist, wie die Demokratie in einer Gesellschaft Wurzeln schlagen konnte, die so sehr vom Nationalsozialismus durchdrungen war wie die deutsche. Die Geschichtswissenschaft hat sich in den vergangenen Jahren intensiv darum bemüht, diesem Pro-

¹⁹ Vgl. Ulf B. Christen, Die Entnazifizierung im Schleswig-Holsteinischen Landtag 1946-1951, in: Demokratische Geschichte 6 (1991), S. 189-212; Manfred Hanisch, Entnazifizierung in Schleswig-Holstein und in Lauenburg. Zum Stand der Forschung und ihren Defiziten, in: Eckardt Opitz (Hrsg.), Ausgewählte Aspekte der Nachkriegsgeschichte im Kreis Herzogtum Lauenburg und in den Nachbarterritorien, Bochum 2004, S. 15-29; Dietmar von Reeken, Ostfriesland zwischen Weimar und Bonn. Eine Fallstudie zum Problem der historischen Kontinuität am Beispiel der Städte Aurich und Emden, Hildesheim 1991; Bernd Weisbrod (Hrsg.), Rechtsradikalismus in der politischen Kultur der Nachkriegszeit. Die verzögerte Normalisierung in Niedersachsen, Hannover 1995; Stefan Brüdermann, Entnazifizierung in Niedersachsen, in: Übergang und Neubeginn. Beiträge zur Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte Niedersachsens in der Nachkriegszeit, Göttingen 1997, S. 97-118; Olaf Reichert, „Wir müssen doch in die Zukunft sehen...“ Die Entnazifizierung in der Stadt Oldenburg unter britischer Besatzungshoheit 1945-1947, Oldenburg 1998.

²⁰ Vgl. Wolfgang Krüger, Entnazifiziert! Zur Praxis der politischen Säuberung in Nordrhein-Westfalen, Wuppertal 1982; unverzichtbar auch: Entnazifizierung in Nordrhein-Westfalen. Richtlinien, Anweisungen, Organisation, bearb. von Irmgard Lange, Siegburg 1976; vgl. auch Jörg D. Krämer, Das Verhältnis der politischen Parteien zur Entnazifizierung in Nordrhein-Westfalen, Frankfurt am Main 2001.

²¹ Vgl. allgemein Renate Knigge-Tesche (Hrsg.), Internierungspraxis in Ost- und Westdeutschland nach 1945. Eine Fachtagung, Erfurt u.a. 1993; zur Geschichte der Internierung in den Westzonen vgl. Heiner Wember, Umerziehung im Lager. Internierung und Bestrafung von Nationalsozialisten in der britischen Besatzungszone Deutschlands, Essen 1991; Christa Horn, Die Internierungs- und Arbeitslager in Bayern 1945-1952, Frankfurt am Main 1992; Kathrin Meyer, Entnazifizierung von Frauen. Die Internierungslager der US-Zone Deutschlands 1945-1952, Berlin 2004; Christof Strauß, Kriegsgefangenschaft und Internierung. Die Lager in Heilbronn-Böckingen 1945-1947, Heilbronn 1998.

²² Dazu grundlegend: Sergej V. Mironenko/Alexander von Plato/Ralf Possekel (Hrsg.), Sowjetische Speziallager in Deutschland 1945-1950, 3 Bde., Berlin 1998/99.

blem auf die Spur zu kommen. Inzwischen liegt eine Reihe von Studien zur Geschichte deutscher Eliten zwischen Diktatur und Demokratie vor²³, wobei die Unternehmer²⁴, die Beamenschaft im allgemeinen²⁵, die Universitätsprofessoren²⁶, die Journalisten²⁷, die Polizei²⁸, die Mediziner²⁹ und vor allem die Justiz³⁰ besondere Aufmerksamkeit erfahren haben. Zugleich wurde das Schicksal des Führungspersonals der NSDAP auf lokaler³¹,

²³ Vgl. Cornelia Rauh-Kühne/Michael Ruck (Hrsg.), *Regionale Eliten zwischen Diktatur und Demokratie: Baden und Württemberg 1930-1952*, München 1993.

²⁴ Vgl. Paul Erker/Toni Pierenkemper (Hrsg.), *Deutsche Unternehmer zwischen Kriegswirtschaft und Wiederaufbau. Studien zur Erfahrungsbildung von Industrie-Eliten*, München 1999, und Dieter Ziegler (Hrsg.), *Großbürger und Unternehmer. Die deutsche Wirtschaftselite im 20. Jahrhundert*, Göttingen 2000; vgl. auch das Fallbeispiele von Hartmut Berghoff/Cornelia Rauh-Kühne, Fritz K. Ein deutsches Leben im zwanzigsten Jahrhundert, Stuttgart/München 2000, und Paul Hoser, *Die Entnazifizierung der Memminger Industrieunternehmenschaft*, in: ders. (Hrsg.), *Kriegsende und Neubeginn. Die Besatzungszeit im schwäbisch-alemannischen Raum*, Konstanz 2003, S. 189-257.

²⁵ Vgl. Michael Ruck, *Korpsgeist und Staatsbewußtsein. Beamte im deutschen Südwesten 1928-1972*, München 1996.

²⁶ Vgl. z.B. Aleksandr Charitonov, *Sowjetische Hochschulpolitik in Sachsen 1945-1949*, Weimar u.a. 1995; Peter Respondek, *Besatzung, Entnazifizierung, Wiederaufbau. Die Universität Münster 1945-1952. Ein Beitrag zur Geschichte der deutsch-britischen Beziehungen nach dem Zweiten Weltkrieg auf dem Bildungssektor*, Münster 1995; Ulrich Schneider, *Zur Entnazifizierung der Hochschullehrer in Niedersachsen 1945-1949*, in: *Niedersächsisches Jahrbuch für Landesgeschichte* 61 (1989), S. 326-346; Silke Seemann, *Die politischen Säuberungen des Lehrkörpers der Freiburger Universität nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges (1945-1957)*, Freiburg im Breisgau 2002; Stefan Wiecki, *The Denazification of Munich University 1945-1948*, in: Elisabeth Kraus (Hrsg.), *Die Universität München im Dritten Reich. Aufsätze, Teil II*, München 2008, S. 519-569; zu den Historikern vgl. Winfried Schulze, *Deutsche Geschichtswissenschaft nach 1945*, München 1989.

²⁷ Vgl. Lutz Hachtmeister/Friedemann Siering (Hrsg.), *Die Herren Journalisten. Die Elite der deutschen Presse nach 1945*, München 2002.

²⁸ Vgl. Gerhard Fürmetz/Herbert Reinke/Klaus Weinbauer (Hrsg.), *Nachkriegspolizei. Sicherheit und Ordnung in Ost- und Westdeutschland 1945-1969*, Hamburg 2001; Stefan Noethen, *Alte Kameraden und neue Kollegen. Polizei in Nordrhein-Westfalen 1945-1953*, Essen 2003.

²⁹ Vgl. Hans-Ulrich Sons, *Gesundheitspolitik in Nordrhein-Westfalen 1945-1949*, Wuppertal 1983; Ernst Klee, *Was sie taten. Was sie wurden. Ärzte, Juristen und andere Beteiligte am Kranken- oder Judenmord*, Frankfurt am Main ¹²2004.

³⁰ Vgl. Klaus-Detlev Godau-Schüttke, *Ich habe nur dem Recht gedient. Die „Renazifizierung“ der Schleswig-Holsteinischen Justiz nach 1945*, Baden-Baden 1993; Hinrich Rüping, *Staatsanwälte und Parteigenossen. Haltungen der Justiz zur nationalsozialistischen Vergangenheit zwischen 1945 bis 1949 im Bezirk Celle*, Baden-Baden 1994; Hans-Eckhard Niermann, *Zwischen Amnestie und Anpassung. Die Entnazifizierung der Richter und Staatsanwälte des Oberlandesgerichtsbezirks Hamm 1945-1950*, in: *50 Jahre Justiz in Nordrhein-Westfalen*, hrsg. vom Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf 1996, S. 61-94; Gabriele Rohloff, „Ich weiß mich frei von irgendeiner Schuld...“ Die Entnazifizierung der Richter und Staatsanwälte am Beispiel des Sondergerichts Bremen, Heidenau 1999; Eva Schumann (Hrsg.), *Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit*, Göttingen 2008; Sonja Boss, *Unverdienter Ruhestand. Die personalpolitische Bereinigung belasteter Juristen in der westdeutschen Justiz*, Berlin 2009.

³¹ Vgl. Hubert Rinklage, „Ich habe weiter nichts getan, als was von jedem anständigen Staatsbürger verlangt werden muß“, NSDAP-Ortsgruppenleiter und ihre Entnazifizierung im katholischen Emsland, in: Frank Bajohr (Hrsg.), *Norddeutschland im Nationalsozialismus*, Hamburg 1993, S. 166-184.

regionaler³² und überregionaler Ebene³³ eingehender unter die Lupe genommen. Allerdings wissen wir noch immer zu wenig über die Mechanismen der Integration ehemaliger Herrschafts- und Funktionsträger des NS-Staates³⁴, über die sozialen Netzwerke und erfahrungsgeschichtlichen Dispositionen, die sie möglich machten, und über die Grenzen, an die belastete Personen bei ihren Versuchen stießen, an ihre berufliche oder politische Laufbahn in den Jahren der NS-Diktatur anzuknüpfen³⁵.

IV. ZUR VERLAUFGESCHICHTE DER ENTNAZIFIZIERUNG

Anders als beispielsweise in Italien, wo man zwischen 1944 und 1946 mit Tausenden von Faschisten kurzen Prozess machte und offene Rechnungen nicht selten mit der Waffe in der Hand beglich³⁶, blieb eine tödliche Vergeltung in Deutschland bei Kriegsende aus. Vertreter der politischen Linken, die den nationalsozialistischen Terror überlebt hatten, rechneten zwar mit Fällen von Lynchjustiz oder erwarteten sogar „unter Umständen einen Blutstrom“, der „die französische Revolution“ zu einem „Kinderspiel“ degradiert hätte³⁷, doch davon konnte keine Rede sein. Das lag nicht nur an der Präsenz der Besatzungstruppen und an der Tatsache, dass die Schergen Hitlers bei der Ausschaltung politischer Gegner ganze Arbeit geleistet hatten. Eine Gesellschaft, die so sehr vom Nationalsozialismus durchdrungen war wie die deutsche, ließ keinen Raum für einen blutigen Abrechnungsfuror.

Teils ahnte man in den amerikanischen Planungsstäben, wie stark die deutsche Gesellschaft nazifiziert war, teils fiel man auf die Propaganda von Joseph Goebbels herein, als die grundlegenden Konzepte für die Besatzungspolitik erarbeitet wurden. Grob gespro-

³² Vgl. Barbara Fait, Die Kreisleiter der NSDAP nach 1945, in: Martin Broszat/Klaus-Dietmar Henke/Hans Woller (Hrsg.), Von Stalingrad zur Währungsreform. Zur Sozialgeschichte des Umbruchs in Deutschland, München 1988, S. 213-299; Christine Arbogast, Herrschaftsinstanzen der württembergischen NSDAP. Funktion, Sozialprofil und Lebenswege einer regionalen NS-Elite 1920-1960, München 1998; Wolfgang Stelbrink, Die Kreisleiter der NSDAP in Westfalen und Lippe. Versuch einer Kollektivbiographie mit biographischem Anhang, Münster 2003; Sebastian Lehmann, Kreisleiter der NSDAP in Schleswig-Holstein. Lebensläufe und Herrschaftspraxis einer regionalen Machtelite, Bielefeld 2007.

³³ Vgl. Ulrich Herbert, Best: Biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft 1903-1989, Bonn 1996; Lutz Hachtmeister, Der Gegnerforscher. Die Karriere des SS-Führers Franz Alfred Six, München 1998; Michael Wildt, Die Generation des Unbedingten. Das Führungskorps des Reichssicherheitshauptamtes, Hamburg 2002.

³⁴ Vgl. Wilfried Loth/Bernd-A. Rusinek (Hrsg.), Verwandlungspolitik. NS-Eliten in der westdeutschen Nachkriegsgesellschaft, Frankfurt am Main 1998; Klaus-Detlev Godau-Schüttke, Die Heyde/Sawade-Affäre. Wie Juristen und Mediziner den NS-Euthanasieprofessor Heyde nach 1945 deckten und straflos blieben, Baden-Baden 1998.

³⁵ Vgl. die exemplarische Untersuchung von Thomas Schlemmer, Grenzen der Integration. Die CSU und der Umgang mit der nationalsozialistischen Vergangenheit – der Fall Dr. Max Frauendorfer, in: Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte 48 (2000), S. 675-742.

³⁶ Vgl. dazu das Standardwerk von Hans Woller, Die Abrechnung mit dem Faschismus in Italien 1943-1948, München 1996.

³⁷ Das Zitat des Sozialdemokraten Fritz Erler findet sich bei Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 28.

chen gingen die Amerikaner „von dem Grundsatz aus, dass jeder Deutsche bis zum Beweis des Gegenteils als Nationalsozialist angesehen und jeder Nationalsozialist bestraft werden müsse“³⁸. Unter diesen Voraussetzungen konnte eine wie auch immer geartete politische Säuberung nur durch die Sieger erfolgen – und sie musste umfassend angelegt sein. Sowohl die Richtlinien des britisch-amerikanischen Oberkommandos vom Oktober 1944 über den „automatischen Arrest“³⁹ als auch die bekannte Direktive 1067 der Joint Chiefs of Staff der US-Armee vom April 1945 spiegeln diese Überzeugungen wider⁴⁰. Danach sollten nicht nur fast 200.000 Funktionäre der NSDAP, hohe Beamte, Angehörige des Sicherheitsapparats und die Offiziere von paramilitärischen Organisationen wie der SA oder der SS umgehend verhaftet, sondern darüber hinaus alle aktiven Nationalsozialisten „aus öffentlichen Ämtern und aus wichtigen Stellungen in halbamtlichen und privaten Unternehmungen“ entfernt werden.

Während die Bestimmungen über den „automatischen Arrest“ sofort umgesetzt und allein in der amerikanischen Besatzungszone rund 100.000 Personen interniert wurden, beschränkte sich die politische Säuberung zunächst vor allem auf den Austausch der Spitzenbeamten in Ministerien, Landratsämtern und Rathäusern. In den Augen vieler einflussreicher Kommentatoren ging die amerikanische Militärregierung empörend nachlässig mit ehemaligen Nationalsozialisten um. Groß aufgemachte Presseberichte über angeblich skandalöse Zustände in der amerikanischen Besatzungszone waren die Folge. Dieser Druck der öffentlichen Meinung trug nicht wenig zur Verschärfung der Säuberungspraxis bei, die in einer Direktive des amerikanischen Oberkommandos in Europa vom 7. Juli und im sogenannten Militärgesetz Nummer 8 vom 26. September 1945⁴¹ ihren Ausdruck fand. Nun sollten ohne Rücksicht auf Rechtsansprüche oder zur Verfügung stehende Ersatzkräfte umfassende Entlassungen im öffentlichen Dienst und in der privaten Wirtschaft vorgenommen werden. Der zu entlassende Personenkreis war dabei so umfassend definiert, dass er zum Beispiel alle Mitglieder der NSDAP betraf, die der Partei vor dem 1. Mai 1937 beigetreten waren. Was für Folgen die „Eskalation der Entlassungskategorien“⁴² haben musste, machen einige Zahlen deutlich: Als Adolf Hitler am 30. Januar 1933 zum Reichskanzler ernannt wurde, hatten etwa 850.000 Männer und Frauen der NSDAP angehört; bei Kriegsende waren rund sechs Millionen Deutsche „Parteigenossen“. Unter den Mitgliedern der NSDAP waren die Staatsdiener zahlreich

³⁸ Peter Graf Kielmannsegg, *Lange Schatten. Vom Umgang der Deutschen mit der nationalsozialistischen Vergangenheit*, Berlin 1989, S. 33.

³⁹ Abgedruckt in: *Entnazifizierung*, S. 238 ff.

⁴⁰ Abgedruckt in: *Documents on Germany under occupation 1945-1954*, hrsg. von Beate Ruhm von Oppen, London 1955, S. 13-27; das folgende Zitat findet sich ebenda. Zur Bedeutung dieser Direktive vgl. Volker Dotterweich, „Arrest“ and „Removal“. Die amerikanische Besatzungsdirektive JCS 1067 und die Entnazifizierungskonzeption der Westmächte, in: Walther L. Bernecker/Volker Dotterweich (Hrsg.), *Deutschland in den internationalen Beziehungen des 19. und 20. Jahrhunderts*. Festschrift für Josef Becker zum 65. Geburtstag, München 1996, S. 287-316.

⁴¹ Abgedruckt in: *Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle*, hrsg. von Ruth Hemken, Bd. 2, Stuttgart o.J.

⁴² *Vollnhals*, Einleitung zu: *Entnazifizierung*, S. 12.

vertreten: In Preußen bekannten sich 1937 86 Prozent, im Rest des Reiches immerhin 63 Prozent aller Beamten zur NSDAP. Mit der Partei wuchs aber auch das sogenannte Korps der Politischen Leiter, das 1937 über 700.000 Mann stark war und sich in den folgenden Jahren weiter vergrößern sollte⁴³. Als die amerikanischen Militärbehörden daran gingen, den Kreis der zu Entnazifizierenden immer weiter zu fassen, drohten die politischen Ziele der Säuberung schon früh in der schiereren Masse der Fälle unterzugehen. Die Bedeutung dieser Weichenstellungen für den Fortgang der Ereignisse kann gar nicht überschätzt werden. Klaus-Dietmar Henke hat es gar eine „Tragödie“ genannt, mit welcher Energie die Amerikaner gleich zu Beginn „den ersten Knopf ins zweite Knopfloch“ geschoben hätten⁴⁴.

Zu einer Korrektur dieser Fehlentwicklungen kam es zunächst nicht, im Gegenteil. Die Amerikaner bemühten sich sogar darum, ihr Modell zu exportieren und so zu einem einheitlichen Vorgehen in allen Besatzungszonen zu kommen. Dies zeigten sowohl die Ergebnisse der Potsdamer Konferenz vom Juli/August 1945 als auch die im Januar 1946 vom Alliierten Kontrollrat erlassene Direktive Nr. 24⁴⁵, die auf der amerikanischen Direktive vom 7. Juli 1945 und ihrem umfangreichen Katalog formaler Entlassungskriterien beruhte. Obwohl die amerikanischen Initiativen nicht ohne Wirkung blieben, waren die Alliierten weit von einer gemeinsamen Säuberungspolitik entfernt. Dies gilt nicht nur für die sowjetische Seite, sondern auch für die eigenwilligen Franzosen und die pragmatischen Briten, die in der amerikanischen Praxis sogar eine „reine Verrücktheit“ sahen⁴⁶, ohne sich aber dauerhaft davon abgrenzen zu können.

Es stellte sich rasch heraus, dass die Bedenken der britischen Deutschlandpolitiker nur allzu berechtigt waren. Die Entlassungswelle drohte den öffentlichen Dienst in der amerikanischen Besatzungszone in kurzer Zeit lahmzulegen und auch die Wirtschaft zu beeinträchtigen, die ohnehin schwer unter den Kriegsfolgen litt. Bis Ende März 1946 waren in der amerikanischen Besatzungszone 139.996 Beschäftigte des öffentlichen Dienstes und 68.568 Beschäftigte der Sektoren Handel, Gewerbe und Industrie entlassen worden; zugleich hatte die Militärregierung die Einstellung von 50.464 Bewerbern für den öffentlichen Dienst und von 22.888 Bewerbern für Arbeitsplätze in der freien Wirtschaft verweigert⁴⁷. Ein Beispiel soll genügen, um die Situation zu verdeutlichen. In Kipfenberg, einer bayerischen Landgemeinde mit rund 900 Einwohnern, hatte man 65 Prozent aller Beschäftigten des öffentlichen Dienstes und 18,5 Prozent derer entlassen, die in der Wirtschaft Leitungsfunktionen bekleidet hatten. Hinter diesen Zahlen verbargen sich alle fünf Lehrer, vier von fünf Bediensteten der Gemeindeverwaltung und beide Ortspolizisten. Die Entnazifizierung der Wirtschaft führte zur Schließung von Geschäften und

⁴³ Zahlen nach Rauh-Kühne, Entnazifizierung, S. 40.

⁴⁴ Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 35.

⁴⁵ Abgedruckt in: Sammlung Hemken, Bd. 1.

⁴⁶ Diese Stellungnahme aus dem German Department des Foreign Office von Ende 1945 ist zitiert nach Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 46.

⁴⁷ Die Statistik über die Entlassungen in der US-Zone bis zum 31.3.1947 ist abgedruckt in: Entnazifizierung, S. 159.

Handwerksbetrieben, aber auch zu einer Beeinträchtigung der medizinischen Versorgung von Mensch und Tier, da drei von fünf Medizinerinnen und Tiermedizinerinnen ihren Beruf nicht mehr ausüben durften⁴⁸.

Dass die amerikanische Militärregierung damit den Bemühungen um eine Normalisierung des täglichen Lebens einen schmerzhaften Hieb versetzte und sich durch den Kahlschlag auf allen Ebenen der öffentlichen Verwaltung, die ja in ihrem Auftrag arbeitete, gleichsam selbst lähmte, war eine für alle Seiten unerfreuliche Konsequenz der Politik pauschaler Entlassungen. Mindestens ebenso schwer wog jedoch die Tatsache, dass die amerikanische Entnazifizierungspraxis den Gedanken der politischen Säuberung in weiten Kreisen der deutschen Gesellschaft diskreditierte und zugleich eine Solidarisierung zwischen aktiven Nationalsozialisten und nur formal Belasteten begünstigte.

Als die amerikanische Militärregierung erkannte, dass ihre bisherige Säuberungspolitik in eine Sackgasse geführt hatte, setzte sich die Erkenntnis durch, dass sich die politische Säuberung ohne die verantwortliche Beteiligung deutscher Stellen kaum durchführen ließ. Das wichtigste Ergebnis dieses Kurswechsels war die Einführung des Spruchkammerverfahrens durch das „Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus“ vom 5. März 1946, das in zähen Auseinandersetzungen zwischen den Militärbehörden und den Länderregierungen entstanden war⁴⁹. Damit ging die Durchführung der Entnazifizierung in der amerikanischen Besatzungszone in deutsche Hände über. Die Grundlage des sogenannten Befreiungsgesetzes bildete ein Kompromiss zwischen zwei an und für sich nicht miteinander zu vereinbarenden Leitlinien. Während die Militärregierung am Grundsatz der Schuldvermutung auf der Basis eines umfassenden Katalogs formaler Belastungskriterien festhielt, setzten die Ministerpräsidenten aus den Ländern der amerikanischen Besatzungszone das freie richterliche Ermessen als Verfahrensprinzip durch⁵⁰.

Damit aber war der Übergang von der politischen Säuberung durch eine Ermessensentscheidung der Besatzungsbehörden zur Entnazifizierung endgültig vollzogen, „in deren Mittelpunkt die Beurteilung der individuellen Verantwortung und Schuld nach strafrechtlichen Maßstäben stand“. Die „eigentlich notwendige politische Entscheidung“ wurde im Spruchkammerverfahren praktisch „umgangen“ und auf die scheinbar unpolitische Ebene der „Interpretation und Anwendung“ gesetzlicher Bestimmungen verlagert⁵¹. In Artikel 2 des Befreiungsgesetzes war der grundlegende Unterschied zur bisherigen Praxis klar formuliert:

„1. Die Beurteilung des Einzelnen erfolgt in gerechter Abwägung der individuellen Verantwortlichkeit und der tatsächlichen Gesamthaltung; darnach wird in wohlverwogener Abstufung das Maß der Sühneleistung und der Ausschaltung aus der Teilnahme am

⁴⁸ Vgl. Elmar Ettle, *Die Entnazifizierung in Eichstätt. Probleme der Politischen Säuberung nach 1945*, Frankfurt am Main 1985, S. 25 ff.

⁴⁹ Zur Entstehung des Befreiungsgesetzes vgl. die detaillierte Darstellung bei Niethammer, *Mitläuferfabrik*, S. 260-332.

⁵⁰ Vgl. Henke, *Trennung*, in: Henke/Woller (Hrsg.), *Politische Säuberung*, S. 38.

⁵¹ *Vollnhals, Einleitung zu: Entnazifizierung*, S. 19.

öffentlichen, wirtschaftlichen und kulturellen Leben des Volkes bestimmt mit dem Ziel, den Einfluß nationalsozialistischer und militaristischer Haltung und Ideen auf die Dauer zu beseitigen. 2. Äußere Merkmale wie die Zugehörigkeit zur NSDAP, einer ihrer Gliederungen oder einer sonstigen Organisation sind nach diesem Gesetz für sich allein nicht entscheidend für den Grad der Verantwortlichkeit. Sie können zwar wichtige Beweise für die Gesamthaltung sein, können aber durch Gegenbeweise ganz oder teilweise entkräftet werden. Umgekehrt ist die Nichtzugehörigkeit für sich allein nicht entscheidend für den Ausschluß der Verantwortlichkeit.“⁵²

Am Beginn des neuen Verfahrens stand die Registrierung der gesamten erwachsenen Bevölkerung der amerikanischen Besatzungszone durch die berühmt-berüchtigten Meldebogen. Den öffentlichen Klägern bei den Spruchkammern kam dann die Aufgabe zu, diese auszuwerten, die nicht vom Befreiungsgesetz betroffenen Personen aus dem Verfahren zu nehmen und den Rest nach ihrer formalen Belastung in die fünf Kategorien Hauptschuldige, Belastete, Minderbelastete, Mitläufer und Entlastete einzuteilen⁵³. Als Hauptschuldige galten unter anderem alle leitenden Mitarbeiter verschiedener Sicherheitsorgane, alle Offiziere der allgemeinen SS und die hohen Offiziere der Waffen SS bis hinab zum Sturmbannführer (Major), alle Angehörigen der Geheimen Staatspolizei, alle Amtsträger der NSDAP bis zu den Amtsleitern auf Kreisebene, zahlreiche Funktionäre der verschiedenen nationalsozialistischen Organisationen, aber auch die seit dem 4. Februar 1938 zum Wehrmachtsführungsstab, zum Oberkommando der Wehrmacht, zum Oberkommando des Heeres, zum Oberkommando der Luftwaffe und zum Oberkommando der Marine gehörenden Generalstabsoffiziere sowie führende Mitarbeiter der Militär- und Zivilverwaltungen in den von der Wehrmacht eroberten Gebieten. Zu Belasteten wurden dagegen unter anderem die untergeordneten Funktionsträger der nationalsozialistischen Organisationen, alle Mitglieder der NSDAP vor dem 1. Mai 1937, alle Mitglieder der Waffen-SS und der allgemeinen SS sowie die nach dem 1. Juni 1936 ernannten Generäle und Admiräle der Streitkräfte erklärt⁵⁴. Die vorläufige Einstufung durch den öffentlichen Kläger war alles andere als nur ein formaler Akt, denn mutmaßliche Hauptschuldige und Belastete durften bis zum Abschluss ihres Verfahrens nur in untergeordneten Stellungen beschäftigt werden. Dieses einstweilige Beschäftigungsverbot „stellte die eigentliche Härte des Gesetzes dar“⁵⁵, zumal man nicht mit kurzen Bearbeitungszeiten rechnen konnte.

Die Spruchkammern bestanden zum Teil aus geschulten Juristen, zum Teil aus Laien, die von den politischen Parteien benannt wurden. Im Verfahren kam es jedoch nicht etwa dem öffentlichen Kläger zu, die Schuld des Betroffenen zu beweisen, letzterer mus-

⁵² Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus vom 5. März 1946 mit Ausführungsvorschriften, Formblättern, der Anweisung für die Auswerter der Meldebogen und der Rangliste in mehrfarbiger Wiedergabe, hrsg. von Erich Schullze, München 1946, S. 4 f.

⁵³ Zur Arbeit der Spruchkammern in der US-Zone vgl. die Fallstudien bei Woller, Ansbach und Fürth, S. 116-165, und Ettle, Entnazifizierung in Eichstätt.

⁵⁴ Vgl. Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus vom 5. März 1946, S. 46-65 (Anlage).

⁵⁵ Vollnhals, Einleitung zu: Entnazifizierung, S. 18.

ste vielmehr die auf den formalen Belastungskriterien beruhende Schuldvermutung widerlegen. Das Verfahren wurde mit einem Spruch der Kammer abgeschlossen, der je nach Grad der Belastung Sühnemaßnahmen festlegte⁵⁶. Hauptschuldige mussten dabei mit bis zu zehn Jahren Arbeitslager und vollständigem Vermögenseinzug rechnen. Allerdings war es möglich, gegen die Entscheidung der Spruchkammer Berufung einzulegen. Das größte Problem für die Spruchkammern war zweifellos die erdrückende Menge der Fälle, die in der Mehrzahl Bagatellfälle waren. Um die enorme Zahl der Verfahren überhaupt bewältigen zu können, wurden 1946 und 1947 großzügige Amnestien erlassen. Die Zahl derer, die von diesen Amnestien profitierten, übertraf schließlich die Zahl der tatsächlich durchgeführten Spruchkammerverfahren bei weitem. Zunächst bemühten sich die Spruchkammern darum, die Masse der minderschweren Fälle zu bearbeiten, um den Weg für die Rehabilitierung der ungefährlichen Mitläufer und Opportunisten freizumachen, aber auch um ungerechte Entscheidungen der Militärregierung zu revidieren. Die schweren Fälle ließ man warten. Wie wir noch sehen werden, sollte diese Strategie erhebliche Konsequenzen haben.

Obwohl die Schwächen des Befreiungsgesetzes und des Spruchkammerverfahrens nicht zu übersehen waren, bemühten sich die Amerikaner auch diesmal, ihr Modell in die anderen Besatzungszonen zu exportieren. Wieder gingen sie den Weg über den Alliierten Kontrollrat, der im Oktober 1946 wesentliche Bestimmungen des Befreiungsgesetzes in seine Direktive Nummer 38 übernahm⁵⁷. Ziel der Amerikaner war es wiederum, für eine Vereinheitlichung der Entnazifizierungspraxis zu sorgen. Zumindest in der französischen und in der britischen Zone blieben diese Bemühungen nicht ohne Erfolg; dort wurde das Befreiungsgesetz im Laufe des Jahres 1947 zwar nicht vollständig übernommen, aber doch zum Vorbild für eine Neuregelung der Entnazifizierungspraxis. Von einheitlichen Maßstäben war man jedoch nach wie vor weit entfernt. So beklagte sich der bayerische Ministerpräsident Hans Ehard bei Militärgouverneur Lucius D. Clay darüber, dass in der britischen Zone ein Mann hoher Ministerialbeamter werden könne, den man in der amerikanischen Besatzungszone aufgrund seiner Vergangenheit „nicht einmal als Briefträger“ einstellen dürfe⁵⁸.

Als die Spruchkammern noch auf Hochtouren arbeiteten, kam es zu einem überraschenden Kurswechsel in der Entnazifizierungspolitik. Eingeleitet wurde dieser Kurswechsel am 16. August 1947 mit dem Befehl Nr. 201 der Sowjetischen Militäradministration, die damit die Rahmenbedingungen für eine rasche Beendigung der Entnazifizierung in ihrer Zone schuf⁵⁹. Mit dem heraufziehenden Kalten Krieg waren auch

⁵⁶ Vier Spruchkammerurteile aus den Jahren 1946-1949 sind abgedruckt in: ebenda, S. 284-292; sehr anschaulich auch Bernd Mayer/Helmut Paulus, Eine Stadt wird entnazifiziert. Die Gauhauptstadt Bayreuth vor der Spruchkammer, Bayreuth 2008.

⁵⁷ Abgedruckt in: Sammlung Hemken, Bd. 1.

⁵⁸ Besprechung des Generals Clay mit den Ministerpräsidenten der US-Zone und mit Senatspräsident Kaissen am 23.2.1947 in Berlin, in: Akten zur Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland 1945-1949, Bd. 2: Januar-Juni 1947, bearb. von Wolfram Werner, München/Wien 1979, S. 218-231, hier S. 229.

⁵⁹ Abgedruckt in: Entnazifizierung, S. 206-209; hier (S. 212 ff.) findet sich auch der Befehl Nr. 35 der Sowjetischen Militäradministration vom 26.2.1948 über die Auflösung der Entnazifizierungskommissionen.

die Amerikaner bereit, neue Prioritäten zu setzen. Die Gründung eines westdeutschen Staates schien nun wichtiger zu sein als eine Fortsetzung der Entnazifizierung, zumal diese aufgrund der gravierenden Geburtsfehler des Befreiungsgesetzes, aber auch aufgrund der ätzenden Kritik, die von überzeugten Kommunisten ebenso getragen wurde wie von verstockten Konservativen oder hochrangigen Kirchenvertretern, den Rückhalt auf deutscher Seite weitgehend verloren hatte.

Dennoch ging es selbst den verantwortlichen deutschen Stellen zu schnell, als die amerikanische Militärregierung Anfang 1948 nach einer entsprechenden Direktive aus Washington auf ein rasches Ende der Entnazifizierung drängte⁶⁰. Und das hatte seinen Grund: Da die Spruchkammern zunächst die minderschweren Fälle verhandelt hatten, musste ein überstürzter Abbruch der Entnazifizierung fast ausschließlich stark kompromittierten Stützen des Dritten Reiches zugute kommen, die noch auf ihr Verfahren warteten. Am Ende zäher Verhandlungen stand das auch für die britische und französische Besatzungszone richtungweisende 2. Änderungsgesetz zum Befreiungsgesetz, das es bei wenigen Ausnahmen erlaubte, alle Belasteten im Schnellverfahren als Mitläufer einzustufen, und das Beschäftigungsverbot auf verurteilte Hauptschuldige beschränkte. „Damit blieb das Befreiungsgesetz formell in Kraft, wirkte sich aber wie eine Amnestie für Schwerbelastete aus, zumal die Militärregierung die Überwachung der Spruchkammerbescheide gänzlich einstellte.“

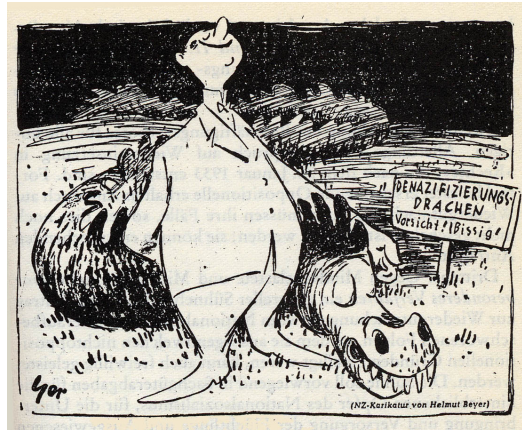
Dass diese Entwicklung der Glaubwürdigkeit von Säuberung und Entnazifizierung einen weiteren schweren Schlag versetzte, braucht kaum eigens betont zu werden. Waren nach amerikanischen Umfragen im März 1946 noch 57 Prozent der Befragten mit der Entnazifizierungspraxis zufrieden gewesen, so sank dieser Anteil im September 1947 auf 32 Prozent, um bis Mai 1949 auf nur noch 17 Prozent abzustürzen⁶¹. Schon bald schimpften viele, man hänge die Kleinen und lasse die Großen laufen⁶². Eine Karikatur, die im September 1948 in der „Neuen Zeitung“ erschien, kommentierte diese Entwicklung mit spitzer Feder. Sie zeigt einen ehemals hochrangigen Vertreter des NS-Regimes, der den angeblich bissigen „Denazifizierungsdrachen“ zärtlich krault und dabei ebenso fröhlich wie zufrieden bemerkt: „Mir tut er nichts mehr! Der ist längst von den Kleinen satt...“⁶³

⁶⁰ Vgl. Rauh-Kühne, *Entnazifizierung*, S. 57, und Vollnhals, *Einleitung zu: Entnazifizierung*, S. 22 f.; das folgende Zitat findet sich ebenda, S. 23.

⁶¹ Vgl. Anna J. Merritt/Richard L. Merritt (Hrsg.), *Public opinion in occupied Germany. The OMGUS-Surveys 1945-1949*, Urbana/Ill. 1970, S. 304 f.

⁶² Vgl. Kielmannsegg, *Schatten*, S. 36.

⁶³ *Neue Zeitung* vom 16.9.1948.



Mit jedem neuen als skandalös empfundenen Urteil gegen prominente Repräsentanten des Dritten Reiches wurde die Kritik an der Entnazifizierung lauter. Nachdem die Spruchkammer Detmold mit Alfred Hugenberg einen der wichtigsten rechtskonservativen Steigbügelhalter Hitlers als Mitläufer eingestuft hatte, polemisierte etwa der „Neue Westfälische Kurier“ durchaus in apologetischer Absicht:

„Dieser Spruch ist eine der schamlosesten Komödien in der deutschen politischen Geschichte. Nachdem v. Papen, Schacht und Hugenberg straflos ausgegangen sind, wird es Zeit, mit der zur Furie gewordenen Denazifizierung aufzuhören. Denn nachdem die Hauptschuldigen und Wegbereiter Hitlers freigesprochen wurden, hat es keinen Sinn mehr, mit der Entnazifizierung weiter fortzufahren; sie wird zu einem schreienden Unrecht an den vielen kleinen harmlosen Existenzen, die seinerzeit nur unter dem Druck nationalsozialistischer Arbeitgeber und Vorgesetzter sich zum Eintritt in die NSDAP bereit gefunden haben.“⁶⁴

Das Ergebnis der Säuberungsbemühungen war auf den ersten Blick ernüchternd. Die Spruchkammern hatten schließlich Tausende von Aktivisten und schwer Kompromittierten ebenso als Mitläufer eingestuft wie die Unzahl ehemaliger NSDAP-Mitglieder, die der Partei nur formal angehört hatten. „Säuberung und Rehabilitation“ waren im Dschungel der Spruchkammern und Berufungsinstanzen „zu ein und demselben Vorgang verschmolzen“⁶⁵. Betrachtet man die quantitative Bilanz der Entnazifizierung in der amerikanischen Besatzungszone, so mutet diese wie ein gewaltiges Nullsummenspiel zwischen politischer Säuberung und Rehabilitation an. Mehr als 13 Millionen Frauen und Männer hatten bis zum Sommer 1949 den vorgeschriebenen Meldebogen ausgefüllt; davon waren 3.623.112 vom Befreiungsgesetz betroffen. Die Spruchkammern verfolgten jedoch lediglich 950.126 Fälle weiter – wobei es freilich nur in etwa zehn Prozent der Fälle zu einer mündlichen Verhandlung kam –, die übrigen Verfahren wurden eingestellt oder fielen unter die diversen Amnestien. Als Hauptschuldige stuften die Spruch-

⁶⁴ Neuer Westfälischer Kurier vom 22.7.1949, abgedruckt in: Entnazifizierung, S. 326 ff.

⁶⁵ Niethammer, Mitläuferfabrik, S. 653.

kammern in der US-Zone 1654 Personen ein, zu Belasteten wurden 22.122 Personen erklärt⁶⁶. Im Verhältnis zu allen von den Spruchkammern bearbeiteten Fällen entspricht dies einem Satz von etwa 2,5 Prozent! Es erübrigt sich fast zu sagen, dass das Verhältnis zwischen Aktivisten und Mitläufern in der französischen und der britischen Zone ähnlich oder sogar noch trister aussah. Das Führungspersonal des Dritten Reiches und seine Handlanger hatten sich „mehr oder weniger in Nichts aufgelöst“⁶⁷.

Sieht man von den wenigen Hauptschuldigen und Belasteten einmal ab, so kam die Entscheidung der Spruchkammer für die Masse der ehemaligen Nationalsozialisten einer Eintrittskarte in die demokratische Nachkriegsgesellschaft gleich. Die entlassenen Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes kehrten zumeist ebenso an ihre Schreibtische zurück wie die aus ihren Stellungen entfernten Führungskräfte der Wirtschaft. Schon kurz nach der Gründung der Bundesrepublik machte ein unangenehmer Begriff Karriere: „Restauration“⁶⁸. Die rasche Integration der meisten ehemaligen Nationalsozialisten führte vor allem bei Gegnern des Dritten Reiches und Vertretern der politischen Linken zu Enttäuschung, Verzweiflung, ja zu Abscheu. „Dauernde, traumatische Entfremdungen“ zwischen der Bundesrepublik und linken Intellektuellen wie Heinrich Böll oder Eugen Kogon hatten „in diesen Eindrücken ihre Wurzeln“⁶⁹. Noch Ende der 1980er Jahre war es deshalb eine Provokation, als der alles andere als konservative Lyriker und Essayist Hans Magnus Enzensberger schrieb:

„Die Rede von der Restauration [...] beruhte [...] auf einer Augentäuschung. Zwar taten die alten Nazi-Kader, was sie konnten, um als Bürokraten, Unternehmer und Richter das Gemeinwesen nach ihren Gesinnungen einzurichten, doch erwies sich das Projekt des ‚Wiederaufbaus‘ als aussichtslos und die Rückkehr der Vorkriegszeit als Chimäre.“⁷⁰

V. EIN GELUNGENER FEHLSCHLAG?

Diese Beobachtung wirft abschließend die Frage auf, ob die politische Säuberung in Westdeutschland tatsächlich so grandios gescheitert ist, wie es oft behauptet worden ist, und ob sie wirklich nicht mehr war als eine bloße „Farce“⁷¹ oder eine „Kontinuitätsschleuse zwi-

⁶⁶ Zu den Zahlen vgl. die Entnazifizierungsstatistik für die Länder der Westzonen 1949/50 am Ende des vorliegenden Beitrags.

⁶⁷ Vollnhals, Einleitung zu: Entnazifizierung, S. 23.

⁶⁸ Vgl. dazu die beiden klassischen Aufsätze von Walter Dirks, Der restaurative Charakter der Epoche, in: Frankfurter Hefte 5 (1950), S. 942-954, und Eugen Kogon, Die Aussichten der Restauration. Über die gesellschaftlichen Grundlagen der Zeit, in: Frankfurter Hefte 7 (1952), S. 165-177; zur Bewertung der letztlich fruchtlosen Debatte, ob die Nachkriegszeit als Neubeginn oder als Restauration zu begreifen sei, vgl. Gerhard A. Ritter, Über Deutschland. Die Bundesrepublik in der deutschen Geschichte, München 1998, S. 13 ff.

⁶⁹ Kielmannsegg, Schatten, S. 20.

⁷⁰ Hans Magnus Enzensberger, Mittelmaß und Wahn. Ein Vorschlag zur Güte, in: ders., Mittelmaß und Wahn. Gesammelte Zerstreungen, Frankfurt am Main 1989, S. 250-276, hier S. 251.

⁷¹ Rauh-Kühne, Entnazifizierung, S. 56.

schen den Eliten und der ‚Dienstklasse‘ des Dritten Reiches und der Bundesrepublik⁷². Ich werde eine Antwort auf diese Frage versuchen, indem ich nochmals auf die Arbeit der Spruchkammern zurückkomme und dann die erfahrungsgeschichtlichen Konsequenzen der politischen Säuberung in den Blick nehme. Dabei vertrete ich die These, dass der Säuberungsprozess neben seinen direkten Folgen auch eine „mittelbare Wirkung“ entfaltete, die letztlich „höher einzuschätzen ist als das in nackter Statistik belegbare Resultat“ der Entnazifizierung⁷³, und denen der erfolgreiche Aufbau einer demokratischen Staats- und Gesellschaftsordnung wichtige Impulse verdankt. Mit statistischen Analysen, die das Scheitern der Entnazifizierung immer wieder neu belegen sollen, ist es also – mit anderen Worten – nicht getan. Quantitative Studien drohen die historische Wirklichkeit zu verfehlen, wenn sie nicht durch differenziert argumentierende qualitative Untersuchungen ergänzt werden.

Die Spruchkammern stehen seit Lutz Niethammers großem Werk über die Entnazifizierung in Bayern in dem Ruf, bloße Mitläuferfabriken gewesen zu sein. Dieses Verdikt ist jedoch einseitig und verkennt sowohl die objektiven Schwierigkeiten des Verfahrens als auch die gesellschaftlichen Grenzen der politischen Säuberung und das Engagement vieler Spruchkammervorsitzender, öffentlicher Kläger und Beisitzer, die sich ehrlich um gerechte Urteile bemühten und dabei nicht selten zwischen die Fronten gerieten⁷⁴. Die Lehrerin Franziska Wittmann etwa, die 1933 als Kommunalpolitikerin der Bayerischen Volkspartei vorübergehend verhaftet und 1946 von der Christlich-Sozialen Union als Beisitzern für eine Augsburger Spruchkammer nominiert worden war, machte ihrem Zorn über die allgegenwärtige Kritik an der Arbeit der Spruchkammern und ihrer Wut auf die weinerliche Verlogenheit vieler ehemaliger NSDAP-Mitglieder in einer engagierten Rede vor Parteifreunden Luft:

„Ich kann Ihnen nur sagen, dass wir außerordentlich vorsichtig und genau und gewissenhaft arbeiten, daß jeder Fall ganz gründlich durchgearbeitet und durchgesehen wird und daß man sich bemüht, der Sache wirklich gerecht zu werden. [...] Wir haben alle miteinander geschworen, daß wir ohne Haß und Rachegefühl urteilen wollen. Wir bemühen uns ehrlich und redlich, unseren Schwur, den wir sehr ernst genommen haben, ernsthaft zu halten. Aber wir müssen andererseits gerade aus Gerechtigkeitsgründen sagen: Diejenigen, die ein Volk in diesen Abgrund von Not und Elend getrieben haben, sie sind alle mitgegangen. Auch die 1937-er [Parteigenossen] waren mit schuld. [...] Warum sind die Leute mitgelaufen? Aus Geldbeutelzwang, aus Feigheitszwang! Heute redet man von Zwang, nur von Zwang. Und was für ein Zwang! Es ist ganz schrecklich. Dann sitzen wir in der Spruchkammer und lesen alle diese Gesuche. Es könnte einem übel werden. Manchmal ist es wirklich zum Speien, wenn man die Leute kennt und liest, wie unschuldig und wie harmlos und wie gezwungen sie waren, und wenn man weiß, wie es

⁷² Lutz Niethammer, Zum Wandel der Kontinuitätsdiskussion, in: Herbst (Hrsg.), Westdeutschland, S. 66-83, hier S. 78.

⁷³ Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 56.

⁷⁴ Vgl. Woller, Ansbach und Fürth, S. 119-165.

ihnen pressiert hat [in die NSDAP] hineinzukommen und wie es gar nicht schnell genug gehen konnte.“⁷⁵

Gerechtigkeit war eines der Zauberworte, das für viele Mitarbeiter der Spruchkammern von entscheidender Bedeutung war. Doch wie ließen sich die Schafe von den Böcken scheiden? Was war angemessen und gerecht? Diese Frage war nicht zuletzt deshalb so schwer zu beantworten, weil der Alltag in der nationalsozialistischen Diktatur vielfach zu eigentümlichen Mischungsverhältnissen und Überlagerungen geführt hatte. Zustimmung zur nationalsozialistischen Ideologie und Unterstützung des Regimes mussten Opposition gegen Einzelmaßnahmen nicht ausschließen, ebenso wie antinationalsozialistische Überzeugungen mit mehr oder weniger weitgehenden Konzessionen an den nationalsozialistischen Staat korrespondieren konnten. Das Personal der Spruchkammern kannte diese Problematik aus eigener Anschauung. Wer hatte sich schon – außer Emigranten und politischen Gefangenen – „zwölf Jahre lang stets von jeglichem Zugeständnis an das Regime“ freihalten können⁷⁶ und war nicht dem „strukturell bedingten Opportunismus“⁷⁷ erlegen, von dem in einem totalitären Staat so vieles abhängen konnte – manchmal sogar das eigene Leben? Somit gab es, mit anderen Worten, in Deutschland nach Kriegsende nicht viele Menschen, die reinen Gewissens „den ersten Stein gegen die vielen tausend minder prominenten Repräsentanten und Funktionäre des überwundenen Regimes“ hätten erheben können⁷⁸. Die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Spruchkammern waren ein Teil dieser Gesellschaft zwischen totalitärer Vergangenheit und demokratischer Zukunft. Wer konnte es ihnen verdenken, dass sie im Zweifel für den Angeklagten entschieden, zumal in den Spruchkammern nicht selten gleichsam „Nachbarn über Nachbarn zu Gericht“ saßen und „Kollegen [...] Kollegen belasten“ sollten? Das Geflecht sozialer Beziehungen schützte Belastete vor allem auf dem Land und in kleinen Städten vor harten Urteilen, wenn sie sich nicht allzu forsch für den Nationalsozialismus eingesetzt hatten, und schien zuweilen sogar „eine Art von Zwang zur Rehabilitierung auszuüben“⁷⁹.

Wie Hans Woller zu Recht betont hat, „gingen der schließlichen Rehabilitierung“ allerdings „häufig Strafen voraus, die eine materiell fühlbare Wirkung hatten“. Der zeitweilige Verlust der politischen Rechte mag dabei das geringste Problem gewesen sein; schwerer wogen schon Vermögensbeschlagnahmen und Beschäftigungsverbote, die erst aufgehoben wurden, nachdem der Beschuldigte amnestiert oder als Mitläufer eingestuft

⁷⁵ Protokoll der Sitzung des Landesausschusses der CSU am 4.10.1946, abgedruckt in: Die CSU 1945-1948. Protokolle und Materialien zur Frühgeschichte der Christlich-Sozialen Union, hrsg. von Barbara Fait und Alf Mintzel unter Mitarbeit von Thomas Schlemmer, Bd. 1: Protokolle 1945-1946, München 1993, S. 663 f.

⁷⁶ Henke, Grenzen, in: Herbst (Hrsg.), Westdeutschland, S. 128.

⁷⁷ Hans Buchheim, Die Lebensbedingungen unter totalitärer Herrschaft, in: Karl Forster (Hrsg.), Möglichkeiten und Grenzen für die Bewältigung historischer und politischer Schuld in Strafprozessen, Würzburg 1962, S. 89-106, hier S. 95.

⁷⁸ Henke, Grenzen, in: Herbst (Hrsg.), Westdeutschland, S. 128; das folgende Zitat findet sich ebenda, S. 130.

⁷⁹ Woller, Ansbach und Fürth, S. 147; die folgenden Zitate finden sich ebenda, S. 163.

worden war – und das konnte bei schwierigeren Fällen bis zu vier Jahre dauern. Die Minderbelasteten und Mitläufer kamen also nicht ohne „Denkzettel“ davon, der „in seiner Mischung aus fühlbarer Strafe und großzügiger Gnade“ freilich so bemessen war, „daß er die Gefahr der Herausbildung eines Heeres von Entnazifizierungsgeschädigten weitgehend bannte, die spätere Bildung neuer Loyalitäten an den demokratischen Staat nicht übermäßig erschwerte und eher das kritische Nachdenken über antidemokratische Experimente und Ideologien förderte“.

Doch es ging in den Spruchkammerverfahren nicht nur um Urteile, so groß ihre Bedeutung für den einzelnen auch sein mochte. Die öffentlichen Sitzungen der Säuberungsgremien, über die in der Presse oft in groß aufgemachten Artikeln berichtet wurde, trugen auch viel dazu bei, die nationalsozialistische Diktatur und ihre Repräsentanten vor Ort als unmenschlich, verbrecherisch und korrupt zu entlarven⁸⁰. Wenn Hans Woller mit Blick auf Italien betont hat, die „epurazione“ habe dort „eine Art von gesellschaftlicher Gewissenserforschung mittels Aufklärung“ eingeleitet und durch diesen „beispiellosen Prozeß einer Gesellschaft gegen sich selbst“ entscheidend zur dauerhaften Diskreditierung faschistischen Gedankenguts beigetragen⁸¹, so gilt dieser Befund in gleicher Weise für die Entnazifizierung in Deutschland. Die Träger dieses Prozesses waren aber nicht zuletzt die Spruchkammern, die so der Stigmatisierung des Nationalsozialismus Vorschub leisteten, die für die zweite deutsche Demokratie konstitutiv werden sollte⁸². Gemessen an den Voraussetzungen, Möglichkeiten und Schwierigkeiten, so könnte man bilanzieren, haben die vielgeschmähten Mitläuferfabriken als „Nürnberg des kleinen Mannes“⁸³ ihre Sache nicht so schlecht gemacht.

Vorschnelle Verdikte verbieten sich aber auch aus anderen Gründen. Schließlich war die Entnazifizierung nur ein Teil des komplexen Prozesses, der in mehreren Etappen zur „Trennung vom Nationalsozialismus“⁸⁴ führen sollte. Dieser Prozess setzte mit der Kriegswende von El Alamein und Stalingrad ein, wurde durch das Trauma eines zerstörerischen Kriegsendes beschleunigt, als sich der Furor des NS-Regimes zunehmend gegen die eigenen „Volksgenossen“ zu richten begann, und ging nach 1945 unter der Regie der alliierten Sieger weiter⁸⁵. Das zentrale Problem des Umgangs mit dem personellen Erbe der nationalsozialistischen Diktatur gedachten die Besatzungsmächte mit einem nur lose zusammenhängenden Bündel von Maßnahmen zu bewältigen, zu dem neben der politischen Säuberung in eigener Regie, der Internierung potentiell gefährlicher

⁸⁰ Vgl. Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 55 f.

⁸¹ Hans Woller, „Ausgebliebene Säuberung“? Die Abrechnung mit dem Faschismus in Italien, in: ebenda, S. 148-191, hier S. 190.

⁸² Vgl. Kielmannsegg, Schatten, S. 16 f.

⁸³ Angela Borgstedt, Die kompromittierte Gesellschaft. Entnazifizierung und Integration, in: Peter Reichel/Harald Schmid/Peter Steinbach (Hrsg.), Der Nationalsozialismus – die zweite Geschichte. Überwindung, Deutung, Erinnerung, München 2009, S. 85-104, hier S. 88.

⁸⁴ So der Titel von Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung.

⁸⁵ Zur Periodisierung vgl. Martin Broszat/Klaus-Dietmar Henke/Hans Woller, Einleitung zu: dies. (Hrsg.), Von Stalingrad zur Währungsreform, S. XXV-XLIX; zum Furor des Regimes in den letzten Kriegstagen vgl. Henke, Amerikanische Besetzung S. 844-861.

Amts- und Funktionsträger, der Strafverfolgung von Kriegs- und NS-Verbrechern sowie der Umerziehung eben auch die Entnazifizierung gehörte.

Wie schmal der Grat zwischen politischer Säuberung und Rehabilitierung der „Ehemaligen“ gewesen ist, dürfte vielen Zeitgenossen erst allmählich klar geworden sein. Mochten manche zunächst noch gedacht haben, es genüge, der Hydra gleichsam die Köpfe abzuschlagen, um Deutschland aus den Fängen des Nationalsozialismus zu befreien, so zeigte sich rasch, dass die verbreitete apologetische These, das Volk sei 1933 gegen seinen Willen von einer kleinen Verbrecherbande gleichsam versklavt worden, nicht auch nur annähernd der Realität entsprach. Die Diktatur hatte vielmehr bis weit in die zweite Kriegshälfte hinein auf eine loyale Anhängerschaft setzen können, die das Regime getragen und seine Verbrechen erst ermöglicht hatte, ohne sich aber allzu sehr zu exponieren oder mit persönlicher Schuld zu beflecken.

Da diese Mitläufer nach Hunderttausenden, ja nach Millionen zählten, gab es zu ihrer Rehabilitierung und Integration keine realistische Alternative. Vielleicht wäre es aus moralischen Gründen wünschenswert gewesen, die Mitläufer für längere Zeit gleichsam unter „politische Quarantäne“ zu stellen, doch hätte diese – und hier ist Peter Graf Kielmannsegg Recht zu geben – „nie heilend wirken können“, sondern vielmehr „zu einer Brutzeit für Ressentiments, Verbitterung, Demokratieverachtung werden müssen“⁸⁶. Die Träger des politischen Neubeginns mussten also den „Mut“ aufbringen, die „Demokratie mit den Deutschen zu beginnen, die vorher die Deutschen des Dritten Reiches gewesen waren“. Der scharfsinnige linkskatholische Schriftsteller Eugen Kogon hat dies früh erkannt; schon 1947 schrieb er in einem viel beachteten Aufsatz:

„Wie stellt man sich eine ‚Lösung‘ denn auf Dauer vor, die so aussieht: Millionen ausschalten und sie sich selber überlassen? Sind sie nicht mehr da, weil man sie ausgeschaltet hat, ‚ausgeklammert‘, in die Konspirationswinkel gedrängt [...]? Man kann sie nur töten oder gewinnen, anders sollten nach den Erfahrungen der Weltgeschichte Feinde nie behandelt werden. [...] Töten kommt hierzulande [...] nicht in Frage. Also muß man sie gewinnen. Nicht, indem man sie umwirbt [...], sondern indem man sich ihrer sachlich annimmt. Man muß beweisen, dass Demokratie besser ist.“⁸⁷

An der politisch wie sozioökonomisch gebotenen Integration der Mitläufer in die westdeutsche Nachkriegsgesellschaft führte also kein Weg vorbei. Freilich gelang es auch zahlreichen schwer belasteten Funktionsträgern des NS-Regimes, an deren Händen nicht selten Blut klebte, in der Masse der weitestgehend rehabilitierten Mitläufer unterzutauchen. Der neue Staat und seine Bürger machten es diesen Wölfen im Schafspelz aber auch nicht allzu schwer, die vor allem in der ersten Hälfte der 1950er Jahre von einer auf die Eingliederung der „Ehemaligen“ zielenden Gesetzgebung⁸⁸ ebenso profitierten wie von einer weitverbreiteten Schlußstrichmentalität. Man sah vielfach

⁸⁶ Kielmannsegg, Schatten, S. 18 f.; das folgende Zitat findet sich ebenda.

⁸⁷ Kogon, Recht auf den politischen Irrtum, S. 655.

⁸⁸ Vgl. dazu ausführlich Norbert Frei, Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, München 1996.

nicht mehr genau hin, fragte nicht nach, wollte nicht wissen oder verließ sich auf zweifelhafte Auskünfte, wenn wichtige Personalentscheidungen anstanden. So kam es vor allem im öffentlichen Dienst zu skandalösen Karrieren, „die nie hätten zugelassen werden dürfen“ und die bis heute einen „Schatten auf die Anfänge der Bundesrepublik“ werfen⁸⁹. Als Ende der 1950er Jahre die Ermittlungen gegen nationalsozialistische Gewaltverbrecher wieder aufgenommen wurden, entdeckte man beispielsweise „Hunderte von wohlentnazifizierten oder durch die Maschen des Verfahrens geschlüpften Polizeibeamten“, die nun „als Mörder oder dringend Tatverdächtige aus ihrer Nachkriegskarriere gerissen“ wurden; immerhin zehn Prozent derer, die insbesondere in den 1960er Jahren wegen Mord oder Beihilfe zum Mord verurteilt wurden, dienten im Polizeiapparat der Bundesrepublik⁹⁰.

Diese hässlichen braunen Flecken auf dem weißen Kleid der Demokratie untergruben die Legitimation der Bundesrepublik im In- und vor allem im Ausland⁹¹, sie waren jedoch keine Gefahr für die Stabilität der demokratischen Institutionen, da sich der neue Staat zwar bei der Integration der personellen Hinterlassenschaft der nationalsozialistischen Diktatur ausgesprochen großzügig zeigte, gleichsam als Gegenleistung aber ein Bekenntnis zum antitotalitären Grundkonsens verlangte, auf dem die Republik lange Jahre ruhte; wer gegen diesen Grundkonsens verstieß, musste mit Sanktionen rechnen. Der Druck, sich nolens volens in das normative Korsett der parlamentarischen Demokratie zu zwängen, wuchs in der zweiten Hälfte der 1950er Jahre kontinuierlich und führte bei vielen ehemaligen Funktionsträgern des NS-Staates zu einem „geduckte[n] Opportunismus“, der „Ausdruck und Voraussetzung für die politische Neutralisierung dieser Gruppe“ gewesen ist⁹².

Unter diesen Bedingungen gelangen auch überlebenden Mitgliedern der nationalsozialistischen Elite zwar nicht selten bedrückend-beeindruckende Karrieren; zu einem politischen Comeback kam es freilich nur in Ausnahmefällen. Von einer „Rückkehr in die ‚Bürgerlichkeit‘“⁹³ konnten zahlreiche herausgehobene Parteifunktionäre auf lokaler und regionaler Ebene, die oft als sogenannte unanständige Nazis – das heißt als rücksichtslose Karrieristen, bekannte Scharfmacher oder Denunzianten – galten, zudem nur träumen. Vor allem in Gebieten mit hoher sozialer Kontrolle blieben sie auch nach ihrer formalen Rehabilitierung stigmatisiert und konnten sich nur mit Mühe eine neue Existenz aufbauen. Während viele gut ausgebildete Mitglieder der NS-Elite

⁸⁹ Kielmannsegg, Schatten, S. 24.

⁹⁰ Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 52 f.; zum Gesamtzusammenhang vgl. Adalbert Rückerl, Die Strafverfolgung von NS-Verbrechen 1945-1978. Eine Dokumentation, Heidelberg/Karlsruhe 1979.

⁹¹ Vgl. dazu Ulrich Brochhagen, Nach Nürnberg. Vergangenheitsbewältigung und Westintegration in der Ära Adenauer, Hamburg 1994.

⁹² Ulrich Herbert, Als die Nazis wieder gesellschaftsfähig wurden. Vom raschen Wiederaufstieg der NS-Eliten und von der Frage: Wie konnte aus der Bundesrepublik dennoch eine stabile Demokratie werden?, in: Die Zeit vom 10.1.1997, S. 34.

⁹³ Ulrich Herbert, Rückkehr in die „Bürgerlichkeit“? NS-Eliten in der Bundesrepublik, in: Weisbrod (Hrsg.), Rechtsradikalismus, S. 157-173.

ihre Kenntnisse und Fähigkeiten rasch in den Dienst des Wiederaufbaus stellen konnten, fristeten die oft dem Kleinbürgertum oder der Arbeiterschaft entstammenden Orts- und Kreisleiter der NSDAP ein kümmerliches Dasein und erreichten schließlich bestenfalls „wieder jenen meist niedrigen sozialen Status, den sie 15 oder 20 Jahre zuvor mit der Übernahme des Parteiarnes für immer zu überwinden gehofft hatten“⁹⁴.

Komplizierter lag der Fall bei den Mitgliedern der Funktionseliten, also den Unternehmern, den Ärzten, den Juristen, den Journalisten, den Ministerialbeamten oder den Offizieren, ohne die keine Gesellschaft auskommt. Einerseits als soziale Gruppen und durch die Missetaten einzelner tief in die Verbrechen des NS-Staates verstrickt, andererseits für den Wiederaufbau unabdingbar, gelang es ihnen, nach den Wirrnissen der ersten Nachkriegsjahre um 1948/49 wieder sicheren Grund unter den Füßen zu gewinnen und dabei ein hohes Maß an personeller Kontinuität zu wahren. Allerdings mußten die Elitenzirkel mit pauschalen Schuldzuweisungen leben, die sich in regelmäßigen Abständen wiederholten und die zumeist ebenso pauschal wie pathetisch zurückgewiesen wurden; kritische Selbstreflexion war die Ausnahme, demonstrative Solidarität die Regel⁹⁵. Der nach 1945 viel beschworene Neubeginn schien an den Funktionseliten vorbeigegangen zu sein, und es gab nicht wenige Historiker die bitter über die ausgebliebene Erneuerung klagten⁹⁶.

Wie so oft, so lohnt es sich jedoch auch in diesem Fall, hinter die Kulissen zu blicken. Denn der fest gefügten Front nach außen entsprach „durchaus kein unkritisches Einvernehmen oder eine bedingungslose Solidarität im Innern“ dieser zumeist exklusiven sozialen Gruppen⁹⁷. Zumindest die schwärzesten Schafe mußten mit Sanktionen der Standesgenossen rechnen, zu denen gemeinhin dann gegriffen wurde, „wenn ein Mitglied zum Schaden der Gruppe offen gegen den jeweils geltenden Komment und den überkommenen, zwischen 1933 und 1945 nur selten gänzlich zerstörten Normenkodex verstoßen, wenn es seine Legitimation vorwiegend von außen bezogen und diesen überwiegend geborgten Einfluß allzu rücksichtslos kapitalisiert hatte“. Dieser Prozess der begrenzten Selbstreinigung war jedoch kein Selbstzweck und beileibe nicht nur moralisch motiviert⁹⁸; er hatte auch eine kompensatorische Funktion: Indem man besonders belastete Personen aufs Abstellgleis oder gar an den Pranger stellte, konnte man trefflich von anderen Problemen ablenken und vergangenheitspolitisch motivierten Attacken den Wind aus den Segeln nehmen.

⁹⁴ Fait, Kreisleiter, in: Broszat/Henke/Woller (Hrsg.), Von Stalingrad zur Währungsreform, S. 298; vgl. auch Woller, Ansbach und Fürth, S. 163 ff.

⁹⁵ Hierzu und zum Folgenden vgl. die instruktiven Überlegungen bei Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 58-66.

⁹⁶ Vgl. z.B. Ernst-Ulrich Huster u.a., Determinanten der westdeutschen Restauration 1945-1949, Frankfurt am Main 1972, oder auch Kielmannsegg, Schatten, S. 19-25.

⁹⁷ Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 58; das folgende Zitat findet sich ebenda, S. 62.

⁹⁸ Vgl. dazu die differenzierte Argumentation bei Hervé Joly, Kontinuität und Diskontinuität der industriellen Elite nach 1945, in: Ziegler (Hrsg.), Großbürger und Unternehmer, S. 54-72, hier vor allem S. 64-69.

Doch damit ist die Frage nach dem Verhältnis von Kontinuität und Diskontinuität noch nicht beantwortet; hier führt ein Blick auf die erfahrungsgeschichtlichen Konsequenzen der politischen Säuberung weiter⁹⁹. Es sei daran erinnert, dass nach 1945 allein in den Westzonen rund 190.000 Personen wegen ihrer NS-Vergangenheit in Internierungslagern einsaßen und dass Hunderttausende – darunter zahlreiche geachtete Vertreter gesellschaftlicher Eliten – zwar in Freiheit blieben, aber für unbestimmte Zeit ihre Stellung und ihr Vermögen verloren hatten. Diese elementare Erfahrung von Unsicherheit und Deklassierung dürfte an den wenigsten spurlos vorüber gegangen sein, insbesondere nicht an denen, die an Macht, Wohlstand und Sozialprestige gewohnt waren, nun aber vor dem Nichts zu stehen schienen. Inwieweit man für die Mitglieder der Elitenzirkel „einen dramatischen Schub politischen Lernens, ausgelöst von den Erfahrungen einer einzigartigen Katastrophe“¹⁰⁰, konstatieren kann, sei dahingestellt; vermutlich haben sich die wenigsten wirklich mit ihrer Rolle im Dritten Reich auseinandergesetzt. Doch man darf annehmen, dass der ruhmlose Zusammenbruch des Regimes alte Loyalitäten erschüttert hat und dass bei den Internierten und Entlassenen die Überzeugung reifte, sich künftig entweder überhaupt nicht mehr politisch zu betätigen oder zumindest die Finger von totalitären Experimenten zu lassen. Nur wer wenigstens äußerlich der nationalsozialistischen Ideologie abgeschworen und sich auf den Boden der neuen Ordnung gestellt hatte, konnte damit rechnen, nach seiner Rehabilitierung wieder seine alte Stellung zu gewinnen. Der Entnazifizierung kam in diesem Zusammenhang eine nicht zu unterschätzende Rolle zu. Wer im Zuge seines Spruchkammerverfahrens die eigene politische Identität verdrängen und einen Teil seiner „persönlichen Geschichte“ verleugnen musste, der konnte schlecht zum Status quo ante zurückkehren, nachdem sich der Sturm gelegt hatte, zumal er nicht sicher sein konnte, ob ihn die Schatten der Vergangenheit nicht doch einmal einholten. So förderte die Entnazifizierung sowohl die „pragmatische Ablehnung des Nationalsozialismus“ als auch eine „vernunftrepublikanisch[e] Bejahung der Demokratie“¹⁰¹. Man mag diese moralische Unschärfe und die damit verbundenen Versäumnisse bedauern; aufgrund des Erfahrungshorizonts der „Ehemaligen“ und des herrschenden Anpassungsdrucks ging davon aber zumindest keine Gefahr für die demokratische Ordnung aus. Die Bundesrepublik gilt heute als „geglückte Demokratie“¹⁰². Doch wie, so könnte man fragen, hätte die Demokratiegründung gelingen können, wenn mit der Entnazifizierung schon einer der ersten Schritte auf diesem Weg vollends gescheitert wäre? Gemessen an den ursprünglichen Prämissen und den hohen Erwartungen ihrer Protagonisten fiel das Ergebnis der politischen Säuberung deprimie-

⁹⁹ Vgl. Henke, Trennung, in: Henke/Woller (Hrsg.), Politische Säuberung, S. 63-66, und Vollnhals, Einleitung zu: Entnazifizierung, S. 64; eine dezidierte Gegenposition vertritt Paul Erker, Industrie-Eliten im 20. Jahrhundert, in: Erker/Pierenkemper (Hrsg.), Unternehmer, S. 1-18, hier S. 14, der von der „Chimäre vom Umdenken“ spricht.

¹⁰⁰ Peter Graf Kielmannsegg, Nach der Katastrophe. Eine Geschichte des geteilten Deutschland, Berlin 2000, S. 116.

¹⁰¹ Sabine Mecking, „Allenfalls Mitläufer“? Entnazifizierung und Nachkriegsalltag am Beispiel der Stadtverwaltung Münster, in: Geschichte im Westen 17 (2002) H. 1, S. 63-81, hier S. 81.

¹⁰² Edgar Wolfrum, Die geglückte Demokratie. Geschichte der Bundesrepublik Deutschland von ihren Anfängen bis zur Gegenwart, Stuttgart 2006.

rend aus. Ihre erst auf den zweiten Blick sichtbaren, längerfristig wirksamen Konsequenzen waren jedoch durchaus geeignet, das demokratische Fundament des westdeutschen Staates zu stärken. Wäre es daher nicht besser, statt von einem gescheiterten Experiment vom Paradox des gelungenen Fehlschlags zu sprechen?

VI. ENTNAZIFIZIERUNGSSTATISTIK FÜR DIE LÄNDER DER WESTZONEN 1949/50

Anmerkungen zur Entnazifizierungsstatistik für die Länder der Westzonen 1949/50¹⁰³

Die vorliegende statistische Zusammenstellung des Bundesinnenministeriums über den Stand der Entnazifizierung in der amerikanischen (zum 31. August 1949) sowie der britischen und französischen Besatzungszone (jeweils zum 28. Februar 1950) ist die einzig verfügbare dieser Art. Wie das Bundesinnenministerium selbst festgestellt hat, ist diese Statistik jedoch nicht ohne Mängel, die eine vorsichtige Interpretation unumgänglich machen und vor allem auf die unterschiedliche Verfahrenspraxis in den drei Westzonen zurückzuführen sind:

„Die Zahlenangaben der britischen Zone sind unvollständig, da einmal die Einstufungen in die Kategorien I und II nur durch die britische Militärregierung erfolgen und Zahlen darüber nicht mitgeteilt werden; zum anderen konnte von den Ländern auch nicht die Zahl der von der britischen Militärregierung bereits vor der Bildung deutscher Entnazifizierungsbehörden im Februar 1947 erledigten Verfahren der Kategorien III-V mitgeteilt werden.

Im Land Nordrhein-Westfalen ist eine Statistik über diejenigen Verfahren nicht geführt worden, die deswegen eingestellt wurden, weil die Betroffenen nicht unter die Entnazifizierungsvorschriften fielen, oder bei denen andere Gründe zur Einstellung geführt haben. Daher konnten diese Zahlen auch nicht gemeldet werden.

In Rheinland-Pfalz liegen noch 500 unerledigte Anträge des öffentlichen Klägers auf Einstufung in die Kategorien I und II vor.

In der amerikanischen Zone galten 3.623.112 Personen als vom Befreiungsgesetz betroffen. Die Entnazifizierungskammer von 950.126 Fälle bearbeitet, die übrigen wurden bereits vom öffentlichen Kläger ohne Klageerhebung eingestellt, davon 2.504.686 amnestiert.“

¹⁰³ Die Entnazifizierungsstatistik für die Länder der Westzonen 1949/50 und die ergänzenden Bemerkungen des Bundesinnenministeriums wurden erstmals veröffentlicht bei Fürstenau, Entnazifizierung, S. 228 ff., und wieder abgedruckt in: Entnazifizierung, S. 333 ff.

Land	Zahl der bearbeiteten Fälle	Eingruppierung durch die Entnazifizierungsbehörden				Verfahren eingestellt wegen				
		Haupt-schuldige	Schuldige Belastete	Minder-belastete	Mitläufer a) m. Maßnahmen b) Begünstigte im Sinne der Verord- nung 133/165	Entlastete	Jugend-amnestie	a) Heimkehrer-amnestie b) Weimachts-amnestie	vom Gesetz nicht betrof-fen; unbelas-tet	aus an-deren Grün-den
		Gruppe 1	Gruppe 2	Gruppe 3	Gruppe 4	Gruppe 5				
Bayern	453.957	743	11.040	52.940	215.585	8828	33.544	b) 116.165	-----	15.112
Bremen	18.532	34	360	815	14.640	959	158	b) 1221	-----	345
Hessen	234.974	416	5350	28.208	133.722	5279	20.471	b) 34.963	-----	6565
Württemberg-Baden	242.663	461	5372	24.459	121.110	3388	35.599	b) 42.389	-----	9885
US-Zone	950.126	1654	22.122	106.422	485.057	18.454	89.772	b) 194.738	-----	31.907
Hamburg	327.157	-----	-----	1084	15.052	131.119	-----	-----	179.902	-----
Niedersachsen	496.612	-----	-----	610	40.250	166.962	-----	-----	201.122	87.668
Nordrhein-Westfalen	811.265	-----	-----	23.266	100.226	687.773	-----	-----	-----	-----
Schleswig-Holstein	406.420	-----	-----	2217	66.500	206.076	-----	-----	131.627	-----
Britische Zone	2.041.454	-----	-----	27.177	222.028	1.191.930	-----	-----	512.651	87.668
Baden	239.636	6	387	10.653	a) 19.154	267	24.321	-----	113.516	-----
Rheinland-Pfalz	299.562	5	440	4840	a) 18.474	711	42.309	-----	89.476	3829
Württemberg-Hohenz.	129.870	2	111	1333	a) 11.241	2511	5269	a) 1908	67.160	1225
Französische Zone	669.068	13	938	16.826	a) 48.869	3489	71.899	a) 1908	270.152	5054
Bundesrepublik	3.660.648	1667	23.060	150.425	a) 755.954	1.213.873	161.671	196.646	782.803	124.629

Deutsche Sozialgeschichte der Jahre 1945 bis 1949

Udo Wengst

Die deutsche Gesellschaft der unmittelbaren Nachkriegszeit ist mit Recht als „Zusammenbruchgesellschaft“ bezeichnet worden.¹ Symbolisiert wurde der Zusammenbruch schon durch die Trümmerlandschaft des besiegten Deutschland. Hinzu kam die „Zerstörung tradierter Strukturen“ in Politik und Gesellschaft, so dass von einer generellen gesellschaftlichen Desorganisation gesprochen werden kann, die nicht zuletzt zu einer allgemeinen seelischen Zerrüttung führte. Die Gesellschaft war traumatisiert und fand nur allmählich in den einigermaßen normalen Alltag zurück. Unabdingbare Grundlage hierfür waren Maßnahmen zur Bewältigung der unmittelbaren Diktatur- und Kriegsfolgen, die von den Besatzungsverwaltungen und allmählich wieder eingerichteten deutschen Verwaltungen sowie politischen Organisationen und Institutionen eingeleitet wurden.

Im Folgenden werde ich so vorgehen, dass ich zentrale Probleme der „Zusammenbruchgesellschaft“ wie Bevölkerungsverschiebungen und Konfliktlinien sowie Lebens- und Arbeitsverhältnisse herausarbeite. Daran anschließend gebe ich eine Übersicht über die wichtigsten Maßnahmen zur Bewältigung der unmittelbaren Diktatur- und Kriegsfolgen. Dabei wird sich herausstellen, dass damit frühzeitig eine Auseinanderentwicklung von den Westzonen und der Ostzone eingeleitet wurde, die auch in anderen Bereichen der Sozialpolitik dieser Jahre festzustellen ist. Darauf werde ich aber nur stichpunktartig eingehen. Am Ende soll die Frage aufgeworfen werden, inwieweit die Sozialgeschichte und die Sozialpolitik der Besatzungsjahre die deutsche Teilung von 1949 beeinflusst haben.

I. BEVÖLKERUNGSVERSCHIEBUNGEN UND KONFLIKTLINIEN IN DER ZUSAMMENBRUCHGESELLSCHAFT

Am Anfang einer Analyse der Bevölkerungsverschiebungen soll zunächst auf die Veränderungen der Bevölkerungsdichte im Nachkriegsdeutschland eingegangen werden. Trotz hoher Kriegsverluste betrug die Gesamtbevölkerung in den vier Besatzungszonen einschließlich Berlins 1946 nahezu 66 Millionen und überstieg damit die Einwohnerzahl

¹ Christoph Kleßmann, Die doppelte Staatsgründung. Deutsche Geschichte 1945-1955, Bonn 5. Aufl. 1991.

von 1939 für dieses Gebiet um etwas mehr als sechs Millionen. Damit war die Einwohnerdichte von 167,5 auf 184,6 angestiegen.²

Lenkt man nunmehr den Blick von der Gesamtgesellschaft auf die Teilgesellschaften, d. h. auf die eingeseessene Bevölkerung auf der einen und die „Entwurzelten“, das sind Flüchtlinge und Vertriebene, Evakuierte sowie Displaced Persons, auf der anderen Seite, so ergeben sich folgende Feststellungen. Kennzeichnend ist eine höchst ungleichgewichtige Verteilung zwischen Stadt und Land. Die „Entwurzelten“ fanden ihren ersten neuen Wohnsitz zunächst einmal außerhalb der städtischen Ballungszentren, da nur dort überhaupt Wohnraum zur Verfügung stand. Das führte dazu, dass im Frühjahr 1947 der Anteil der „Entwurzelten“ in den Ländern Mecklenburg-Vorpommern und Schleswig-Holstein mit 49 bzw. 47 % oder aber in Niedersachsen und Bayern mit 36 bzw. 31 % besonders hoch war, während er in dem vorwiegend industriell geprägten Nordrhein-Westfalen mit 13 % oder in den Städten Hamburg und Bremen mit jeweils sieben Prozent und Berlin mit zwei Prozent sehr niedrig ausfiel. Wenig „Entwurzelte“ gab es auch in der Französischen Zone, da die dortige Militärregierung bis 1948 eine sehr restriktive Haltung gegenüber der Aufnahme von „Entwurzelten“ an den Tag legte.³

Die größte Gruppe der „Entwurzelten“ stellten die Flüchtlinge und Vertriebenen. Genaue Zahlenangaben sind hier – wie auch bei den anderen Gruppen – infolge des Zusammenbruchs der bestehenden Ordnungen und Verwaltungen und des gewaltigen Umfangs der Bevölkerungsverschiebungen nicht möglich. Wohl aber gibt es Schätzungen und Berechnungen, aufgrund derer die jeweiligen Größenordnungen angegeben werden können. Im Zeitraum von 1944/45 bis 1950 – wobei der größte Teil der Flüchtlinge und Vertriebenen bereits 1947 in Deutschland angelangt war – betrug deren Zahl annähernd zwölf Millionen.

Eine Statistik über die Verteilung des Flüchtlings- und Vertriebenenstroms auf die vier Besatzungszonen vom 1. April 1947, als die Zahl der Flüchtlinge und Vertriebenen bereits die Zehn-Millionen-Grenze überschritten hatte, enthält folgende Angaben: Von den 6,5 Millionen Flüchtlingen aus den ehemaligen Ostgebieten waren 45 % bzw. 42 % in die Britische bzw. Sowjetische Zone geströmt. Die Amerikanische Zone hatte annähernd 60 % der mehr als 3,5 Millionen Flüchtlinge und Vertriebenen aus anderen Herkunftsgebieten, insbesondere aus dem Sudetenland, aufgenommen, die SBZ weitere 30 %. Im Ergebnis hatte die Aufnahme der Flüchtlinge und Vertriebenen in diesen Zonen dafür gesorgt, dass der durchschnittliche Anteil dieser Bevölkerungsgruppe an der jeweiligen Gesamtbevölkerung mit 24 % (Amerikanische Zone), 22 % (Britische Zone) und 23 % (SBZ) ausgesprochen groß war.⁴

² Die deutsche Wirtschaft zwei Jahre nach dem Zusammenbruch. Tatsachen und Probleme, hrsg. vom Deutschen Institut für Wirtschaftsforschung, Berlin 1947, S. 19.

³ Reparationen, Sozialprodukt, Lebensstandard. Versuch einer Wirtschaftsbilanz, Bd. 3: Einzeldarstellungen Teil 2, Bremen 1948, S. 12.

⁴ Michael Krause, Flucht vor dem Bombenkrieg. „Umquartierungen“ im Zweiten Weltkrieg und die Wiedereingliederungen der Evakuierten in Deutschland 1943-1963, Düsseldorf 1997, S. 181f.

Die Unterbringung der Flüchtlinge und Vertriebenen erwies sich angesichts des verknappten Wohnraums als ausgesprochen schwierig. Ihre zwangsweise Verlegung in Privatquartiere führte oft zu Auseinandersetzungen mit der einheimischen Bevölkerung, der es – trotz auch von ihr zu erleidenden Einschränkungen – deutlich besser ging als den Flüchtlingen und Vertriebenen. Zwischen dieser Gruppe und der einheimischen Bevölkerung entstand ein Antagonismus, der teilweise in offene Feindschaft umschlug.

In den Westzonen befand sich auch der weitaus größte Anteil der Evakuierten, d. h. derjenigen, die infolge des Bombenkriegs oder der heranrückenden westlichen Front aus den Städten in ländliche Gebiete verbracht worden waren. Die Zahl der von der Evakuierung bis 1945 Betroffenen lässt sich nicht eindeutig feststellen, da sich von Reichsstellen durchgeführte Evakuierungen mit „wilden“ Evakuierungen überlagerten und auch bereits während der Kriegshandlungen eine ständige Rückwanderung von Evakuierten in die Städte zu konstatieren war. Eine auf breiter Quellengrundlage beruhende Schätzung gibt die Zahl von 8,9 Millionen Evakuierten für die Zeit des Zweiten Weltkriegs an.⁵

Viele dieser Evakuierten, besonders die Arbeitsfähigen unter ihnen, sind sogleich nach Ende des Kriegs in ihre Heimattorte zurückgekehrt. Zugleich waren jedoch andere durch Verlust bzw. Zwangsräumung von Wohnraum erst jetzt von Evakuierungsmaßnahmen betroffen, so dass auch für die ersten Jahre der Besatzungszeit zwei entgegengesetzte Evakuierungsströme festzustellen sind. Über die Zahl der Evakuierten in diesen Jahren liegen unterschiedliche Statistiken vor.

Hierauf will ich nicht näher eingehen, sondern lediglich festhalten, dass der Anteil der Evakuierten an der Gesamtbevölkerung einzelner Länder wie z. B. in Schleswig-Holstein mit ca. 15 % sowie in Niedersachsen und in Hessen mit ca. zehn Prozent oder in Bayern mit ungefähr sieben Prozent im Frühjahr 1947 beträchtlich war.⁶ Die Rückführung der Evakuierten machte zwar in den Jahren danach einige Fortschritte, ohne dass das Problem aber insgesamt befriedigend gelöst wurde. Insbesondere die Alten, Schwachen und Kranken blieben zumeist auf Dauer in den Evakuierungsgebieten. Hier wurden sie fast ausnahmslos zu Empfängern von Sozialfürsorge.

Die Zahl der Displaced Persons, d. h. der ehemaligen Zwangsarbeiter, die sich am Ende des Krieges auf dem Reichsboden (unter Einschluss des österreichischen Gebietes) befanden, lässt sich noch schwerer berechnen als die Zahl der Flüchtlinge und Vertriebenen oder der Evakuierten. Hier sind nur ungefähre Schätzungen möglich, die eine Größenordnung von rund 10,8 Millionen zum Ergebnis haben. Große Teile dieser Personengruppe, für die zunächst allein die Alliierten zuständig waren, sind jedoch unmittelbar nach dem Ende der Kriegshandlungen auf eigene Faust oder mit Hilfe der Alliierten in ihre Herkunftsländer zurückgekehrt oder in ausländische Staaten abgewandert. Eine statistische Übersicht über die registrierten Displaced Persons im Jahr 1945 enthält daher für das Vierzonen-Deutschland wesentlich geringere Zahlen. Demnach waren bis Mit-

⁵ Ebd., S. 181f.

⁶ Reparationen, Anm. 3, S. 12.

te August 1945 annähernd 6,4 Millionen Displaced Persons erfasst, von denen zu diesem Zeitpunkt jedoch bereits über 4,3 Millionen repatriiert waren.⁷

Von den sich laut Statistik im August 1945 in den vier Zonen aufhaltenden über zwei Millionen Displaced Persons blieben zum Frühjahr 1947 noch fast eine Million übrig. Eine Berechnung aus dem Jahr 1950 gibt für den Sommer 1947 mit etwas über 600.000 für die Westzonen bereits eine wiederum deutlich verminderte Zahl an. Nach dieser Berechnung ist die Zahl der Displaced Persons in den Westzonen bis zum Frühjahr 1949 um weitere 200.000 zurückgegangen.⁸

Von ähnlicher Größenordnung wie die Displaced Persons war am Ende des Krieges die Zahl der deutschen Kriegsgefangenen. Über elf Millionen deutscher Soldaten waren bis 1945 in Kriegsgefangenschaft geraten. Die große Mehrheit von ihnen, nämlich knapp 7,75 Millionen, war von den Westmächten gefangen genommen worden (überwiegend von den Vereinigten Staaten) und annähernd 3,35 Millionen von den Sowjets. Die Amerikaner hatten aber schon 1945 über 900.000 ihrer Gefangenen an die westlichen Verbündeten, insbesondere Frankreich, übergeben. Unabhängig hiervon begannen die USA deutsche Kriegsgefangene in großer Zahl freizulassen, wobei es nicht möglich ist, genaue Zahlen für bestimmte Zeiträume anzugeben, da die Alliierten „keine sorgfältige Zählung“ betrieben und auch „keine Stelle zur Koordinierung ihrer Arbeit“ einsetzten. Festzuhalten bleibt jedoch, dass bis Ende 1946 bereits „Millionen von Deutschen“ in die Westzonen entlassen worden waren.⁹

Im Frühjahr 1947 gaben die Alliierten die Zahlen der sich zu diesem Zeitpunkt noch in ihrem Gewahrsam befindlichen Kriegsgefangenen bekannt. Großbritannien hielt außerhalb Deutschlands noch 435.000 Personen gefangen, die das Land in monatlichen Raten von 17.000 bzw. 20.000 repatriierte. In französischer Haft befanden sich noch mehr als 640.000 Deutsche, in amerikanischem Gewahrsam nur noch 14.000, die bis Juli des Jahres entlassen werden sollten. Die Zahl der in der Sowjetunion in Kriegsgefangenschaft gehaltenen deutschen Soldaten wurde mit 890.000 angegeben. Viele von Ihnen verstarben in der Gefangenschaft. Erst 1955 erfolgte die Entlassung der Überlebenden.¹⁰

In großer Not befanden sich in den Besatzungsjahren auch die Kriegsoffer, d. h. diejenigen, die mit Verletzungen oder Gesundheitsschäden aus dem Dienst in der Wehrmacht zurückgekehrt waren, deren Angehörige sowie die Hinterbliebenen von Gefallenen. Hier handelte es sich um eine Gruppe in der Größenordnung von mehr als 10 % der Gesamtbevölkerung (anerkannte Kriegsoffer 1950). Auf Anweisung der Alliierten erhielten die Kriegsoffer nach der Kapitulation der deutschen Wehrmacht keinerlei Unterstützung mehr. Notleidende Betroffene wurden zunächst an die Fürsorge verwiesen. Im Laufe der Jahre 1946/47 verbesserte sich die Lage der Kriegsoffer aber insofern, als

⁷ Wolfgang Jacobmeyer, Vom Zwangsarbeiter zum heimatlosen Ausländer. Die Displaced Persons in Westdeutschland 1945-1950, Göttingen 1985, S. 42.

⁸ Das DP-Problem. Eine Studie über die ausländischen Flüchtlinge in Deutschland, Tübingen 1950, S. 224.

⁹ Arthur L. Smith, Heimkehr aus dem Zweiten Weltkrieg. Die Entlassung der deutschen Kriegsgefangenen, Stuttgart 1985, S. 11, 27 und 34.

¹⁰ Ebd., S. 62.

Pflichtquoten für die Aufnahme von Behinderten und Versehrten in Behörden und Produktionsbetriebe festgelegt und die Kriegsopferversorgung – mit Ausnahme der Französischen Zone – im Rahmen der allgemeinen Sozialversicherung erfolgte. Allerdings waren die Auszahlungsbeträge so niedrig angesetzt, dass sie sich im Bereich der öffentlichen Fürsorgesätze bewegten.¹¹

Die Zahl der Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung, das sind die rassistisch, religiös und politisch Verfolgten, wird für das Jahr 1945 auf über 20 Millionen geschätzt. In ihrer großen Mehrzahl handelte es sich dabei um Ausländer, die das Nachkriegsdeutschland großenteils rasch verließen. Daneben gab es aber auch die vom NS-Terror betroffenen Deutschen. Auch deren Zahl war mit ca. einer Million groß genug, um als spezielles sozialpolitisches Problem wahrgenommen zu werden. Ähnlich wie Flüchtlinge und Vertriebene oder aber die Evakuierten sahen sich die Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung im Umgang mit der übrigen Bevölkerung mit etlichen Schwierigkeiten konfrontiert. Hier stießen sie in weiten Kreisen auf Ressentiments, Ablehnung und Ausgrenzung.¹²

Ein sozialpolitisches Problem der Besatzungsjahre stellten schließlich auch die „verdrängten Beamten“ dar. Dabei handelte es sich um ehemalige Beamte, die infolge des Wegfalls ihres bisherigen Dienstherrn, der Flucht aus den ehemaligen deutschen Ostgebieten bzw. später durch die Entnazifizierungsmaßnahmen der Alliierten oder der deutschen Spruchkammern ihr Amt verloren hatten und deren Versorgungsanspruch ungeklärt war. Genaue Zahlenangaben über die Größe des betroffenen Personenkreises für die Besatzungszeit sind nicht möglich. Aufgrund von Schätzungen und statistischen Erhebungen aus dem Jahr 1950 ist jedoch von mehreren hunderttausend Personen allein für die Westzonen auszugehen.¹³

Die Regelung ihrer Ansprüche oblag anfangs den einzelnen Ländern, die sich in unterschiedlichem Ausmaß dieser Aufgabe annahmen, was im Endergebnis eine höchst ungleichmäßige Behandlung für die Betroffenen zur Folge hatte. Hinzu kam, dass in aller Regel nur kärglich bemessene Übergangszahlungen und Versorgungsbezüge gewährt wurden, deren Höhe sich nicht nach dem verdienten Anspruch, sondern nach den unterschiedlichen Haushaltslagen der Zuwendungsgeber richtete. Außerdem gab es nicht wenige – besonders unter den entnazifizierten Beamten –, die keinerlei Unterstützung erhielten. Und nicht zuletzt bestanden nur in begrenztem Ausmaß Anspruchsrechte und Möglichkeiten auf Wiedereinstellung. Die Verbitterung der Betroffenen, die ihr Schicksal mit den im Amt gebliebenen oder ihrem verdienten Anspruch entsprechend versorg-

¹¹ Rainer Hudemann, Sozialpolitik im deutschen Südwesten zwischen Tradition und Neuordnung 1945-1953. Sozialversicherung und Kriegsopferversorgung im Rahmen französischer Besatzungspolitik, Mainz 1988, S. 518f. und 405-411.

¹² Wiedergutmachung in der Bundesrepublik Deutschland, hrsg. von Rudolf Herbst und Constantin Goschler, München 1989, S. 19.

¹³ Udo Wengst, Beamtentum zwischen Reform und Tradition. Beamtengesetzgebung in der Gründungsphase der Bundesrepublik Deutschland 1948-1953, Düsseldorf 1988, S. 172.

ten Kollegen verglichen, war daher ein allgemeines Kennzeichen für die in diesem Kreis herrschende Stimmung.

II. LEBENS- UND ARBEITSVERHÄLTNISSE

Die Besatzungsjahre haben nicht nur die soeben vorgestellten Problemgruppen, sondern auch ein Großteil der übrigen Bevölkerung als eine „materielle Existenzkrise“ empfunden, die für die meisten zuallererst in der Ernährungskrise ihren Ausdruck fand.¹⁴ Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass der „Hunger“ kein spezifisch deutsches Problem war, da auch in den anderen Ländern Europas bis Mitte 1948 die Hauptnahrungsmittel „ausnahmslos“ rationiert wurden und das Ernährungsniveau allgemein „deutlich unter den Vorkriegsstand“ absank. Gleichwohl ist festzuhalten, dass die Bewohner im Besatzungsdeutschland „in Europa zum Hungerleider Nr. 1“ wurden.¹⁵

Von der Ernährungskrise war die Stadtbevölkerung grundsätzlich stärker betroffen als die Landbevölkerung, wobei es innerhalb der letzteren Gruppe den „Entwurzelten“ wiederum deutlich schlechter ging als den Alteingessenen, von denen die Bauern am wenigsten zu leiden hatten. Im Hinblick auf diese Unausgewogenheit der Versorgung mit Nahrungsmitteln ist von „Ernährungsproletariern“ auf der einen und „Ernährungsaristokraten“ auf der anderen Seite gesprochen worden.¹⁶ Hierbei darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Ernährungslage insgesamt als desaströs bezeichnet werden muss. Die durchschnittliche tägliche Kalorienzahl lag 1946 beispielsweise in der US-Zone bei 1.330. Die entsprechenden Zahlen für die anderen Zonen waren noch geringer. Sie lagen in der SBZ bei 1.080, in der Britischen Zone bei 1.050 und in der Französischen Zone bei 900.¹⁷ Die damit verbundene Unterversorgung ergibt sich bei einem Vergleich mit dem Grundumsatz eines Menschen, d. h. mit dem Kalorienbedarf bei völliger Ruhe, der bei einem Mann von 25 Jahren mit einem Gewicht von 70 kg bei 1.690 Kalorien, bei einer Frau gleichen Alters und einem Körpergewicht von 55 kg bei 1.200 Kalorien liegt.¹⁸ Zudem ist zu beachten, dass es sich bei den in den Besatzungsjahren zur Verfügung stehenden Lebensmitteln um keine ausgewogene „Schlankheitsdiät“ nach heutiger Vorstellung handelte, sondern um eine Noternährung, die nur als mangelhaft bezeichnet werden kann. Dies galt insbesondere für die Versorgung mit Fett und tierischem Eiweiß, deren Anteil weit unter den Vergleichszahlen von 1936/38 lag. Hauptsächlich standen minderwertige Kohlenhydrate zur Verfügung.¹⁹

¹⁴ Karl-Heinz Rothenberger, Die Hungerjahre nach dem Zweiten Weltkrieg. Ernährungs- und Landwirtschaft in Rheinland-Pfalz 1945-1950, Boppard am Rhein 1980, S. 1.

¹⁵ Günter J. Trittel, Hunger und Politik. Die Ernährungskrise in der Bizone (1945-1949), Frankfurt am Main u. a. 1990, S. 214.

¹⁶ Paul Erker, Ernährungskrise und Nachkriegsgesellschaft. Bauern und Arbeiterschaft in Bayern 1943-1953, Stuttgart 1990, S. 43.

¹⁷ Kleßmann, Anm. 1, S. 47f.

¹⁸ Rothenberger, Anm. 14, S. 87f.

¹⁹ Trittel, Anm. 15, S. 33, 38 und 40.

Obwohl insbesondere die USA und Großbritannien Nahrungsmittelimporte in ihre Zonen ermöglichten und außerdem versucht wurde, eine Ausweitung der Anbaufläche durch Umwandlung von Weideland in Ackerland herbeizuführen, blieb die Ernährungslage angespannt. Im Frühsommer 1947 war angesichts des vorangegangenen harten Winters gar noch eine Verschlechterung eingetreten. So gibt eine Statistik für diesen Zeitraum als tatsächliche Lebensmittelzuteilung den Wert von 738 Kalorien täglich pro Person in der Bizone an. Die Lage in den anderen beiden Zonen wird mit der lapidaren Feststellung beschrieben, dass dort die „Versorgungsverhältnisse noch schlechter“ gewesen seien.²⁰

Neben der Ernährungskrise zählte der Wohnraumangel zu den „herausragenden Krisenerscheinungen der ersten Nachkriegsjahre“.²¹ Der durch die Kriegereignisse zerstörte und schwer beschädigte Bestand an Wohnungen wird in einer Statistik aus dem Jahr 1947 für das Vierzonen-Deutschland mit 3,8 Millionen angegeben. Im Vergleich zu den knapp 17 Millionen Wohnungen, die sich auf diesem Gebiet im Jahr 1939 befunden haben, bedeutet dies eine Verringerung von ca. 22 %, der eine deutlich gewachsene Bevölkerung gegenüberstand.²²

Der Mangel an Wohnraum hatte gravierende Auswirkungen auf die Wohndichte. In allen Zonen waren die Wohnungen stärker belegt als im Vergleichsjahr 1939. Dies trifft insbesondere auf die Britische Zone zu, wo 1946 7,7 Personen in einer Wohnung lebten, während dies 1939 nur 3,7 Personen gewesen waren. Deutliche Anstiege sind auch für die Amerikanische (5,9 : 3,9) und Sowjetische Zone (4,3 : 3,3) zu konstatieren, während die entsprechenden Zahlen in der Französischen Zone nur in geringem Maß voneinander abwichen (4,5 : 4,1).²³

Das Zusammenleben auf engstem Raum unter oftmals „schlechtesten hygienischen Bedingungen“ hatte in Verbindung mit der „qualitativ und quantitativ unzureichenden Ernährung“ gravierende Auswirkungen auf den Gesundheitszustand der Bevölkerung. Unter den Kindern stieg insbesondere die Rachitis an. Unter den jüngeren Erwachsenen schnellte unmittelbar nach dem Krieg die Zahl der Geschlechtskrankheiten „sprunghaft“ nach oben.²⁴

Eine dramatische Zunahme war auch bei den Tuberkuloseerkrankungen festzustellen. Von 75.000 Todesfällen im Jahr 1943 stieg die Zahl im Jahr 1946 auf 152.000 an und überschritt im darauf folgenden Jahr Schätzungen zufolge die Ziffer von 200.000. Die Zahl der Erkrankten wurde für 1947 auf rund eine Million geschätzt, so dass zu die-

²⁰ Reparationen, Anm. 3, Heft 3, S. 41.

²¹ Martin Rüther, Zwischen Zusammenbruch und Wirtschaftswunder. Betriebsratstätigkeit und Arbeiterverhalten in Köln 1945 bis 1952, Bonn 1991, S. 235.

²² Reparationen Anm. 3, (1947), Anlage 7, S. 35-37; Günter Schulz, Wiederaufbau in Deutschland. Die Wohnungsbaupolitik in den Westzonen und der Bundesrepublik von 1945 bis 1957, Düsseldorf 1994, S. 350.

²³ Reparationen, Anm. 22, S. 40.

²⁴ Hans-Ulrich Sons, Gesundheitspolitik während der Besatzungszeit. Das öffentliche Gesundheitswesen in Nordrhein-Westfalen 1945-1949, Wuppertal 1983, S. 117, 120-127.

sem Zeitpunkt Befürchtungen die Runde machten, dass 1950 mit über zwei Millionen Erkrankten gerechnet werden müsse. Hierzu ist es jedoch dank des Einsatzes von neuen Medikamenten, der Durchführung von Schutzimpfungen bei Jugendlichen, Kindern und Säuglingen und der allmählichen Besserung der allgemeinen Lebensbedingungen nicht gekommen.²⁵

Unter den Flüchtlingen und Vertriebenen waren insbesondere Krankheiten und Seuchen wie Diphtherie (eine gefährliche bakterielle Entzündung des Hals-Rachen-Raums), Lungenentzündung, Typhus und Paratyphus (beides bakterielle Infektionskrankheiten des Magen-Darmtrakts) sowie die Krätze (ein Befall der Haut durch Parasiten) verbreitet. Hinzu kamen Grippeepidemien, denen die deutschen Ärzte anfangs „etwas hilflos“ gegenüberstanden. Schließlich sind auch Einzelfälle von Pest aufgetreten, gegen deren Ausbreitung vor allem mit Hilfe von Rattenbekämpfungsaktionen vorgegangen wurde.²⁶

Ein großes gesellschaftliches Problem der Besatzungsjahre war die Kriminalität. Eine spezifische Form war die „Ruinenkriminalität“. Kennzeichnend hierfür war der relativ hohe Anteil Jugendlicher, die insbesondere infolge „sozialer Verwahrlosung“ auf die „schiefe Bahn“ gekommen waren. Diebstahl avancierte zum Hauptdelikt der damaligen Zeit, was infolge der allgemeinen Mangelsituation, aber auch angesichts deutlich vorgebrachter Vorbehalte gegenüber persönlichem Eigentum nicht überrascht.²⁷

In der Schwerkriminalität nahm der Raubmord, der „zum Mord der Nachkriegszeit schlechthin“ wurde, die Spitzenstellung ein. „Aus Habsucht“, heißt es in einer Untersuchung aus dem Jahr 1952, – „und auch aus Not – wurden Menschen umgebracht, entkleidet, ausgeplündert und ihre Habe [...] veräußert.“ Der Höhepunkt dieser Mord- und Totschlagskriminalität fiel in das Jahr 1945, „in die unmittelbare chaotische Zusammenbruchzeit“. Eine „merkliche Entspannung“, d. h. ein deutlicher Rückgang der Delikte, trat aber erst ab 1948 ein. Dies ist auf die allmähliche Linderung der Not, die Austrocknung des „Schwarzmarkts“, die Lösung des Problems der Displaced Persons, die anfangs einen Teil der Täter (v.a. bei der Gewaltkriminalität) stellten, aber ebenso auf die allgemeine fortschreitende Normalisierung der Lebensverhältnisse zurückzuführen.²⁸

Diese Normalisierung ist auch im Hinblick auf die Familien zu konstatieren. In den ersten Jahren nach dem Krieg hatte sich die Scheidungsziffer im Vergleich zur Vorkriegszeit verdoppelt. Dies war zwar auch auf einen „statistischen Überhang“ zurückzuführen, da im Krieg Ehen nicht geschieden wurden. Daneben spielten aber ebenfalls die jahrelange Trennung der Ehepartner durch Krieg und Kriegsgefangenschaft, die Abwanderung Arbeit suchender Männer in die Städte, schließlich die große Zahl der sog. „Kriegesehen“ eine Rolle, in denen sich die Partner kaum kannten. Hinzu kam eine freizügigere Sexualmoral vieler Frauen, die die Männer oft nicht zu akzeptieren vermochten, und

²⁵ Ebd., S. 134-147.

²⁶ Ebd., S. 150-157.

²⁷ Rupprecht Jacobi, Die Kriminalität der Nachkriegszeit, Bad Godesberg 1952, S. 15.

²⁸ Ebd., S. 68-82.

ebenso ein anderes Rollenverständnis, das sich zahlreiche Frauen in den langen Jahren der Trennung angeeignet hatten.²⁹

Der Arbeitsmarkt in der Zeit zwischen Kriegsende und der Währungsreform war in den Westzonen geprägt von einem paradox erscheinenden Nebeneinander einer „erheblichen Nachfrage nach Arbeitskräften und gleichzeitiger Arbeitslosigkeit“. Ursache hierfür waren in erster Linie „Zuzugssperren und fehlende Unterkunftsmöglichkeiten“ in den Städten, die verhinderten, dass die in den ländlichen Regionen zahlreich vorhandenen Arbeitskräfte dorthin wanderten, wo Arbeit vorhanden war.³⁰ Im Prinzip gab es in der SBZ eine ähnliche Situation, wobei die hohe Anforderung von (Zwangs-)Arbeitskräften durch die sowjetische Besatzungsmacht „Nachfrageüberhänge“ schuf, die es in diesem Maß in den Westzonen nicht gegeben hat.³¹

Die Arbeit in der unmittelbaren Nachkriegszeit war insbesondere durch ein deutliches Absinken der Produktivität gekennzeichnet. Dies ist in erster Linie auf die unzureichende Ernährung, den Lohnstopp und die damit verbundene gesunkene Arbeitsmoral zurückzuführen. Infolge der schlechten Ernährung stiegen die krankheitsbedingten Arbeitsausfälle und auch die deutliche Zunahme der Arbeitsunfälle stand in Zusammenhang mit der angespannten Ernährungslage. Diese war ebenfalls für die hohe Fluktuation auf dem Arbeitsmarkt mit verantwortlich.

Mit dem Jahr 1948 ergaben sich für den Arbeitsmarkt in allen Zonen neue Voraussetzungen. Während bis zu diesem Zeitpunkt die Arbeitslosigkeit offiziell abgebaut worden war und nahezu Vollbeschäftigung herrschte (wobei aber die Höhe der verdeckten Arbeitslosigkeit infolge von Scheinarbeitsverhältnissen unberücksichtigt bleibt), stieg die Zahl der Arbeitslosen seit dem Anfang des Jahres 1948 deutlich an und erreichte 1949 in den Westzonen mit 8,3 % und in der SBZ mit vier bis fünf Prozent Werte, die es seit 1946 nicht mehr gegeben hatte.³² In den Westzonen waren diese Veränderungen auf die Währungsreform zurückzuführen. Der Rückgang der Beschäftigung in der SBZ ist dagegen vor allem mit der Berlin-Blockade zu erklären, die zum Ausfall westlicher Lieferungen führte und damit Produktionsbeschränkungen erzwang.

²⁹ Barbara Wittenbacher, *Zerrüttung und Bewährung der Nachkriegsfamilie*, in: *Von Stalingrad zur Währungsreform. Zur Sozialgeschichte des Umbruchs in Deutschland*, hrsg. von Martin Broszat u. a., München 1988, S. 599.

³⁰ Erker, Anm. 16, S. 93f.

³¹ Wolfgang Zank, *Wirtschaft und Arbeit in Ostdeutschland 1945-1949. Probleme des Wiederaufbaus in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands*, München 1987, S. 58-65. Grundlegend Dierk Hoffmann, *Aufbau und Krise der Planwirtschaft. Die Arbeitskräftelenkung in der SBZ/DDR 1945-1965*, München 2002, S. 13-248.

³² *Statistische Übersichten zur Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945*, hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, Bd. West, Verfasser Hermann Berie, Bonn 1999, S. 120 sowie Zank, Anm. 31, S. 173.

III. SOZIALPOLITIK UND GESELLSCHAFTLICHER WANDEL

Alliierte und deutsche Stellen haben von Beginn an versucht, Maßnahmen gegen die soziale Not zu ergreifen. Dabei ergab sich das Problem – Andeutungen in dieser Richtung habe ich bereits gemacht –, dass die Alliierten unterschiedliche Konzepte verfolgten und deutsche Organisationen und Institutionen zunächst nicht vorhanden waren. Diese entstanden erst allmählich – und dann stellte sich heraus, dass auch von diesen unterschiedliche Konzepte verfolgt wurden. Einen Unterschied zwischen den Westzonen und der SBZ gab es dabei von Anfang an. Während in letzterer die Sowjetische Militäradministration und ihrem Gefolge zunächst die KPD und dann die SED mit ihren angeschlossenen Massenorganisationen sowie den auf SED-Kurs getrimmten Blockparteien die Richtung bestimmten, entstanden in den Westzonen Parteien ganz unterschiedlicher Ausrichtung sowie Verbände, die die Interessen der Betroffenen vertraten. Dies hatte Auswirkungen auf die sozialpolitischen Entscheidungen, was zu unterschiedlichen gesellschaftlichen Entwicklungen führte. Diese Zusammenhänge möchte ich im Folgenden an einigen Beispielen erläutern.

In den Westzonen und in der Ostzone setzten frühzeitig Bemühungen gegen das Flüchtlingselend ein, die in eine Diskussion über einen Lastenausgleich mündeten. Hierin ging es darum, Verfahren zu entwickeln, mit deren Hilfe die materiellen Kriegsfolgen möglichst gleichmäßig auf alle Bevölkerungskreise verteilt werden konnten.

Die Arbeiten am Lastenausgleich begannen in den Westzonen nach der Währungsreform im Sommer 1948. Dabei standen sich zwei Vorstellungen gegenüber: zum einen die Forderung nach einem „sozialen Lastenausgleich“, dessen Leistungen aufgrund der aktuellen Bedürftigkeit der Betroffenen und nicht gemäß des verlorenen Vermögens bemessen werden sollten; zum anderen der Ruf nach einem „quotalen Lastenausgleich“, der auf Zuwendungen entsprechend der früheren Vermögensstruktur abstellte. Angesichts der allgemeinen Notlage der Flüchtlinge und Vertriebenen und der Notwendigkeit einer schnellen Hilfe behielten die Verfechter eines „sozialen Lastenausgleichs“ die Oberhand. Eine große Koalition aus CDU/CSU und SPD verabschiedete im November 1948 im Wirtschaftsrat ein erstes Lastenausgleichsgesetz, das aber – infolge von Einwänden der Alliierten – erst im August 1949 unter der Bezeichnung „Soforthilfegesetz“ in Kraft trat. Kernstück des Gesetzes waren – wie der Name schon sagt – Soforthilfeleistungen. In seinen Grundzügen nahm es das Lastenausgleichsgesetz von 1952 vorweg.³³ Obwohl die Integration der Flüchtlinge und Vertriebenen im Zentrum aller Bemühungen stand, hielten die Verantwortlichen am Unrechtscharakter der Vertreibungen fest. Hierüber hat es in der Gesellschaft der Bundesrepublik stets einen öffentlichen Diskurs gegeben.

Bei der Handhabung des Flüchtlingsproblems in der Sowjetischen Besatzungszone gab es von Beginn an deutliche Unterschiede zu den Westzonen. Wenn auch die Aus-

³³ Reinhold Schillinger, *Der Entscheidungsprozess beim Lastenausgleich 1945-1952*, St. Katharinen 1985, S. 146f.; Neueste Darstellung von Rüdiger Wenzel, *Die große Verschiebung?, Das Ringen um den Lastenausgleich im Nachkriegsdeutschland von den ersten Vorarbeiten bis zur Verabschiedung des Gesetzes 1952*, Stuttgart 2008, S. 29-62.

gangslage zunächst identisch war und auch die ersten Maßnahmen zur Bewältigung des Problems vergleichbar waren (Unterbringung in Lagern, Zwangsbewirtschaftung des privaten Wohnraums etc.), so sind die Abweichungen dennoch beträchtlich. Dies belegt schon die unterschiedliche Terminologie. Die Sowjets verordneten bereits 1945 einen Sprachgebrauch, der den Begriff „Umsiedler“ für die aus dem Osten geflüchtete oder vertriebene Bevölkerung für verbindlich erklärte. Damit war dieser Bevölkerungstransfer zugleich als definitiv bezeichnet als auch seines Zwangscharakters entkleidet worden.

Dies hatte Auswirkungen auf die Entscheidungen, die zugunsten der „Umsiedler“ getroffen wurden. In der SBZ zielten die entsprechenden Maßnahmen in erster Linie auf materielle Verbesserungen und eine rasche berufliche Eingliederung ab. Als besonders geeignete Berufsfelder boten sich die Landwirtschaft (infolge der Bodenreform), die Industrie (dank hoher Mobilität der Zugewanderten) und der Öffentliche Dienst an (infolge der durch die Entnazifizierung freigewordener Stellen). Mit dieser Eingliederung war allerdings in vielen Fällen der Verlust des bisherigen sozialen Status verbunden. Sofern dies nicht akzeptiert wurde, bot sich die Abwanderung in den Westen als Alternative an. In der Tat war die Ostzone für viele Flüchtlinge lediglich Durchgangsstation, was das Flüchtlingsproblem für die SBZ und in ihrem Gefolge für die DDR erleichtert hat.³⁴

Auch die Entschädigung der Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung setzte bereits in den Besatzungsjahren ein – meist auf Drängen der Besatzungsmächte. So wurde in der Amerikanischen Zone 1946 ein Sonderfonds zur Finanzierung der Entschädigung gebildet und noch im selben Jahr in Bayern ein Wiedergutmachungsgesetz verabschiedet. Ein Gesetz für die gesamte Zone erging allerdings erst 1949. Nach diesen Gesetzen wurden Haftentschädigungen und Renten auf der Grundlage von Bedürftigkeitsprüfungen gezahlt.³⁵ Ähnliche Gesetze wurden in der Britischen Zone verabschiedet, wobei die Restriktionen aber noch deutlicher ausfielen. Die Maßnahmen zugunsten der Betroffenen in der Französischen Zone erfolgten unter starker Einwirkung der Besatzungsmacht. In Gesetzen und Verordnungen wurden sie erst 1950 gefasst.

Von einem Experten der Entschädigungsgesetzgebung ist mit Recht festgestellt worden, dass diese in der Besatzungszeit ein „buntscheckig[es] und unübersichtlich[es] Netz“ darstellte, „an dem so viele verschiedene Stellen jeweils auf ihre Weise herumgeknüpft hatten.“³⁶ Eine gewisse Einheitlichkeit ist nur für die Amerikanische Zone auszumachen, in der der Länderrat als Koordinierungsgremium fungierte. Gleichwohl ergibt sich für die Entwicklung in allen drei Westzonen ein gemeinsamer Trend von der fürsorglichen Behandlung hin zur entschädigungsrechtlichen Gesetzgebung mit Rechtsan-

³⁴ Zur „Umsiedlerpolitik“ in der SBZ das umfassende Werk von Michael Schwartz, Vertriebene und „Umsiedlerpolitik“. Integrationskonflikte in den deutschen Nachkriegs-Gesellschaften und die Assimilationsstrategien in der SBZ/DDR 1945 bis 1961, München 2004.

³⁵ Constantin Goschler, Westdeutschland und die Verfolgten des Nationalsozialismus 1945-1949, München 1992, S. 128-141.

³⁶ Ernst Féaux de la Croix u. a., Der Werdegang des Wiedergutmachungsrechts unter national- und völkerrechtlichem und politologischem Aspekt, München 1985, S. 33.

spruch. Es kann deshalb von einer „Verrechtlichung“ der Entschädigungsforderungen bis 1949 gesprochen werden.

In der SBZ gab es in den Monaten unmittelbar nach dem Zusammenbruch zahlreiche Übereinstimmungen mit den Verhältnissen in den Westzonen: Auch in der SBZ bestimmten Sofortmaßnahmen zugunsten der Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung das Bild, und die Planungen für die Wiedergutmachung umfassten ein ebenso breites Spektrum wie in Westdeutschland. Allerdings gab es bereits frühzeitig Stimmen gegen eine „kapitalistische Wiedergutmachung“: Das bedeutete neben dem Verzicht auf Rückerstattung auch die Ablehnung von Individualentschädigungen. Dies hatte zur Folge, dass an die Stelle der materiellen Wiedergutmachung das Prinzip der „sozialen Betreuung“ trat. Die Leistungen hierfür sollten dem öffentlichen Etat entnommen werden, was sehr schnell zu einer Finanzierungslücke führte. Diese versuchte man durch Einschränkung des Empfängerkreises auf „anerkannte Opfer“ zu schließen.³⁷

Im Gegensatz zu ihren erfolgreichen Eingriffen bei der Entschädigung für NS-Opfer verfehlten die westlichen Alliierten ihre Absicht, das deutsche Beamtentum abzuschaffen und damit auch das Problem der „verdrängten Beamten“ in ihrem Sinne zu regeln. Obwohl Amerikaner und Briten im Februar 1949 ein Militärregierungsgesetz für die Bizone erließen, das den öffentlichen Dienst nach angelsächsischem Vorbild regeln sollte, setzte der Parlamentarische Rat gegenüber den Alliierten durch, dass im Grundgesetz Bestimmungen über das Beamtenrecht enthalten waren, die sich im Rahmen der „hergebrachten Grundsätze“ bewegen sollten. Damit war zwar – wie die weitere Entwicklung zeigt – die Entscheidung über das Beamtenrecht für die Bundesrepublik noch nicht gefallen; wohl aber hatte der Parlamentarische Rat Voraussetzungen geschaffen, die für eine Aufrechterhaltung traditioneller deutscher Vorstellungen günstig waren.³⁸

Von zentraler Bedeutung für die „verdrängten Beamten“ erwiesen sich schließlich die Beratungen des Parlamentarischen Rates darüber, inwieweit ihre spezifischen Probleme in das Grundgesetz aufgenommen werden sollten. So entstand die Idee, sich auf eine allgemein gehaltene Rahmenvorschrift zu beschränken und alles weitere der künftigen Gesetzgebung zu überlassen. Eine entsprechende Bestimmung ist schließlich mit Artikel 131 in das Grundgesetz aufgenommen worden.³⁹

Im Unterschied zu den Westzonen verfolgten die Machthaber in der Ostzone von Anfang an einen Kurs, der auf eine Abschaffung des Beamtentums hinauslief. Die sowjetische Besatzungsmacht und die SED führten einen rigorosen Personalwechsel durch, der vor allem die leitenden Beamten traf, die durch linientreue Kommunisten ersetzt wurden. Diese Maßnahmen, von denen die unteren Ränge der Verwaltung ausgenommen wurden, sofern sie Lippenbekenntnisse zur neuen Ideologie abgaben, standen unter der Zielsetzung, „in allen Verwaltungsorganen den Einfluss bürokratisch-reaktionären

³⁷ Ralf Kessler / Hartmut Rüdiger Peter, Wiedergutmachung im Osten Deutschlands 1945-1953. Grundsätzliche Diskussionen und die Praxis in Sachsen-Anhalt, Frankfurt am Main 1996, S. 157-180.

³⁸ Udo Wengst, Anm. 13, S. 21-34.

³⁹ Ebd., S. 60-65.

Geistes als Erbe der Vergangenheit zu brechen“ und den „neuen Staat in demokratisch-fortschrittlichem Geist zu festigen.“ Dieser Devise entsprechend war bereits im Januar 1949 für die SBZ ein einheitliches Arbeitsrecht verabschiedet worden, das alle 800.000 im Öffentlichen Dienst stehenden Personen (Angestellte und Arbeiter) einem gemeinsamen Tarifvertrag unterstellte.⁴⁰

Massive Eingriffe gab es in der SBZ ebenfalls bereits in der allgemeinen Sozialversicherung. So führte die Sowjetische Militäradministration schon Anfang 1947 in der gesamten Okkupationszone die Einheitsversicherung ein. Damit wurde das „Prinzip der Volksversicherung“ festgeschrieben, in der es keine Unterscheidung nach Berufsgruppen mehr gab. Obwohl auch in den Westzonen anfangs Bestrebungen zur Einführung einer Einheitsversicherung sehr stark ausgeprägt waren und auch die Besatzungsmächte in diese Richtung zielende Reformen anstrebten, wurde nur in der Französischen Zone die Einheitsversicherung eingeführt. In der Amerikanischen und Britischen Zone hingegen setzten die Sozialpolitiker durch, dass eine „grundlegende Sozialversicherungsreform“ vertagt wurde. Das hatte zur Folge, dass nach der Gründung der Bundesrepublik das klassische deutsche Sozialversicherungsrecht Bismarckscher Art fortexistierte.⁴¹

Unterschiedliche Entwicklungen sind in den Besatzungsjahren auch im innerbetrieblichen Bereich auszumachen. Anfangs gab es im Westen und Osten eine ähnliche Situation. Der Betrieb war neben der Familie der zentrale Ort des Lebens. Er diente dazu, „Versorgung im weitesten Sinne, Stabilität im Chaos und Wiederaufbau zu garantieren“. Dabei spielten insbesondere die Betriebsräte eine herausragende Rolle. Diese konnten sie jedoch weder im Westen noch im Osten behaupten. In den Westzonen setzten sich die Gewerkschaften gegenüber den Betriebsräten durch bzw. bestimmten deren Zusammensetzung und politische Linie. In der SBZ wurden die Betriebsräte aufgelöst und Betriebsgewerkschaftsleitungen eingesetzt, die der FDGB steuerte. Die Funktion der Betriebe für das Gesellschaftsleben entwickelte sich hiervon abgesehen gänzlich gegensätzlich. Während in den Westzonen die Betriebe ihre Stellung als zentrale Orte des Lebens nach der Währungsreform 1948 schnell einbüßten und mehr oder weniger zu reinen Arbeitsstätten herabsanken, war dies in der SBZ anders. Hier gab es auch noch nach 1948 für die Beschäftigten allgemeine Sozialleistungen, die sogar erweitert wurden. Zu nennen sind Kindergärten, Werkküchen, Nähstuben, Schuhreparaturwerkstätten, Polikliniken und Ambulatorien. Seine überragende Bedeutung für das Gesellschaftsleben hat der Betrieb in der DDR bis zur Wiedervereinigung 1990 nicht verloren.⁴²

Schließlich ist noch darauf zu verweisen, dass in den Westzonen einerseits und der SBZ andererseits bereits frühzeitig unterschiedliche wirtschaftliche Rahmenbedingungen geschaffen wurden, die tiefgreifende Auswirkungen auf die Gesellschaftsstruktur

⁴⁰ Hans Hattenhauer, *Geschichte des deutschen Beamtentums*, Köln u. a. 2. Aufl. 1983, S. 462f.

⁴¹ Dazu die zusammenfassende Darstellung von Udo Wengst, *Sozialpolitische Handlungsfelder*, in: *Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945*, Bd. 2: 1945-1949: Die Zeit der Besatzungszonen-Sozialpolitik zwischen Kriegsende und der Gründung zweier deutscher Staaten. Bandherausgeber: Udo Wengst, Baden-Baden 2001, S. 99-106.

⁴² Ebd., S. 106-109.

hatten. Während in der SBZ die Umstellung auf die Planwirtschaft kein Diskussionsgegenstand war, sondern von der Besatzungsmacht und der SED angeordnet wurde, nahm die Entwicklung in den Westzonen eine andere Richtung. Zunächst vorhandene Bestrebungen, eine Planwirtschaft einzuführen, verloren zunehmend an Unterstützung. So setzten sich schon in den Besatzungsjahren Vorstellungen von einer wirtschaftlichen Ordnung durch, die marktwirtschaftlich orientiert waren und auf Mitbestimmungsregelungen und Tariffreiheit setzten.

IV. SCHLUSSBEMERKUNG

Der Teilungsprozess, der die politische Entwicklung der Besatzungsjahre gekennzeichnet hat, ist auch im Bereich der sozialpolitischen Maßnahmen der Besatzungsmächte und der jeweiligen deutschen Dienststellen, Parteien und Verbände bzw. Massenorganisationen festzustellen. Beim genaueren Hinsehen, wird sogar offenkundig, dass die sozialpolitische Auseinanderentwicklung eine Vorreiterrolle im politischen Teilungsprozess gespielt hat. Bereits in den Besatzungsjahren – so kann man daher folgern – hat die Entwicklung der deutschen Gesellschaften unterschiedliche Richtungen eingeschlagen, die sich im Lauf der Teilung stetig vertieft und unterschiedliche Mentalitäten herausgebildet hat. Diese sind auch heute noch – 20 Jahre nach der Wiedervereinigung – vorhanden. Sie endgültig zu überwinden, bleibt eine Aufgabe der Zukunft, die insbesondere von der jungen Generation zu bewältigen ist.

Die deutsche Wirtschaftsgeschichte der Besatzungszeit

Rainer Gömmel

I. VORBEMERKUNG UND ZEITLICHE EINGRENZUNG

Auch wenn niemand so richtig weiß, woher und von wem der Begriff "Stunde Null" stammt, hat sich darüber vor Jahren eine lebhafte intellektuelle Diskussion entwickelt. Eine gewisse Einigkeit herrscht noch darüber, dass "Stunde Null" metaphorisch die bedingungslose Kapitulation Deutschlands am 9. Mai 1945 um 0 Uhr bezeichnet.

Bei der inhaltlichen Deutung dieses Begriffs sind die Meinungen kontrovers. Einige wenige Autoren geben einen ungefähren Eindruck: Bei Stern.de ist am 20.3.2005 ein Artikel mit "Mythos `Stunde Null`" überschrieben. Am 8.5.2005 steht bei Spiegel-online ganz einfach "Die Stunde Null" und am 14.4.2010 berichtet BR-online über "Kriegsende in Bayern. Die Stunde, die ein Monat war". Ein früherer Bundespräsident wollte gar nicht von "Stunde Null" reden, sondern nur von "Neubeginn". Und seit 2005 gibt es ein umfangreiches Werk zur "Soziologie der Stunde Null" (Uta Gerhardt, Frankfurt/Main).

Wie dem auch sei, vermutlich haben viele Menschen kurz vor Kriegsende ähnlich empfunden wie die Besucher des Berliner Philharmonischen Orchesters, das als letzte Aufführung kurz vor seiner Evakuierung Wagners Oper "Die Götterdämmerung" spielte, "deren würdevolle Grabesmusik die Zerstörung Walhallas, den Tod der Götter und das Ende der Welt verkündet" (K. Hardach, S. 106). Und der Schlusspunkt, eben die bedingungslose Kapitulation, bedeutete vorerst *Finis Germaniae*.

Natürlich gab es kein längeres physisches Innehalten, inmitten eines Nichts. Jeder musste sich wie immer, so auch unmittelbar nach dem 8. Mai 1945 Essen besorgen, irgend etwas aus Trümmern graben, vielleicht an seinen bisherigen Arbeitsplatz gehen, als Polizist Plünderungen verhindern und was es sonst noch alles zu tun gab, um in einem sich auflösenden Staatsgebilde das totale Chaos zu verhindern. Ein systematisches, planvolles Wirtschaftsleben, das über die elementare Versorgung bzw. Rationierung von knappen Nahrungsmitteln und Energie hinausging, existierte nicht mehr. Im übrigen dürften wohl nur wenige eine ungefähre Ahnung davon gehabt haben, wie es künftig weitergehen würde. Alles lag jetzt in der Hand der vier Besatzungsmächte.

Für die Dauer der ab Mai 1945 beginnenden Besatzungszeit gibt es auch aus ökonomischer Sicht zwei sinnvolle Begrenzungen. Zum einen kann die Besatzungszeit mit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland (aus den drei Westzonen) am 24. Mai 1949 und der Gründung der DDR (vorher Sowjetische Besatzungszone, SBZ) am 7.10.1949 enden, denen jeweils eine Währungsreform vorausging, zum anderen erst 1955 mit der offiziellen Aufhebung des Besatzungsstatuts (5.5.1955) und dem Beitritt der Bundesrepublik zur NATO (9.5.1955) sowie ähnlicher Abkommen im selben Jahr zwischen der

UdSSR und der DDR. Außerdem wurde der bis Februar 1948 tätige Alliierte Kontrollrat von 1949 bis 1955 in Westdeutschland durch die Alliierte Hohe Kommission (als oberstes Kontrollorgan) und in der SBZ/DDR bis 1953 durch die Sowjetische Kontrollkommission ersetzt. In diese Zeit fällt u.a. die Marshallplan-Hilfe 1948/1952.

II. WIRTSCHAFTLICHE UND IDEOLOGISCHE AUSGANGSSITUATION

Zum Zeitpunkt der Kapitulation waren in der Reichshauptstadt Berlin etwa drei Viertel aller Wohnungen zerstört. Berlin war nach einer Aussage des amerikanischen Militärgouverneurs General Clay zu einer "Stadt der Toten" geworden. In vielen größeren Städten waren zwei Drittel der Häuser zerstört, im Reichsdurchschnitt etwa ein Viertel aller Wohnungen. Auch wenn einer der letzten "Führerbefehle" vom 19. März 1945, später als "Nero-Befehl" bezeichnet, nicht zur Ausführung kam, war die Wirtschaft praktisch zusammengebrochen. Auffallend war das fast völlig zerstörte Verkehrssystem. So konnten z.B. in der britischen Zone von 13.000 km Eisenbahnlinie nur etwa 1.000 km mit Unterbrechungen befahren werden. Die Industriekapazität war auf 30% bis 35% des Standes von 1937 gesunken, im Bereich der Grundstoffindustrie, z.B. im Bergbau, noch stärker.

Die Landwirtschaft war zwar weniger geschädigt, doch machten sich hier die Gebietsabtretungen stark bemerkbar. Die deutschen Ostgebiete jenseits der Oder und Neisse machten etwa 25% des Reichsgebietes von 1937 aus und umfassten rund 28% der landwirtschaftlichen Nutzfläche. Sie waren in einer seit Jahrhunderten gewachsenen Wirtschaftsstruktur das landwirtschaftliche Überschussgebiet für die Versorgung des dichter besiedelten und industrialisierten Westen. Mit dem Wegfall dieser großen Agrargebiete und ihrer Lieferungen vor allem an Brotgetreide, Kartoffeln und Schlachtvieh musste die Lebensmittelversorgung der Bevölkerung kritisch werden. Insbesondere Oberschlesien war auch für den Bergbau und die Schwerindustrie von erheblicher Bedeutung, wo z.B. der größte Teil der Nichteisen-Metalle, insbesondere Blei und Zink, Deutschlands vorkam.

Das zur französischen Zone gehörende Saarland wurde im Januar 1946 zunächst ausgegliedert, zu einer autonomen Region mit einer eigenen Staatsbürgerschaft ab 1947 umfunktioniert, dann in die französische Wirtschaft eingebunden und erst zum 1. Januar 1957 als zehntes Bundesland in die Bundesrepublik Deutschland eingegliedert. Die Einführung der Deutschen Mark (DM) erfolgte erst am 6. Juli 1959 um 0 Uhr.

Von ganz besonderer Bedeutung in verschiedener Hinsicht waren natürlich die Menschenverluste. Bei Kriegsende muss man von 9 bis 10 Millionen Toten ausgehen, darunter knapp 4 Millionen Soldaten. Eine weitere Million wurde noch vermisst, etwa 4 Millionen teilweise schwerverwundet. Allein in Westdeutschland wurden 1 Million Witwen und 1,4 Millionen Waisen gezählt. Ebenfalls bei Kriegsende und bis 1948 befanden sich 11 Millionen in Kriegsgefangenschaft, darunter 3,5 Millionen in der UdSSR (mit einer

Überlebenschance von etwa 70%), je 3 Millionen in den USA und in Großbritannien sowie 1 Million in Frankreich.

Andererseits strömten ab 1944 in den folgenden Jahren etwa 8 Millionen überlebende Flüchtlinge und Vertriebene in die westlichen Besatzungszonen und etwa 4 Millionen in die sowjetische Zone. Da von den rund 7,5 Millionen Kriegsgefangenen und Millionen Zivilarbeitern in Deutschland über 6 Millionen in ihre Heimatländer strebten, fand vor allem zwischen 1945 und 1947 die vermutlich größte Völkerwanderung der Geschichte statt. Zwischen 25 und 30 Millionen Menschen wanderten quer durch Deutschland hinaus und hinein. Allein unter diesen Voraussetzungen war die notdürftigste Versorgung der Gesamtbevölkerung das vorrangige Problem. Man könnte auch von einem neuen Kampf sprechen, nämlich den um das Überleben.

Auch der ideologische Hintergrund war 1945 für einen wirtschaftliche Wiederaufbau wenig verheißungsvoll. Ohne auf verschiedene politische und moralische Ziele der Alliierten näher einzugehen, bestanden bei Kriegsende unter den Westalliierten zumindest grobe Vorstellungen. Im Spätsommer 1944 hatte der amerikanische Finanzminister Morgenthau die völlige Entindustrialisierung und Reagrarisierung Deutschlands vorgeschlagen. Ersteres sollte jeden künftigen Krieg unmöglich machen, letzteres durch die enge Verbindung mit dem Boden eine moralische Besserung der als von Natur aus gewalttätig angesehenen Deutschen bringen. Ähnlich günstige Folgen für den deutschen Charakter versprach sich Morgenthau von einer kräftigen Inflation und ihren Auswirkungen.

Als dieses Abkommen vom September 1944 in Quebec (unter dem Motto "Ein starkes Europa, ein schwaches Deutschland") durchsickerte, löste es in der amerikanischen Presse eine ungeahnte starke Anti-Roosevelt-Reaktion aus: 25 der 33 größten Zeitungen protestierten gegen diesen Plan. Ähnlich wie schon der amerikanische Außenminister Hull und der Kriegsminister Stimson, der das Programm "ein Verbrechen gegen die Zivilisation" nannte, wurde betont, dass ein agrarisches Deutschland nur 60% der Bevölkerung ernähren könnte, die übrigen 40% also verhungern müssten. Als Alternative dazu erwog Morgenthau eine Zwangsverschickung der Überschussbevölkerung nach Nordafrika. Die Ausführung von Morgenthaus Plan wäre, so die Argumente in der Presse, ein Verbrechen von der Art wie die von Nationalsozialisten begangenen.

In der historischen Literatur ist häufig davon die Rede, dass der Morgenthau-Plan "niemals umgesetzt" wurde und auch für Wolfgang Benz blieb der Morgenthau-Plan ohne jede Bedeutung. Das ist allerdings falsch. Der Kern des Morgenthau-Plans, nämlich die Vorschläge zur Entindustrialisierung, wurde in Potsdam Anfang August 1945 angenommen und Bestandteil der alliierten Politik.

III. DIE ERSTEN NACHKRIEGSJAHRE BIS ZUR WÄHRUNGSREFORM 1948

Nach erheblichem Feilschen unter den Siegern wurde das tatsächliche Ausmaß des großangelegten Industriebegrenzungsplans vom Alliierten Kontrollrat im sogenannten "Industriebegrenzungsplan" vom März 1946 festgelegt. Ein Heer alliierter Militär- und Industrieexperten musste ermitteln, welche Industriekapazität erforderlich war, um Deutschland "den durchschnittlichen Lebensstandard der europäischen Länder (unter Ausschluss Großbritanniens und der Sowjetunion)" zu erhalten. Das bedeutete, den deutschen Lebensstandard auf das Niveau von 1932 herabzusetzen, was bekanntlich in Deutschland das Jahr tiefster Wirtschaftsnot und zugleich das Jahr von Hitlers größten Wahlsiegen war. Um dieses Ziel zu erreichen, musste die gesamte Industriekapazität auf etwa 50% des Niveaus von 1938 verringert werden, wobei die russische Seite Verminderungen um 60% bis 70% empfahl. Die Halbierung der Kapazität bedeutete eine Demontage von 1.546 Werken unterschiedlicher Größe allein in den Westzonen. Bei der Stahlerzeugung durfte die Kapazität nur ein Viertel, in der Grundchemie und im Schwermaschinenbau etwa ein Drittel, im Werkzeugmaschinenbau nur ein Zehntel von 1938 betragen. In der Verbrauchsgüterindustrie wurden z.B. der Textil- und Schuhindustrie die Hälfte, der Automobilindustrie nur ein Fünftel zugestanden. Einige Industrien wurden ganz verboten, z.B. die Herstellung von Hochseeschiffen, Flugzeugen, Aluminium, Elektronenröhren, Kugellager usw. Die unbeschränkte Produktion von z.B. Möbeln, Glas und Fahrrädern war nur theoretisch möglich, in der Praxis aber durch die Kürzungen in der Produktionsgüterindustrie stark eingeschränkt.

Ein Gewerbebranchen sollte allerdings wachsen: der Ruhrbergbau, um einen entsprechenden Zwangsexport von Steinkohle unter Weltmarktpreisen an die Siegernationen zu ermöglichen. Ähnlich verhielt es sich bei Schrott und Holz. Im übrigen wurde der gesamte deutsche Auslandsbesitz enteignet.

Die "technologische Abrüstung" erfolgte durch die Enteignung aller immaterieller Aktiva wie Patente (etwa 200.000), Warenzeichen (rund 24.000), Handelsmarken, Lizenzen und Firmennamen. Sämtliche naturwissenschaftliche und industrielle Forschungsanlagen mussten schließen. Deutschlands herausragende Stellung seit dem 19. Jahrhundert im Bereich Physik, Chemie und Maschinenbau sollte nachhaltig geschwächt werden.

Erwähnenswert ist auch der eifrige Kampf um "geistige Reparationen", den sich die Geheimdienste der Alliierten lieferten. Die USA gewannen in einer Operation mit dem Codenamen "Projekt Büroklammer" 650 verhaftete deutsche Wissenschaftler, darunter den Raketenspezialisten Wernher von Braun, gelehrigster Schüler des "Vaters der Weltraumfahrt", Hermann Oberth.

Natürlich begann die Demontage nicht erst mit dem Beschluss des "Industriebegrenzungsplans" im März 1946, sondern unmittelbar nach Kriegsende. In der SBZ wurden von Sommer 1945 bis Ende 1946 etwa 1.000 Betriebe abgebaut und bis März 1947 fast

12.000 Kilometer Schienen demontiert. Außerdem erhielt die Sowjetunion bis Mai 1946 auch aus den Westzonen demontierte Werksanlagen.

Im Mai 1946 war dann der inzwischen ausgebrochene "Kalte Krieg" soweit fortgeschritten, dass es in der amerikanischen Demontagepolitik zu einem Wandel kam, der sich im "Revidierten Industriebegrenzungsplan" vom August 1947 äußerte. Dieser anglo-amerikanische Plan erhöhte das zugestandene Industrieniveau in beiden Zonen und brachte die erlaubte Industriekapazität auf 70% bis 75% der Höhe von 1938. Konkret bedeutete das die Herausnahme von 687 Fabriken aus der Demontageliste, die aber weiterhin bestand und auch fleißig abgearbeitet wurde.

Es muss an dieser Stelle ausdrücklich betont werden, dass Morgenthau Ideen am 26. April 1945 mit dem Erlass der als JCS/1067 bekannten Direktive an General Clay, den amerikanischen Befehlshaber in Deutschland, offizielle Politik der USA geworden waren. General Clay wurde angewiesen, "keine Maßnahmen zu ergreifen, die zu einem wirtschaftlichen Wiederaufbau Deutschlands führen oder geeignet sind, die deutsche Wirtschaft aufrechtzuerhalten oder zu stärken." Für mehr als zwei Jahre, also bis August 1947, blieb diese Direktive oberste Leitlinie der amerikanischen Besatzungspolitik, die also darauf abzielte, den Konsum auf das physische Mindestmaß zu beschränken und auch der Investitionsgüterproduktion engste Grenzen zu setzen. Der wichtigste Berater Clays bezeichnete diese Leitlinie als "von einem Haufen wirtschaftlicher Idioten" aufgestellt, die es "den fähigsten Arbeitern Europas verbietet, so viel wie möglich für einen Kontinent zu produzieren, dem es ausweglos an allem mangelt."

Dazu zwei Beispiele: 1. Zwar hatte der Alliierte Kontrollrat in Potsdam im August 1945 für den Normalverbraucher 2.700 Kalorien pro Tag vereinbart, doch wurde die offizielle Ration dann auf 1.550 Kalorien täglich reduziert, was etwa der Hälfte entsprach, was Ernährungsexperten für den durchschnittlichen Europäer empfahlen. Die tatsächlichen Rationen lagen in den ersten drei Nachkriegsjahren im Durchschnitt bei ungefähr 1.300 Kalorien, während des außerordentlich harten Winters 1946/47 nur bei 1.000 Kalorien, so z.B. auch in Bayern. Diese Nahrungszufuhr entsprach einem raschen Verhungerniveau. Tatsächlich starben viele Menschen, insbesondere Säuglinge und Kleinkinder an Unterernährung. Die Lage wäre völlig in die Katastrophe gemündet, wenn nicht ausländische, hauptsächlich vom amerikanischen Steuerzahler getragene Hilfslieferungen von Getreide und Mehl gewesen wären, was ebenso für die berühmten CARE-Pakete gilt. Das karitative amerikanische Gemeinschaftswerk CARE (Cooperative for American Remittances to Europe) war im Frühjahr 1946 auf Anregung des ehemaligen Präsidenten Hoover gegründet worden. Erst im Dezember 1948 konnte der amerikanische Militärgouverneur melden, dass "das deutsche Volk genug zu essen habe." Hoover hatte auch auf einen anderen Notstand hingewiesen, als er in seinem Bericht über die englische und amerikanische Zone für den amerikanischen Präsidenten 1947 schrieb, dass die "Wohnungssituation die schlimmste ist, welche die moderne Zivilisation je gesehen hat."

2. Während Deutschland bis vor dem Zweiten Weltkrieg ein Rohstoffe importierendes Land gewesen ist, verwandelte es sich in den ersten Nachkriegsjahren gezwungenermaßen

ßen zu einem Rohstoffexporteur. So bestanden 1937 die deutschen Exporte zu 80% aus Fertigwaren und nur zu 10% aus Rohstoffen, insbesondere Kohle. 1946 waren 91% aller Exporte der englischen und amerikanischen Zone Rohstoffe und nur 4% Fertigwaren.

Auch mit der wirtschaftlichen Vereinigung der amerikanischen und englischen Zone zum Vereinigten Wirtschaftsgebiet (VWG, Bizone) unter Beteiligung verschiedener deutscher Institutionen zum 1. Januar 1947, änderte sich zunächst fast nichts. Der "Morgenthauismus" war zählebig. Noch im April 1949 bekräftigten die Westalliierten ihre früher schon geäußerte Absicht, weitere 700 Betriebe zu demontieren, was den amerikanischen Gewerkschaftsbund zu dem Kommentar veranlasste, dies sei "ein bemerkenswertes Wiederaufleben des Geistes von Potsdam und des infamen Morgenthauplans". Tatsächlich hatte der Wettlauf zwischen gesundem Menschenverstand und dem Zerstörungseifer einiger Interessengruppen und Fanatiker in den USA zu einer großen Beschleunigung der Demontage (mittels Schneidbrenner und Sprengstoff ohne Rücksicht auf Wiederverwendung) geführt. Sinnlose Demolierung führte zunehmend zu deutschen Demonstrationen, Streiks und anderen Akten gewaltloser Gehorsamsverweigerung. Die Besatzungsbehörden reagierten schnell mit der Drohung, die lebensnotwendigen Lebensmittelzufuhren einzustellen. Erst im November 1949 wurden weitere 17 Fabriken von der Demontage befreit, um das Prestige der ersten Regierung der gerade gegründeten Bundesrepublik zu erhöhen. Ein Ende fand die Demontage im April 1951, also im 4. Jahr des sogenannten Marshallplans.

Die Demontagepolitik im Westen hat zwar insgesamt keinen entscheidenden Anlagenverlust ergeben, schätzungsweise 8% des Anlagevermögens, gegenüber dem Doppelten durch Kriegseinwirkungen, war aber trotzdem für den Wiederaufbau äußerst schädlich. Zusammen mit der bewussten amerikanischen Lähmungspolitik bis in das Jahr 1947 hinein, und trotz der verbesserten Wachstumsbedingungen durch die Schaffung der Bizone, also eines größeren Wirtschaftsraums, führte die Demontagepolitik zu einer lang andauernden Ungewissheit. Welche Fabriken betroffen sein würden, ständig erneutes Anlaufen des Demontageprogramms, die Schließung einzelner Betriebsabteilungen und der Abtransport von Spezialmaschinen bewirkten Produktionsausfälle bis zu 50%. Die Anwesenheit alliierter Gruppen, die auf der Suche nach Konstruktionszeichnungen, patentierfähigen Technologien und allen möglichen Geschäftsgeheimnissen spionierten, behinderte und schwächte den unternehmerischen Elan. Wo er trotzdem noch vorhanden war, hemmte Rohstoffknappheit die Produktion. Die im Mai 1945 noch beträchtlichen Kriegsvorräte konnten in den folgenden Jahren fast überhaupt nicht ergänzt werden. Die amtlichen Rohstoffzuteilungen erreichten 1946 und 1947 selten mehr als 20% des Bedarfs. Im übrigen sollten die deutschen Exporte die Kosten der Rohstoffimporte decken.

Schließlich einige Anmerkungen zu den beiden übrigen Besatzungszonen. Frankreich betrachtete seine Zone als Hilfsquelle für den eigenen Wiederaufbau. Das Personal seiner Militäradministration entsprach dem der 2 ½ mal so großen amerikanischen Zone. Die französische Zone verfügte nur über ein bescheidenes Maß industrieller Ressourcen, ebenso war die Nahrungsmittelversorgung schlecht, da ein großer Teil der Erzeugung

für die Besatzungsmacht abgezweigt werden musste. Besonders kritisch wurde die Lage 1947, als das Saargebiet ausgegliedert und die Zone auf die Kohlenversorgung aus dem Ruhrgebiet angewiesen war. Die Produktion lag durch Rohstoffmangel, erheblichen Demontagen und Produktionsentnahmen der Besatzung unter den Werten der amerikanischen und englischen Zonen. Die Verbrauchsgüter für die Bevölkerung wurden 1947 auf 5 bis 10% des Vorkriegsstandes geschätzt. Die Rationen für Normalverbraucher lagen bis 1947 oft um 200 bis 300 Tageskalorien unter den Werten der Bizone. Der Anschluss an die Bizone im Frühjahr 1948 wurde praktisch durch notwendige Lebensmittellieferungen der Amerikaner erzwungen.

Die sowjetische Besatzungszone, flächen- und bevölkerungsmäßig fast identisch mit der amerikanischen Zone, stand von Anfang an unter dem bestimmenden Einfluss der sowjetischen Militärverwaltung, die unmittelbar nach Kriegsende neben politischen, insbesondere auch zwei wirtschaftliche Ziele verfolgte:

- 1. Reparationen einfordern
- 2. Einführung einer zentralgesteuerten Staatswirtschaft, d.h. einer sozialistischen Zentralplanwirtschaft (oder Zentralverwaltungswirtschaft)

Dem ersten Punkt widmete sich die Sowjetunion sehr intensiv und er stand unter dem Zeichen "industrieller Abrüstung". Begonnen wurde mit der Demontage von rund 1.200 Fabriken. Als die Sowjets in mehrfacher Hinsicht gegen das Potsdamer Abkommen verstießen (z.B. keine Gegenlieferungen in die Westzonen), beendeten die Westalliierten ihre Lieferungen. Im Alleingang intensivierten die Sowjets daraufhin den Industrieabbau und demontierten bis zum Frühjahr 1948 insgesamt über 1.900 Fabriken, davon 1.700 vollständig.

Im industriellen Sektor verringerten Demontage und Kriegszerstörung den gesamten Kapazitätsbestand, schätzungsweise um etwa 40%. Jedoch ist folgendes zu berücksichtigen: Vor dem Krieg hatte Mitteldeutschland (das Gebiet der späteren SBZ/DDR) neben einem Selbstversorgungsgrad bei Nahrungsmitteln von über 100% auch einen höheren Industrialisierungsgrad als Westdeutschland. Im Jahr 1939 lag in Mitteldeutschland die Industrieproduktion pro Kopf um etwa 17% über dem westdeutschen Niveau. Dieser relative Vorsprung hat sich während des Krieges durch Betriebsverlagerungen und Ausweitung der Kriegsproduktion deutlich vergrößert. Außerdem waren die Kriegszerstörungen in Mitteldeutschland wesentlich geringer als im Rhein-Ruhr-Gebiet und im südwestlichen Deutschland. Insgesamt war der Demontageverlust in der SBZ aber höher als in den Westzonen.

Da für die Sowjetunion die demontierten und abtransportierten Fabriken nicht den erhofften Erfolg brachten, verlegte man sich verstärkt auf Produktionsentnahmen, weshalb im Juni 1946 213 größere Fabriken zum Eigentum der Sowjetunion erklärt und in 25 Sowjetische Aktiengesellschaften (SAG) umgewandelt wurden. Diese Unternehmen machten fast ein Drittel der gesamten Industriekapazität aus. Die zügige Wiederaufnahme ihrer Produktion trug zur raschen Belebung der sowjetzonalen Industrieproduktion bei. Ende 1946 erreichte sie etwa 42% , andere Quellen sprechen sogar von 60% des Stan-

des von 1936, gegenüber nur 32% in den Westzonen, wo die amerikanische Lähmungs- und Verhinderungspolitik regierte.

Die SAG-Betriebe, die bis 1954 an die DDR zurückverkauft wurden, waren meist Schlüsselbetriebe. Sie umfassten z.B. 80% der Mineralölwirtschaft und des Kalibergbaus, 50% der chemischen und 40% der Elektro- und Automobilindustrie sowie der Stromerzeugung. Im Durchschnitt wurde etwa ein Viertel des ostzonalen Sozialprodukts für Besatzungskosten und Reparationszahlungen ausgegeben, gegenüber etwa 15% in den Westzonen von 1946 bis 1949.

Die bis Juni 1946 beschlagnahmten etwa 10.000 Industriebetriebe wurden nur zum kleineren Teil (einige hundert) an ihre früheren Eigentümer zurückgegeben. Dann entschied in Sachsen eine entsprechend gelenkte Volksabstimmung mehrheitlich für die Enteignung von 9.300 Betrieben, darunter 3.800 Fabriken. Mitte 1947 begannen die Beschlagnahmungen aufs neue und die Besatzungsmacht erklärte den Stalinismus "als einzig möglichen Weg zum Sozialismus". Im April 1948 erhielten die bis dahin enteigneten Unternehmen ihre endgültige Rechtsform als volkseigene Betriebe (VEB). Danach liefen weitere Enteignungsmaßnahmen an, so dass der private Anteil an der Industrieproduktion bis 1955 auf 15% und bis 1970 auf etwa 2% fiel.

Da in der SBZ von Anfang an alle verfügbaren Arbeitskräfte, notfalls mit Zwang, zum Aufbau eingesetzt wurden, konnte dort relativ früh Vollbeschäftigung erreicht werden. In den Westzonen sank die offizielle Arbeitslosenquote bis Mitte 1948 zwar auf 2,5%, war aber irreführend, weil es eine Unzahl fiktiver Beschäftigungsverhältnisse gab, denn nur so bekam man eine Lebensmittelkarte. Realistische Schätzungen gehen für die zweite Jahreshälfte 1947 von mehr als 33% Arbeitslosigkeit im Westen aus. Trotzdem setzte schon ab 1946 allmählich eine Wanderungsbewegung über die noch offene "grüne Grenze" von Ost nach West ein, verursacht durch Enteignungen, Demontagen, Deportationen (z.B. im Oktober 1946 vieler Wissenschaftler) und immer einseitigere politische Ausrichtung, Kontrolle und Denunziantentum. Ein Vergleich der Sowjetzone mit den Westzonen kurz vor der Währungsreform lässt sich auf einen kurzen Nenner bringen: In ganz Deutschland war 1947 der absolute Tiefstand insbesondere in der Nahrungsversorgung erreicht und weit unter das Niveau des letzten Kriegsjahres gesunken. In der sowjetischen Zone war der Weg in eine sozialistische Zentralverwaltungswirtschaft inzwischen klar vorgezeichnet und von der Mehrheit der Bevölkerung sicher sehr skeptisch beurteilt. In den Westzonen herrschte in diesem Notjahr über die Zukunft ganz allgemein die größte Unsicherheit. Anfang 1948 schrieb der Herausgeber eines Sammelbandes mit 47 Artikeln zu wichtigen politischen, gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Problemen u.a. in seinem Vorwort:

"In zehn oder zwanzig Jahren mögen wir auf 1947 kopfschüttelnd zurückblicken und denken: 'Was war das doch für eine wirre chaotische Zeit. Sie schien fast ohne Hoffnung. Sie war die tiefe Schlucht, in der wir kaum mehr den Himmel sahen...'. Oder werden wir denken: 'Damals glaubten wir ein Jahr wie dieses nicht noch einmal ertragen zu

können! Ach, was wussten wir, wie lange solch ein Zustand dauern kann, ohne dass er, bis er zur Katastrophe wird...”

IV. DIE ZEIT NACH DER WÄHRUNGS- UND WIRTSCHAFTSREFORM 1948

Erst die Erkenntnis, dass ein wirtschaftlich ruiniertes Deutschland ein gewaltiges Vakuum in der Mitte Europas darstellte, das die Sowjetunion nur bereitwillig füllen würde sowie ein nur langsamerer Wiederaufbau Europas, wenn Deutschland mit seiner großen Industrie in ein Armenhaus verwandelt würde, führte in Amerika zu einem vorsichtigen Sinneswandel. Ganz Europa, einschließlich Deutschland, sollte durch ein Wiederaufbauprogramm (ERP), benannt nach dem US-Außenminister George C. Marshall, ab 1948 unterstützt werden.

Zwischen 1948 und 1952 erhielt Westdeutschland etwa 1,6 Milliarden Dollar, leistete in dieser Zeit aber weiterhin Reparationen in Form von Demontagen und Besatzungskosten. Letztere betragen z.B. 1949 rund 4,5 Milliarden DM (etwa 1 Milliarde Dollar), was knapp 50% der gesamten Bundeseinnahmen entsprach. Bis 1949 waren die Reparationen i.w.S. deutlich höher als die erhaltene Hilfe. Diese war im übrigen für Großbritannien mit rund 3,4 Milliarden und Frankreich mit 2,8 Milliarden Dollar wesentlich größer, ohne dass in diesen Ländern ein ähnlicher Wirtschaftsaufschwung stattfand wie in der Bundesrepublik. Die Marshallplan-Hilfe war somit nicht der entscheidende Faktor des beginnenden “Wirtschaftswunders”. Das war eindeutig die Währungs- und Wirtschaftsreform ab dem 20. Juni 1948, zusammen mit der darauf folgenden Wirtschaftspolitik.

Die Notwendigkeit einer Währungsreform war allgemein unstrittig, denn bis dahin hatte das Geld seine drei Funktionen verloren, nämlich als Tausch- und Zahlungsmittel, als Wertaufbewahrungsmittel und als Recheneinheit. Vor der Währungsreform musste die riesige Geldmenge durch Höchstpreise und Lohnstopp zurückgestaut werden, um eine offene Inflation zu verhindern. Schwarzmarktpreise signalisierten allerdings die wahren Knappheitsverhältnisse. Die Geldmenge musste also auf ein realistisches Maß reduziert werden. Im Durchschnitt wurde auf etwa 6,5% abgewertet. Über 90% der Geldvermögen haben sich also in Nichts aufgelöst. Neue Geldeinheit wurde die Deutsche Mark (DM). Zunächst konnte nur ein Kopfbetrag von 40 DM je Bewohner im Verhältnis 1:1 umgetauscht werden, zwei Monate später folgten weitere 20 DM. Auch Unternehmen erhielten je Beschäftigten einen “Geschäftsbetrag” von 60 DM. Schulden wurden 10:1 umgestellt, Löhne, Miet- und Pacht schulden dagegen 1:1.

Eine Währungsreform macht jedoch nur Sinn, wenn damit gleichzeitig eine Wirtschaftsreform verbunden wird, welche die Ursachen der Inflation beseitigt. Der 1948 gegründete Wissenschaftliche Beirat bei der Verwaltung für Wirtschaft im Vereinigten Wirtschaftsgebiet (Direktor Ludwig Erhard) sprach sich gegen eine Weiterführung staatlicher Wirtschaftslenkung und für die Einführung der Marktwirtschaft aus: „Die Währungsreform ist nur sinnvoll, wenn eine grundsätzliche Änderung der bisherigen

Wirtschaftslenkung mit ihr verbunden wird. Als isolierter technischer Vorgang wäre sie wertlos, wenn nicht sogar gefährlich. Durch die Währungsreform wird die wirksame Nachfrage so beschränkt, dass eine totale Verbrauchsregelung und Zwangswirtschaft gegenstandslos wird.”

Mit dieser Meinung, die auch von Ludwig Erhard vertreten wurde, stand der Wissenschaftliche Beirat ziemlich alleine da. SPD und weitgehend auch die CDU sprachen sich für die Fortsetzung der staatlichen Wirtschaftslenkung aus, was durchaus im weltweiten “mainstream” lag. So erklärte z.B. der amerikanische Nationalökonom (und spätere Nobelpreisträger) Galbraith, die Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage in Deutschland könne nur durch Planung überwunden werden.

Ähnlich äußerte sich auch der amerikanische Präsidentenberater Heller. Erhard führte jedenfalls ziemlich eigenmächtig am 24.6.1948 die Marktwirtschaft wieder ein, die ab etwa 1934 sukzessive in eine staatlich gelenkte und schließlich in eine Kriegswirtschaft verwandelt worden war. Bis auf wenige Ausnahmen, z.B. Kohlen, wurden die Preise freigegeben. Der Marktpreis konnte nun wieder seine drei Funktionen erfüllen, nämlich die Ausgleichs-, Signal- und Lenkungsfunktion.

Durch Nachholbedarf und zurückgestaute Bedürfnisse kam es zu Preissteigerungen, weil das Angebot noch zu klein war (=Signalfunktion). Dadurch wurde aber Investitionskapital in diese Branchen gelenkt (=Lenkungsfunktion) und das Angebot erhöht. Dieses kleine Einmaleins der Volkswirtschaftslehre hat Erhard in vielen Reden, Zeitungsbeiträgen usw. immer wieder in die Bevölkerung gebracht, was die Gewerkschaften (und andere) aber nicht davon abhielt, nach der Aufhebung des Lohnstopps am 3. November 1948 für den 12. November einen eintägigen Generalstreik auszurufen und z.B. die sofortige Wiedereinführung von Preiskontrollen zu fordern.

In dieser Zeit konnte sich auch die 1948 gegründete Bank deutscher Länder erstmals bewähren. Sie wurde von verschiedener Seite aufgefordert, die Zinsen zu senken und die Kreditvergabe zu erleichtern, damit also die Geldmenge zu erhöhen. Das tat sie glücklicherweise nicht, sondern blieb bei ihrer restriktiven Geldpolitik, um überhaupt keinen Zweifel an der Stabilität des neuen Geldes aufkommen zu lassen. Schließlich war die Deutsche Mark eine reine Papierwährung, deren Stabilität einzig auf dem Vertrauen der Bevölkerung basierte.

Häufig wird immer noch die Meinung vertreten, erst der sogenannte Korea-Boom 1950/51 habe den Durchbruch der Sozialen Marktwirtschaft ermöglicht. Fakt ist, dass nach Kriegsausbruch im Juni 1950 die Preise für importierte Rohstoffe stark stiegen, z.B. für Wolle innerhalb weniger Monate auf das Doppelte, Sparguthaben für Hamsterkäufe aufgelöst wurden und spekulative Lagererhöhungen preissteigernd wirkten. Die Folge war eine rasche allgemeine Preissteigerung wie in allen anderen Ländern auch. Im Gegensatz zu diesen Ländern reagierte die deutsche Notenbank bereits im Herbst 1950 mit einer auch heute wieder unpopulären Maßnahme, nämlich mit einer restriktiven Geldpolitik. Daraufhin kam es in Deutschland zu einer Beruhigung der Preisentwicklung, nicht so bei Deutschlands Exportkonkurrenten. Als Folge davon konnte die deutsche

Wirtschaft wieder auf die Weltmärkte vorstoßen. Soweit zur Legende vom Korea-Boom, die bewusst oder unbewusst die Bedeutung der damaligen Wirtschaftspolitik übersieht.

Die DDR-Wirtschaftsentwicklung sei ganz grob skizziert. Nach den seit 1945 erfolgten Enteignungen (als erstes die Banken und Sparkassen noch Ende Mai 1945) und neben den kriegswirtschaftlichen Bewirtschaftungsvorschriften des NS-Regimes, die nach dem Zusammenbruch eher noch verschärft wurden, kam es ab 1948 zu einer einheitlichen Planung der gesamten Volkswirtschaft. Ziel war die Schaffung einer sozialistischen Zentralverwaltungswirtschaft nach sowjetischem Vorbild. Das war leicht und ging schnell. Man brauchte nur die in der Kriegszeit entwickelte staatliche Lenkung mit ihrem Verwaltungsapparat zu übernehmen und lediglich die Inhalte zu ändern. Im weiteren Verlauf wurde das NS-Modell fortentwickelt, wie einige

Beispiele zeigen:

- Vom Pflichtkontenrahmen 1937 zum Einheitskontenrahmen 1949. Ziel waren die Kontrolle und Lenkung der Industrie durch den Staat.
- Von Investitionskontrollen und Verboten im Nationalsozialismus zum sozialistischen staatlichen Investitionsmonopol. Es waren z.B. die Abschreibungsätze normiert und jeder Betrieb musste seine Abschreibungen an den Staat abliefern.
- Von der NS-Devisen- und Außenhandelszwangswirtschaft zum staatlich-sozialistischen Valuta- und Außenhandelsmonopol. Logische Konsequenz war z.B., dass es keine objektiven Kriterien mehr dafür gab, welche Güter exportiert und welche nicht exportiert werden sollten.
- Von der nationalsozialistischen Deutschen Arbeitsfront (DAF) zum sozialistischen Freien Deutschen Gewerkschaftsbund (FDGB). Während zu NS-Zeiten bei der Lohnfestsetzung neben der DAF noch die "Treuhand der Arbeit" und die Unternehmer ("Betriebsführer") beteiligt waren, setzte in der DDR anschließend die staatliche Plankommission den Lohn fest.

Abschließend sei noch erwähnt, dass es in der DDR am 24. Juni 1948 ebenfalls eine "Währungsreform" gab. Das war aber keine Reform, sondern nur ein bloßer Geldumtausch, weil die drei Geldfunktionen nicht wiederhergestellt wurden. In einer Zentralverwaltungswirtschaft fungiert Geld nur als Tausch- und Zahlungsmittel und das auch nur für Konsumgüter. Da Produktionsgüter- und Konsumgüter im Gegensatz zu einer Marktwirtschaft aber streng getrennt sind, geht vom Konsumgütersektor keinerlei Impuls auf den Produktionsgütersektor aus, d.h. es gibt keine Interdependenz der Preise. Die beiden anderen Geldfunktionen, Wertaufbewahrungsmittel und Recheneinheit, werden in einer Zentralverwaltungswirtschaft bewusst außer Kraft gesetzt.

Literatur:

Dürr, Ernst: Wirkungsanalyse der monetären Konjunkturpolitik, Frankfurt/M. 1966.

Hardach, Karl: Wirtschaftsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert (1914-1970), 3.Aufl., Göttingen 1993.

Leptin, Gert: Deutsche Wirtschaft nach 1945. Ein Ost-West-Vergleich, 3. überarbeitete und erweiterte Aufl., Opladen 1980.

Henning, Friedrich-Wilhelm: Das industrialisierte Deutschland 1914 bis 1992, 9. Aufl., Paderborn/München/Wien/Zürich 1993.

Rümelin, Hans A. (Hrsg.): So lebten wir... Ein Querschnitt durch 1947. Erneut herausgegeben und eingeleitet von Jürgen Schneider (Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Band 80), Stuttgart 1997.

Schneider, Jürgen/Harbrecht, Wolfgang: Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik in Deutschland (1933-1993) (Beiträge zur Wirtschafts- und Sozialgeschichte, Band 63), Stuttgart 1996.

Konrad Adenauer und Kurt Schumacher – Gegensätze und Übereinstimmungen in der Gründerzeit der Bundesrepublik

Hartmut Soell

„Im Anfang war Adenauer – so lässt sich der Beginn der Bundesrepublik kurz kennzeichnen“. Mit der eben zitierten Einschätzung hat der Berliner Historiker und Politikwissenschaftler Arnulf Baring vor beinahe vier Jahrzehnten seine zweibändige Studie über die Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie eingeleitet.¹

Bezogen auf die Vorgeschichte, besonders auf die Jahre 1945-48, lässt sich mit mindestens ebenso großer Berechtigung sagen: Ganz im Anfang war Kurt Schumacher. Bis Frühjahr 1948 war er der bekannteste deutsche Politiker, vor allem im Westen, wahrscheinlich auch in der sowjetisch besetzten Zone. Bevor ich diese These sowie das beiderseitige Verhältnis dieser wichtigen Politiker der Gründerjahre der Bundesrepublik erläutere, möchte ich die Themenfelder benennen, auf die ich näher eingehen werde.

Zunächst werde ich kurz über den Werdegang beider informieren. Danach wird die Bewertung der unmittelbaren Vergangenheit von NS-Diktatur und Krieg durch beide Politiker sowie die jeweils daraus gezogenen Folgerungen in den Blick genommen. Darauf folgt eine kurze Analyse ihres Verhaltens gegenüber den Besatzungsmächten sowie gegenüber der neuen totalitären Herausforderung im Osten. Im Mittelpunkt des nächsten Abschnitts stehen die jeweiligen Konzepte sowie die konkrete Politik über den Neubau bzw. Wiederaufbau von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft. Eine Betrachtung des im Winter und Frühjahr 1949 angestrebten Streits über die Finanzverfassung der künftigen Bundesrepublik schließt sich an.

Danach geht es um die Priorität von Westbindung oder deutscher Einheit. Genauer um die Frage: Gab es eine Form der Einbindung in den Westen, die sich mit den Risiken einer aktiven Wiederereinigungs politik vertragen hätte? Die Ergebnisse der Vorlesung werde ich abschließend in einigen Thesen zusammenfassen.

I. BIOGRAPHISCHES

Konrad Adenauer, geboren am 5. Januar 1876, entstammte einem bäuerlich-handwerklichen Herkunftsmilieu. Während die Vorfahren väterlicherseits in der Voreifel und in Bonn beheimatet waren, lebten die Vorfahren der Mutter teilweise in Thüringen. Ihr Va-

¹ Arnulf Baring, Außenpolitik in Adenauers Kanzlerdemokratie. Westdeutsche Innenpolitik im Zeichen der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft, 2 Bände, München 1971, zitiert Bd. 1, S. 97.

ter kam von dort als Regimentsmusikus nach Köln. Das preußische Militär führte die Familien zusammen,

denn auch Adenauers Vater diente zwei Jahrzehnte lang als Soldat und nach einer besonderen Bewährungsprobe in der Schlacht von Königgrätz 1866 als Sekondo-Leutnant – keine Kleinigkeit für einen aus dem Mannschaftstand aufgestiegenen Soldaten. Nach dem Krieg von 1870/71 errang er eine mittlere Beamtenposition in der Justizverwaltung und brachte es bis zum Kanzleirat. Konrad Adenauer war der Dritte einer vierköpfigen Kinderschar und wurde wie die beiden älteren Brüder durch den Aufstiegswillen und das preußische Pflichtbewusstsein des Vaters stark geprägt. Jahrzehnte später sah er im preußischen Obrigkeitsstaat eine der zentralen Ursachen der seit 1933 sich anbahnenden deutschen und europäischen Katastrophe. Britischen Gesprächspartnern nach 1945 warf er vor, dass die britische Politik auf dem Wiener Kongress von 1814/15 Preußen im Westen Deutschlands zur Vormacht und zum Wächter gegenüber Frankreich bestellt und dadurch langfristig zum deutschen Verhängnis beitragen habe.

Dem Beispiel seines älteren Bruders folgend – der zweitältesten Bruder wurde katholischer Geistlicher – studierte er nach dem Abitur die Rechte in Freiburg, München und Bonn. Mit 21 Jahren absolvierte er das erste Staatsexamen mit der Note „gut“. Dann folgte eine Referendarzeit von viereinhalb Jahren in Köln ohne Vergütung, die er nur antreten durfte, weil sein Vater sich schriftlich für einen „standesgemäßen Unterhalt“² des Sohnes während dieser Zeit verpflichtete. Wegen eines „chronischen Bronchialcatarrhs“ wurde er nicht zum Militär eingezogen. „Nicht gedient“ zu haben, war in jeder Personalakte jener Jahre ein Flecken in der Conduite, besonders im Dienst der Justitia. Sie beeinträchtigte offenbar auch das mäßige Ergebnis der großen juristischen Staatsprüfung in Berlin (1901). In den folgenden fünf Jahren schlug sich Adenauer mühsam als Vertreter von Staatsanwälten, Justizräten und Hilfsrichtern durch. Immerhin wurde er dadurch zu einem Juristen, dessen begriffliche Präzision, subtile Argumentation und Detailversessenheit nicht nur Gegner, sondern auch Mitarbeiter das Fürchten lehrte.

Nach dieser Zeit des Bewährens in untergeordneten Verwendungen gelang ihm im April 1906 – mit knapp dreißig Jahren – der Sprung auf die Stelle des besoldeten Beigeordneten der Stadt Köln.³

Verholfen hatte ihm dazu der Kölner Justizrat Kausen, den er zuvor einige Zeit vertreten hatte. Kausen konnte dazu seine Stellung als Vorsitzender der Zentrumsfraktion im Kölner Stadtrat nutzen. Er war zunächst der Jüngste von zwölf Beigeordneten, rückte aber schon 1909 dank eigener Tüchtigkeit und der Protektion der Zentrumsfraktion wie des Oberbürgermeister Max Wallraf – der einer bekannten Kölner Familie angehörte und zugleich der Onkel von Adenauers erster Frau Emma Weyer war – zum ersten Beigeordneten auf. Damit wurde er zum eigentlichen Chef der Verwaltung, da er sowohl für die Personalpolitik wie für die Steuern und Finanzen der Stadt zuständig war.

² Hans Peter Schwarz, Adenauer, Bd. 1: Der Aufstieg 1876-1952, Stuttgart 1986, S. 101.

³ Ebenda, S. 108.

Der erste Weltkrieg konfrontierte ihn mit einer Überfülle von Aufgaben, denen er sich wie wenige gewachsen zeigte. Seine Tüchtigkeit wurde bald über die Grenzen der Stadt hinaus bekannt. Als ihm 1916 der Posten des Oberbürgermeisters in Aachen angeboten wurde, sagte er mit Rücksicht auf die Chance ab, in der Heimatstadt Köln in absehbarer Zeit die Nachfolge Wallrafs antreten zu können.

Die folgenden zwölf Monate brachten doppeltes Leid – der Tod seiner Frau im Oktober 1916 und ein schwerer Verkehrsunfall, der ihn mehr als ein halbes Jahr außer Gefecht setzte und sein Gesicht so veränderte, dass er von „Übelwollenden als Mongolenkopf bezeichnet“ wurde, hingegen „die ihm Wohlgesonnenen ihn mit dem Antlitz eines Indianerhäuptlings verglichen“.⁴

Da Wallraf im August 1917 zum Staatssekretär des Inneren in der Reichsregierung berufen wurde, rückte Adenauer in dessen Kölner Amt im September 1917 nach. Mit 41 Jahren wurde er zum jüngsten Oberbürgermeister Preußens. Bis 1933 führte er weitgehend unangefochten diese Stadt und baute sie trotz der mit der französischen Besetzung des Rheinlandes verbundenen großen Probleme zu der politisch, wirtschaftlich und kulturell bedeutsamsten Metropole des deutschen Westens aus. Die dabei getätigten Investitionen waren nicht ohne Schulden zu finanzieren. Ende der zwanziger Jahre ließ er eine Oper für 60 Mio. Mark bauen, eine Summe, die den damaligen Außenminister Gustav Stresemann zur Verzweiflung brachte, weil er während der Verhandlungen über den Young-Plan, der die Last der Reparationen erleichtern sollte, den internationalen Verhandlungspartnern beizubringen suchte, wie arm die Deutschen seien. Die Schulden der Stadt Köln spielten bei seiner Absetzung durch das NS-Regime und bei dem sich anschließenden Verfahren wegen angeblicher Verletzung seiner dienstlichen Pflichten eine wichtige Rolle. In den Jahren 1933-35 mußte er sich ohne Versorgungsbezüge mit seiner vielköpfigen Familie durchschlagen, bis sich die Verfahren erledigten und er sich mit der Stadt Köln über Pensionszahlungen arrangieren konnte. Der von den Nationalsozialisten erhobene Vorwurf, er habe in den 20er Jahren mit dem rheinischen Separatismus geliebäugelt, konnte er mit dem Argument abwehren, er habe gemeinsam mit deutschen, belgischen, luxemburgischen und französischen Industriellen versucht, einen westeuropäischen Verbund der Montanindustrien zustandezubringen, um französischen Aktionen wie der Ruhrbesetzung 1923 die antideutsche Stoßrichtung zu nehmen. Da er von der Organen des NS-Regimes weiter unter Beobachtung gehalten wurde, verweigerte er sich auch Bitten, sich an der Widerstandsbewegung, die sich um die Attentäter des 20. Juli 1944 gruppierte, zu beteiligen. Gleichwohl wurde er nach dem 20. Juli 1944 verhaftet, obwohl er sich zu verbergen suchte. Vor der KZ-Haft bewahrte ihn nur die Intervention eines kommunistischen Lagerkapos, der vor 1933 einer der Kölner städtischen Arbeiter war.

Diese kurz skizzierten persönlichen Bedrängungen während der NS-Zeit wie noch mehr die vom Regime verübten Verbrechen machten ihm wie vielen anderen bürgerlichen Politikern deutlich, „dass auch er bei der Einschätzung der Gefährlichkeit Hit-

⁴ Ebenda, S. 169.

lers und seiner Führungsclique einen gravierenden Mangel an Urteilsvermögen bewiesen hatte“.⁵ Noch am 12. Dezember 1932 war er in einem Brief an den Vorsitzenden der Reichstagsfraktion des Zentrums, Ludwig Kaas, der Auffassung, dass, sobald es die politische Lage erlaube, in Preußen eine Regierung des Zentrums zusammen mit den Nationalsozialisten zu bilden sei, damit der dort seit Juli 1932 von der Reichsregierung entsandte Reichskommissar zurückgezogen werden könne. Die Nationalsozialisten sollten zunächst in Preußen zeigen, „ ob sie wirklich in der Lage sind, so hohe Ämter zu versehen“.⁶ Erst danach wäre über die Frage des Eintritts der Nationalsozialisten in die Reichsregierung zu entscheiden. Dieses dann auf andere Weise am 30. Januar 1933 durch die deutschnationale Clique um Hindenburg inszenierte „Zählungskonzept“ hatte sich schon wenige Wochen später völlig erledigt. Wäre dieser Brief in den ersten Nachkriegsjahren bekannt geworden, hätte sein Name auf der von den USA geführten „Weißen Liste“ der Frauen und Männer, mit denen künftig die Demokratie in Deutschland aufgebaut werden sollte, wahrscheinlich nicht so weit oben gestanden.

Kurt Schumacher wurde am 13. Oktober in Culm an der Weichsel, also rund 20 Jahre später als Adenauer im überwiegend polnisch sprechenden Westpreußen als jüngstes Kind des Kaufmanns Carl Schumacher und seiner Ehefrau Gertrud geboren. Die Familie war wohlhabend. Der Vater war Kaufmann und in Culm mehrere Jahre Stadtverordnetenvorsteher – unterstützt nicht nur von den deutschen, sondern auch von den polnischen Mitgliedern dieses Gremiums. Er stand der linksliberalen Freisinnigen Partei nahe. Da der Vater häufig abwesend war, blieb die Erziehung weitgehend in den Händen der Mutter und der drei älteren Schwestern. Das Engagement des Vaters hatte das politische Interesse des jungen Schumachers schon früh geweckt. Der Sechzehnjährige bezahlte von seinem Taschengeld das Abonnement der von Theodor Heuss, dem späteren ersten Präsidenten der Bundesrepublik redigierten linksliberalen Zeitschrift *Der März* sowie das der *Sozialistische Monatshefte*, in denen die Vertreter des rechten Flügels der SPD ihre Beiträge veröffentlichten. Dies war bei Söhnen bürgerlicher Familien durchaus ungewöhnlich.

Mindestens ebenso wichtig für seine geistige und politische Prägung war die Umgebung, in der er aufwuchs. Sie war von sehr divergierenden Verhaltensweisen und Wertehorizonten bestimmt.

Als Protestant und Angehöriger der deutschen Minderheit besuchte er ein katholisches Gymnasium, an dem die polnischen Schüler in der Mehrheit waren. Als er bei Kriegsausbruch 1914 sein Notabitur machte, wurden außer ihm drei deutsche und 17 polnische Abiturienten geprüft. Er beklagte nach 1918 die Wiedergeburt des polnischen Staates nicht, obwohl sie dazu führte, dass seine Familie die Heimatstadt Culm verlassen musste. Vielmehr kritisierte er in den zwanziger Jahren mehrfach die Politik der deutschen Rechten, die ein Ost-Locarno vehement ablehnte. Ebenso bedeutsam für den jungen Schumacher war, dass es zwischen der deutschen und der jüdischen Minderheit

⁵ Ebenda, S. 339.

⁶ Ebenda, S. 338.

sehr viel weniger Gegensätze gab, als zwischen Polen und Juden. Die Kinder der Familie Schumacher hatten jüdische Freunde. Auch später zählten Juden zum Kreis der Freunde und Mitarbeiter Kurt Schumachers. Die Sicherheit und das Wohlergehen, in dem Schumacher aufwuchs, wurden durch den ersten Weltkrieg jäh unterbrochen. Wie eine große Zahl seiner Generationsgenossen meldete er sich in den ersten Augusttagen 1914 als Kriegsfreiwilliger. Die Verhältnisse in Russisch-Polen, dessen Grenze nur 30 km von Culm entfernt war, hatten viel zu der Überzeugung beigetragen, dass es bei dem Krieg um die Verteidigung westlicher Werte gegenüber dem russischen Despotismus ging, der politische, religiöse und ethnische Minderheiten unterdrückte.

Vier Monate später war der knapp Neunzehnjährige durch eine russische Granate zum Kriegskrüppel geworden. Sein Leben verdankte er nur der schnellen Totalamputation des Arms. Zahlreiche Granatsplitter konnten trotz einjährigem Lazarettaufenthaltes nicht mehr aus dem übrigen Körper entfernt werden. Künftig keinen Tag mehr „ohne Schmerzen“⁷ und Kreislaufbeschwerden zu leben, verstärkten vorhandene Neigungen zur Schroftheit und zum Sarkasmus in der Auseinandersetzung mit der Umwelt. In wenigen Monaten hatte sich sein Leben existentiell verändert – eine Erfahrung, die er bald mit Millionen Generationsgenossen teilte und die dem zwanzig Jahre älteren Adenauer und den Meisten aus dessen Generation erspart blieb. Schumacher begann Ende 1915 das Studium der Rechte und der Staatswissenschaften, das er 1918 mit dem ersten juristischen Staatsexamen abschloß. Anfang 1918 trat er der SPD bei – also zu einem Zeitpunkt, wo der Verdacht Konjunkturritter zu sein, noch nicht aufkommen konnte. Während der ersten Wochen der Novemberrevolution 1918 half er, einen Großteil der Berliner Soldatenräte auf die Seite der Mehrheitssozialdemokraten um Friedrich Ebert und Philipp Scheidemann zu bringen. In der Zeit danach fertigte er eine Doktorarbeit mit dem selbstgewählten Thema *Der Kampf um den Staatsgedanken der deutschen Sozialdemokratie* an – eine Auseinandersetzung mit zentralen Theoremen von Lassalle und Marx, wobei er deutlich denen des ersteren zuneigte. Weil ihm die 1920 aufgenommene Tätigkeit als wissenschaftliche Hilfskraft im Reichsarbeitsministerium nicht zusagte, nahm er Ende 1920 das ihm von der württembergischen SPD-Führung offerierte Angebot an, politischer Redakteur der *Schwäbischen Tag wacht* in Stuttgart, eine der wichtigsten SPD-Zeitungen Süddeutschlands zu werden. Sein politischer Aufstieg dort – gekennzeichnet durch harte Kämpfe um die Sicherung der Weimarer Republik gegen die Kommunisten und die nationalsozialistische Rechte –, führte ihn 1924 in den württembergischen Landtag und 1930 in den Reichstag. Im Februar 1932 schleuderte er der NS-Fraktion im Reichstag, deren Sprecher Joseph Goebbels, obwohl selbst ungedient, zuvor die SPD als „Partei der Deserteure“ beschimpft hatte, die Sätze entgegen: „Das deutsche Volk wird Jahrzehnte brauchen, um wieder moralisch und intellektuell von den Wunden zu gesunden, die ihm diese Art von Agitation geschlagen hat ... Die ganze nationalsozialistische Agitation ist ein dauernder Appell an den inneren Schweinehund im Menschen“. Darauf: „Tosender Lärm im ganzen Haus, Bravorufe und Pfuirufe. Ordnungsruf für Schumacher“. Der fuhr fort: „Wenn wir etwas beim Nationalsozialismus anerkennen,

⁷ Vgl. Volker Schober, *Der junge Kurt Schumacher 1895-1933*, Bonn 2000, S. 339.

dann ist es die Tatsache, daß ihm zum erstenmal in der Politik die Mobilisierung der menschlichen Dummheit gelungen ist“.⁸

Mit dieser Rede, einer der schärfsten Attacken gegen die Nationalsozialisten in den Jahren vor 1933 hatte er sich deren andauernden Haß zugezogen. Nach deren Machtergreifung zog er der Emigration die illegale Weiterarbeit vor. Anfang Juli 1933 wurde er verhaftet und in das südwürttembergische KZ Heuberg gebracht. Weitere Stationen waren das KZ Kuhberg bei Ulm und ab 1935 das KZ Dachau. Erneuten Schikanen durch sinnlose Arbeit dort begegnete er mit einem vierwöchigen Hungerstreik. Von einem dadurch ausgelösten schweren Magenleiden nur teilweise genesen, konnte er fortan in der Verwaltung der kleinen Lagerbibliothek arbeiten. Vielen neuankommenden Häftlingen, gerade auch jüdischer Herkunft wie Benedikt Kautsky, konnte er als eine Art KZ-Veteran Mut zusprechen und ihnen so aus der Lagerpsychose heraushelfen. Nach fast zehn Jahren – Mitte März 1943 – wurde er zunächst entlassen. Er wog bei 1,80 m Körpergröße noch 42 Kilo. Geistig und seelisch ungebrochen überstand er auch die erneute Haft im KZ Neugamme, in das er nach dem 20. Juli 1944 bis Ende September 1944 eingeliefert worden war. Da es im Frühjahr 1945 in verschiedenen Städten Befehle gab, beim Herannahen alliierter Truppen bekannte Nazigegner zu erschießen, wurde er vom Aufseher der Fabrik in Hannover, in der er Arbeit gefunden hatte, versteckt.

Aus dieser Lage wie Tausende seiner noch im KZ befindlichen Leidensgenossen von den Alliierten befreit, erschien es hernach deren Vertretern in den Militärregierungen oft als ein Stück Undankbarkeit, dass viele der Befreiten, an ihrer Spitze Kurt Schumacher, vom ersten Tag an zu den hartnäckigen Anwälten deutscher Interessen und damit häufig auch zu ihren Widersachern gehörten.

II. EINSCHÄTZUNG DER VERGANGENHEIT DURCH SCHUMACHER UND ADENAUER

1. Schumachers Interpretation der Ursachen der deutschen Katastrophe

Schumacher hatte sich schon am 6. Mai 1945, also zwei Tage vor der offiziellen Kapitulation Hitlerdeutschlands, vor sozialdemokratischen Funktionären in Hannover zu der Genese von NS-Diktatur und zweiten Weltkrieg geäußert. Im „Bündnis der Schwer- und Rüstungsindustrie und überhaupt des gesamten modernen Finanzkapitals mit den Kräften des preußisch-deutschen Militarismus“ sah er die spezifische Eigenschaft des spätestens seit Wilhelm II. sich ausformenden deutschen Imperialismus, der schon am ersten Weltkrieg einen höheren Grad an Schuld trage als imperialistische Kräfte anderer Länder.

Unbestritten war für ihn „die Alleinschuld der Nazis und der hinter ihnen stehenden Wirtschaftskräfte an dem großen, jetzt ausklingendem Weltvernichtungskrieg“, weil

⁸ Vgl. Protokolle der Verhandlungen des Reichstags, 457. Sitzung vom 23. Februar 1932, S. 2254f.

der deutsche Imperialismus im Unterschied zu anderen parallelen Erscheinungen „von vornherein mit den Mitteln brutalster Machtandrohung“ aufgetreten sei und erneut die „Verständigungsmöglichkeiten mit den europäischen Großmächten“ zerstört habe.⁹ Im Unterschied zu den angelsächsischen und den kontinentalen westeuropäischen Demokratien, wo für Kapitalismus und Demokratie eine Lebensform des Nebeneinander gefunden“ worden sei, hätten die besitzende Kreise in Deutschland „ihren Klassenkampf zugunsten des Geldsacks dann auch alles andere und zum Schluß ihr Vaterland geopfert“.¹⁰

Schumacher analysierte danach die Anfälligkeit einzelner sozialer Großgruppen gegenüber dem Nationalsozialismus: Das Bauerntum sei in Deutschland als dem einzigen Land der Welt nicht demokratisch gewesen. Der große Grundbesitz habe es immer wieder verstanden durch den Appell an die monarchische Idee, durch die Nutzung des Militärs und durch die Hetze gegen die Arbeiter die kleinen und mittleren Bauern auf das Kampffeld für Bestrebungen zu zerren, die im Grunde ihrer Interessen zuwiderliefen. Noch eklatanter war aus seiner Sicht das Beispiel des alten und des neuen Mittelstandes für die These, dass eindringlich betriebene Propaganda „zum Handeln gegen das eigene Klasseninteresse“ veranlassen könne. Handel und Gewerbe sowie die Besitzer kleiner Fabriken seien durch die Kartelle, Trusts und die Konzentration des Kapitals in schwere Bedrängnis geraten und zum Teil enteignet worden, hätten sich aber durch den Großbesitz, der sie herabgedrückt habe, „politisch ins Feuer“ führen lassen und für ihre soziale Deklassierung aber die Organisationen und Ziele der Arbeiter verantwortlich gemacht. Auf ähnliche Weise habe der neue Mittelstand der zahlenmäßig außerordentlich angestiegenen Angestellten in Handel und Industrie das „Grundsätzliche in seinem Arbeitnehmerverhältnis vollständig übersehen“. Am eindeutigsten war für ihn diese verführernde Beeinflussung bei den Beamten gewesen. So sei die Einrichtung des Reserveoffiziers immer mehr „ein Instrument zur reaktionären Verbindung der Träger dieses Titels“¹¹ geworden.

Gewisse Widersprüche bei der Analyse, die in vielerlei Weise an seine Erfahrungen in der Weimarer Zeit, besonders in den Jahren der Weltwirtschaftskrise anknüpfte, konnten schon angesichts des Zeitpunkts – die letzten Kriegstage – nicht ausbleiben. Wenn er z. B. „die Nazis als Knechte des Großkapitals“¹² ausgab, dann stand dies im Widerspruch zu seiner nachfolgenden These, seit 1933 sei Deutschland „ein Stück Beute für eine Horde von verkrachten Existenzen, von Verbrechern und Abenteurern“ geworden, wobei die Hauptakteure „raffiniert eine riesige Zahl kleinerer Kumpane in ihre Schuld verstrickt“¹³ hätten.

⁹ Kurt Schumacher, Reden-Schriften-Korrespondenzen 1945-1952, hg. von Willy Albrecht, Berlin-Bonn 1985, S. 204/205.

¹⁰ Ebenda, S. 206.

¹¹ Ebenda, S. 207.

¹² Ebenda, S. 208.

¹³ Ebenda, S. 213.

In seinen Augen war deshalb die Klärung der Schuldfrage „für die innere Aufbauarbeit wie auch für die Aussöhnung der Welt mit den Deutschen ... von großer Bedeutung“.¹⁴

Die Ursachen für den zu geringen Widerstand, der dem NS-Regime entgegengesetzt worden sei, sah er im alles durchdringenden Spitzel- und Denunziantenunwesen, im Betrieb, im Haus und – in der Familie. Er habe hinter Stacheldraht mit Leuten zusammengesessen, die die Opfer der Zerstörungen aller menschlicher Bande durch das Dritte Reich gewesen seien. Da habe es Väter gegeben, die durch ihre Söhne, sowie viele Ehemänner, die durch ihre Frauen ins KZ gebracht worden seien. Die Familie sei die „große Geisel in den Händen der Gestapo“ gewesen – „die ungeschriebene Reichsverfassung der Deutschen“, was für einen freien Menschen in einer freien Welt schwerlich völlig zu begreifen sei.

Die ewige Entschuldigung vieler Deutscher – „das habe ich nicht gewusst“ – war für ihn gleichwohl „ohne moralischen und politischen Wert“. Sie hätten von den KZ's so viel gewusst, um eine „heillose Angst“ – eine Hauptstütze des Systems – davor zu haben: „Vor allem haben sie mit eignen Augen gesehen, wie bestialisch gemein man die Juden gepeinigt, beraubt und verjagt hat“ ... Die Mitschuld großer Volksteile an der Blutherrschaft der Nazis liegt in ihrem Diktatur- und Gewaltglauben! ... Weil die Deutschen sich ihre Kontrolle über ihre Regierung habe entziehen lassen, deswegen kontrollieren uns heute andere. Diese Einsicht ist die Voraussetzung der geistigen und moralischen Umkehr“.¹⁵

Auch wenn er anerkannte, dass auch andere „Gruppen der Nazifeinde“ ihre „Verlustliste“ aufzuweisen hätten, so sah er doch in dem demokratischen Sozialisten“ die eigentlichen Gegenspieler des Nazitums“ – nicht nur weil das „Gros der sozialdemokratischen Arbeiter“ dessen „Verlockungen“ widerstanden habe, sondern weil die „schweren Opfer in unserem Kampf gegen die Nazis und ihre Gönner nicht erst 1933 begonnen, sondern schon vorher unser Ringen begleitet haben“.¹⁶

Damit erhob Schumacher für die SPD einen moralisch begründeten Führungsanspruch beim „Neubau“ der Demokratie in Deutschland.

Es ist nicht erstaunlich, dass dieser Anspruch in Frage gestellt wurde – nicht nur im Osten, wo die Moskauer Exilführung der KPD schon wenige Tage vor Schumachers Rede mit Hilfe der sowjetischen Besatzungsmacht in deren Zone Schlüsselpositionen besetzt hatte, sondern auch im Westen. Die an verschiedenen Orten und anfangs unter verschiedenen Bezeichnungen auftretende Sammelpartei der Christdemokraten erhob den Anspruch, den Jahrhunderte alten konfessionellen Gegensatz zumindest im politischen Raum zu überwinden.

2. Adenauers Interpretation der Ursachen der deutschen Katastrophe

Adenauer war im Unterschied zu Schumacher in den ersten Monaten nicht die zentrale Gründungsfigur dieser neuen Parteiformation. Zunächst wurde er durch seine Tätig-

¹⁴ Ebenda, S. 215.

¹⁵ Ebenda, S. 217.

¹⁶ Ebenda, S. 216.

keit als Oberbürgermeister von Köln absorbiert. Nach seiner Absetzung Anfang Oktober 1945 durch die Briten wurde ihm ein bis in den Dezember dauerndes Verbot auferlegt, sich politisch zu betätigen. Anfangs zögerte er auch, weil ihm nicht klar war, wie mit dem wiedergegründeten Zentrum, seiner ehemaligen Partei, zu verfahren sei.

Als Mitte Dezember 1945 die erste zonenübergreifende „Reichstagung“ der Christdemokraten in Bad Godesberg stattfand und sich die Gefahr abzeichnete, dass die unter sowjetischem Druck stehende Berliner CDU – deren Vorsitzender Andreas Hermes durfte an der Godesberger Tagung nicht teilnehmen – sich auf die Westzonen ausdehnen würde, ergriff Adenauer die Initiative. Im Januar 1946 ließ er sich aber zum vorläufigen Vorsitzenden des Ausschusses der CDU in der Britischen Zone wählen – eine Wahl, die Anfang März 1946 bestätigt wurde. Zwischendurch hatte er sich auch zum Vorsitzenden des CDU-Landesverbandes Rheinland wählen lassen. In dieser Funktion hielt er auch im März 1946 seine erste Grundsatzrede vor viertausend Zuhörern in der Aula der halb zerstörten Kölner Universität.

Er verdamnte dort zwar den Nationalsozialismus, erwähnte aber neben den von den Deutschen geleisteten „Wunder an Tapferkeit und Treue“, die von demselben Volk begangenen „Verbrechen über Verbrechen größten Ausmaßes“.¹⁷ Er bekannte offen, daß er sich seit 1933 oft „in tiefster Seele geschämt habe, ein Deutscher zu sein“. Vielleicht wußte ich mehr als andere von den Schandtaten ... Aber jetzt bin ich wieder Stolz darauf, ein Deutscher zu sein“. Weshalb? Er bewunderte den „Starkmut“, mit dem das deutsche Volk sein Schicksal trage. Bei der Analyse, wie der Nationalsozialismus zur Macht gekommen war, verlangte er „kein Schuldbekentnis“, wohl aber eine „Gewissenserforschung“, um für den Wiederaufstieg den richtigen Weg zu finden.

Den „Bonzen“, den „hohen Militärs“ oder den „Großindustriellen“ rechnete er zwar „ein volles Maß an Schuld“ zu. Hier scheint es eine gewisse Parallele zu Schumachers Einschätzung zu geben. Aber dies geschah eher beiläufig. Vielmehr wäre Hitler ohne eine weitverbreitete Geisteshaltung in großen Schichten der Bevölkerung nicht an die Macht gekommen. Woraus bestand diese? Das deutsche Volk habe über Jahrzehnte hinweg „den Staat zum Götzen gemacht. Die Einzelperson, ihre Würde und ihren Wert hat es diesem Götzen geopfert“. Ideengeschichtliche Gründe dieser „Staatsomnipotenz“, besonders der preußischen Staatsauffassung sowie Wirkungen des darin verankerten Militarismus wurden kurz erwähnt. Auch hier gibt es eine gewisse Übereinstimmung mit Schumachers Analyse. Danach kam er auf den Prozeß der Verstärkung und den damit angeblich zusammenhängenden „Materialismus“ zu sprechen – als wenn dieser in der vorindustriellen Epoche in den Dörfern und Kleinstädten auch nur eine Spur geringer gewesen wäre. Angesichts der periodisch auftretenden Agrarkrisen mit deren existentiellen Folgen war eher das Gegenteil der Fall. Aber der „Materialismus“-Begriff diente bei ihm vor allem als Brücke zu Idee des Klassenkampfes, den er sogleich in eine innere Verbindung zu Rassismus, Nationalismus und Marxismus brachte: „Der Nationalismus hat den stärksten geistigen Widerstand gefunden in denjenigen katholischen und evangeli-

¹⁷ Zit. nach H. P. Schwarz, a.a.O., S. 513 ff.

schen Teilen Deutschlands, die am wenigsten der Lehre von Karl Marx, dem Sozialismus, verfallen waren! Das steht absolut fest!“¹⁸

Gewiß, die katholischen Wähler waren bis 1933 dem Zentrum mehrheitlich treu geblieben. Dessen politische Schwesterpartei, die Bayrische Volkspartei, hatte aber schon 1925 den deutsch-nationalen Kandidaten Hindenburg zur Wahl empfohlen und so die Wahl des von der SPD unterstützten Zentrums kandidaten Wilhelm Marx zum Reichspräsidenten verhindert. Angesichts der Machtfülle dieses Amtes war auch dies ein Nagel zum Sarg der Weimarer Republik.

Neben der Verquickung von Rassismus, Nationalismus und Marxismus war Adenauers Befund über das Wahlverhalten der evangelischen Wähler falsch. Bei den bäuerlichen, kleinbürgerlichen und bürgerlichen Wählern im evangelischen Volksteil hatte die NSDAP zwischen 1930 und 1933 die größten Wahlerfolge. Die mehrheitlich schon kirchenfernen Arbeiter und kleinen Angestellten wählten relativ stabil SPD und KPD, wobei die letztere Partei meist auf Kosten der Ersteren Stimmen hinzugewann.

Es bekümmerte Adenauer wenig, daß er mit der historischen Wahrheit teilweise sorglos umging. Ihm kam es darauf an, die noch fragile politische Einheit von Katholiken und Protestanten zu befestigen und sich auf einen neuen „Feind“ einzuschwören: Auf Kurt Schumacher und die SPD, die er zu Recht für die wichtigste Konkurrentin um die politische Macht im deutschen Westen hielt. In seiner Sprache unterschied er dabei nicht subtil zwischen „Gegner“ und „Feind“. Die SPD sei, so hieß es in seiner Kölner Rede, wenn nicht „christenfeindlich“, so doch auch nicht „christenfreundlich“. Schumacher agitiere mit Propagandamethoden, wie sie eben hinter ihnen lägen. Aus den Verlautbarungen der SPD spreche der „alte preußische Geist“. Überhaupt weise Deutschland eines der „unchristlichsten Völker“ Europas auf. Schon vor 1933 habe er immer das Gefühl gehabt, „in Berlin in einer heidnischen Stadt zu sein“.¹⁹

Neben Analyse und Polemik kam der werbende Teil nicht zu kurz: Die CDU wolle die Grundsätze des christlichen Naturrechts wiederherstellen, in deren Mittelpunkt die einzigartige Würde der Person, der unersetzliche Wert des Menschen stehe. Daraus leiteten sich die Grundsätze der Erziehung, der Demokratie und der Wirtschaft ab. Er übergang dabei, daß die Forderung der CDU nach der Konfessionsschule, die die neugefundene überkonfessionelle Einheit der Partei konterkarierte. Lieber verwies er auf seine seit den zwanziger Jahren verfolgte Konzeption einer „organischen Verflechtung der französischen, der belgischen und der deutschen Wirtschaft zur Sicherung eines dauerhaften Friedens ...“. Danach folgte eine suggestive Idee: Ein halbes Jahr vor der Züricher Rede von Winston Churchill forderte Adenauer die „Vereinigten Staaten von Europa unter Einschluß Deutschlands“ als beste und dauerhafte Sicherung der westlichen Nachbarn Deutschlands. Die Idee war nicht völlig neu: Schon Victor Hugo hatte Mitte des 19. Jahrhunderts eine solche Forderung erhoben und die SPD hatte sie 1925 in ihr in Heidelberg verabschiedetes Programm geschrieben. Aber was zwanzig Jahre zuvor noch als Utopie

¹⁸ Ebenda, S. 514.

¹⁹ Ebenda, S. 515.

erschien, war nicht nur in Adenauers Sicht, sondern auch in den Augen vieler, die sich außerhalb Deutschlands im Widerstand gegen die deutsche Besetzung engagiert hatte, zu einer konkreten d. h. auch realisierbaren Vorstellung geworden.

III. DIE BEZIEHUNGEN VON ADENAUER UND SCHUMACHER ZU DEN BESATZUNGSMÄCHTEN

1. Adenauer

Abgesehen von der sowjetischen Politik, für die die Kontrolle der sowjetischen Besatzungszone eine Art Schlussstein ihrer Hegemonie über das östliche Mitteleuropa darstellte, hatte die französische Besatzungsmacht ab 1944/45 noch die konkreteste Politik, wie sie ihr durch die Gnade der angelsächsischen Mächte ihnen zugewiesene Gebiet im Südwesten und Westen Deutschlands zu sichern hatte. Sie zielte anfangs darauf ab, die Rheinlinie – ein altes Ziel spätestens seit Richelieu, erstmals zwischen 1794 und 1814 verwirklicht – oder zumindest die Kontrolle über das Rheinland und möglichst auch über das Ruhrgebiet in Form eines Satellitenstaates zu gewinnen, der allenfalls lose mit dem übrigen deutschen Staatenbund verkoppelt sein sollte. Der französische Ministerpräsident de Gaulle besuchte im September 1945 das Rheinland, um für diese Orientierung an Frankreich zu werben. In jenen Wochen des September und Oktober 1945 hatte Adenauer „ungeniert und recht schwungvoll ein Techtelmechtel mit gaullistischen Offizieren begonnen ... - eine Riesendummheit, wenn man das ohnehin schon große Mißtrauen der Briten ihm gegenüber in Rechnung stellt!“. So das Urteil seines Biographen Hans Peter Schwarz.²⁰ Bei diesem insgesamt sechs Gesprächen mit den gaullistischen Offizieren, von denen ihn einige für die wichtigste Persönlichkeit Westdeutschlands hielten, lehnte Adenauer den Separatismus als das „allerungeeignetste Mittel“ zur „Befriedung Westeuropas“ ausdrücklich ab. Er bevorzugte das Konzept eines Föderalismus „kleiner deutscher Staaten“ zu dem ein Rheinland gehören sollte, das neben dem Ruhrgebiet, das Siegerland und die landwirtschaftlichen Gebiete des Münsterlandes umfassen sollte. Dieser Staat würde seine wirtschaftlichen und kulturellen Aktivitäten Frankreich zuwenden.²¹ Dieses Konzept konvergierte ein Stück weit mit dem von Paris anfangs verfolgten Minimalziel.

Bei seinem ersten Gespräch mit einem westlichen Vertreter, einem amerikanischen Offizier, Ende März 1945 hatte er noch großräumiger gedacht. Er sprach sich dort für einen Bundesstaat bestehend aus Österreich (!), den Überresten Preußens, Westdeutschlands und Süddeutschlands aus: Wenn man Preußen nur zu einem der vier Staaten machte, könnte sich der „wesentlich nicht-deutsche, preußische Einfluß“ neutralisieren lassen. Seit Sommer 1945 war er mehr und mehr davon überzeugt, dass dieses Restpreußen östlich der Elbe für lange Zeit zum sowjetischen Einflussbereich gehöre würde. Im

²⁰ Ebenda, S. 463/64.

²¹ Ebenda, S. 457.

Juli 1945 – also viele Monate vor Churchill – sprach er schon vom „Eisernen Vorhang“, den Russland nach Westen hin heruntergelassen habe.

Zweifellos spielte Adenauer auch auf der Klaviatur der antipreußischen Phobien seiner alliierten Gesprächspartner. Bei den Briten führte diese Phobie aber nicht zum Verzicht auf ihr klassisches Gleichgewichtdenken: Ein kontinentales Europa ohne einen lebensfähigen deutschen Staat würde angesichts der französischen Schwäche bald zur Beute der Sowjetunion werden. Jedenfalls trug das „Techtelmechtel“ Adenauers mit den gaullistischen Offizieren zu seiner Absetzung als Kölner Oberbürgermeister und zum zeitweiligen Verbot der politischen Betätigung bei.

Kurzfristig auf die französische Politik zu setzen war – was auch Adenauer nicht entging – mehr als heikel. Angesichts des notwendigen Wiederaufbaus im Nordwesten Frankreichs sowie des kostspieligen Kolonialkriegs in Indochina war Paris vor allem an der Ausbeutung der Ressourcen sowohl des Saargebiets wie der französischen Zone interessiert. Auf diese Weise verscherzte sich die hinter einem „seidenen Vorhang“ agierende französische Besatzungspolitik viele Sympathien in Deutschland. Während Adenauer aus seiner Enttäuschung über diese Politik intern keinen Hehl machte, blieb seine öffentliche Kritik verhalten. Umso deutlicher wurde sie gegenüber der britischen Politik der Demontagen in deren Besatzungszone. Gab es anfangs daran im seit 1946 amtierenden Beirat der Britischen Zone noch eine übereinstimmende Kritik Adenauers und Schumachers, versuchte der erste bald die SPD als britische Regierungspartei, als eine Art „Quisling-Regierung“ zu denunzieren, obwohl Schumacher eher noch schärfer die Demontagen jener Betriebe kritisierte, die nicht wegen einer etwaigen künftigen Rüstungsproduktion, sondern – wie der britische Außenminister Bevin im Unterhaus freimütig zugab – aus Konkurrenzgründen demontiert wurden.

2. Schumachers Beziehungen zu den Besatzungsmächten

Adenauers Polemik zielte damit auf eines der Dilemmata, mit denen Schumachers Politik konfrontiert war. In dessen programmatischen Aufruf vom August 1945, der zugleich den Führungsanspruch seiner Partei unterstrich, hieß es „Die Sozialdemokratische Partei richtet sich nach den politischen und sozialen Notwendigkeiten der deutschen arbeitenden Menschen. Sie ist nicht russisch und nicht britisch, nicht französisch und nicht amerikanisch, sondern die Vertretung des neuen Deutschland. Das sagt die Sozialdemokratie als bewußt internationale Partei“.²² Schumacher berief sich dabei auf die Ideale der Französischen Revolution und auf den führenden französischen Sozialistenführer Jean Jaurès, der Ende Juli 1914 von einem nationalistischen Fanatiker wegen seiner Aufrufe zum Frieden erschossen worden war.

Die Idee der politischen und sozialökonomischen Selbstbestimmung nach innen und außen war der Kerngedanke, den Schumacher in den folgenden Jahren gegen alle Widerstände durchzusetzen versuchte.

²² Turmwächter der Demokratie, Bd. 2, S. 33,

Obwohl er schon in seinen frühen Richtlinien für die Vertrauensleute der SPD vor einer spezifisch antirussischen Politik warnte – ohne Zustimmung Moskaus war eine künftige deutsche Einheit nicht möglich –, lehnte er von Anfang an eine Verschmelzung der SPD mit der KPD ab. Er riet dem Vorsitzenden der Ost-SPD, Otto Grothwohl, bei einem Treffen am Rande der ersten Reichskonferenz der SPD in Wenningsen bei Hannover im Oktober 1945 bei einem sich verschärfenden Kurs Moskaus in Richtung auf die Verschmelzung lieber die SPD aufzulösen, als nachzugeben. Kein Wunder, daß er, als er sich in den folgenden Monaten gegen die Zwangsverschmelzung auch öffentlich erklärte, von Moskau und dessen deutschen Trabanten zum Hauptfeind erklärt wurde.

Während es Schumacher nach Osten hin um die Abwehr totalitärer Fremdbestimmung ging, war er im Westen, besonders in Frankreich, das oft als Sprecher der anderen ehemals besetzten Länder Westeuropas auftrat, mit der dort weitverbreitenden Überzeugung von der Kollektivschuld der Deutschen konfrontiert, die anfangs auch das Handeln der dortigen Politiker mitprägte. Durch diese These von der Kollektivschuld fühlte er sich nicht nur persönlich gekränkt, erschien doch schon sein Schicksal und seine körperliche Erscheinung als eine fleischgewordene Widerlegung dieser These. Er warf den Alliierten vor, daß der ganze individuelle Prozeß der „Einkehr und Umkehr“ durch die „Barbarei der Kollektivschuld“ unmöglich gemacht worden sei, die obendrein die „wirklich Schuldigen“ geschützt habe.²³

Es war nicht erstaunlich, daß er den „Appeasement“-Befürwortern in den dreißiger Jahren mit Sarkasmus begegnete. So stellte Schumacher auf der Internationalen Sozialistenkonferenz im Juni 1947 in Zürich fest: „Wir waren schon sechs Jahre allein in Konzentrationslagern, ehe eure freundlichen Gastbesuche kamen, die durch den Hitlerkrieg hervorgerufen waren“.²⁴

Unüberhörbar schwang in solchen Äußerungen der an den Westen gerichtete Vorwurf mit: Ihr habt nicht auf unsere Warnungen gehört – auch nicht auf die der sozialdemokratischen Emigranten nach 1933 –, daß Hitlers Machtergreifung Krieg bedeutet! Stattdessen habt ihr ihm Zugeständnisse gemacht, die ihr der Weimarer Demokratie vorenthalten hattet. Die Tatsache, daß er so den Ursachen-Wirkungszusammenhang ein erhebliches Stück weit umdrehte, trug auch zur Entfremdung zwischen der von ihm geführten SPD und den französischen, belgischen und niederländischen Sozialisten bei.

Umso mehr war Schumacher auf die angelsächsischen Mächte verwiesen. Er sprach von ihnen als den „großen Weltdemokratien“. Dabei schloss er die USA ausdrücklich ein, auch wenn diese zur Machtzentrale der kapitalistischen Welt geworden war und in den ersten Jahren nach 1945 rund fünfzig Prozent der Wirtschaftsleistung der damaligen Welt produzierte. Er hoffte darauf, daß die vor allem auf der Seite der Demokraten vorhandenen Kräfte des „New Deal“, besonders die Gewerkschaften, die öffentliche Meinung und die Intellektuellen, die Auswüchse des kapitalistischen Systems in Schach hal-

²³ So in seiner vor dem Düsseldorfer SPD-Parteitag am 14. September 1948 verlesenen Grundsatzrede (Sch. litt an den Folgen der Verletzungen aus Krieg und KZ), vgl. Protokoll des SPD-Parteitags 1948, S. 26f.

²⁴ Turmwächter der Demokratie, Bd. 2, S. 215.

ten würden. Diesen Eindruck hatte er auf seiner sechswöchigen Reise in die USA auf Einladung der amerikanischen Gewerkschaften (AFL) im September und Oktober 1947 gewonnen. Es war der erste Besuch eines hochrangigen deutschen Politikers in den USA nach 1945. Die Einbeziehung der drei Westzonen in die Hilfen des Marshall-Plans war in seinen Augen überdies die eine wichtige Voraussetzung dafür, daß Westdeutschland sich in politischer und sozialökonomischer Hinsicht zum Magneten für den anderen Teil Deutschlands entwickeln konnte.

IV. DIE KONZEPTE FÜR DEN NEUBAU BZW. WIEDERAUFBAU

Eine zweite Voraussetzung war aus seiner Sicht, daß die seit 1947 auf Landesebene überall bestehenden Parlamente und die von ihnen getragenen Regierungen sowie der seit Sommer 1947 aus den Parlamenten der Britischen und Amerikanischen Zone gebildete Wirtschaftsrat – die Vertreter aus der Französischen Zone konnten erst Anfang 1949 beitreten – so früh wie möglich neben den politisch-institutionellen Gestaltungschancen auch das ökonomische Selbstbestimmungsrecht erhielten. Denn nur auf diese Weise glaubte er, die als Gleichgewicht der Lebenschancen und der tendenziellen Angleichungen der Lebensverhältnisse verstandene Demokratie auf deutschem Boden sozial verankern zu können. Und nur so glaubte er die als Autonomie nach innen und Handlungsfähigkeit nach außen verstandene politische Demokratie gegenüber dem „Neonationalismus der Kommunisten“ und dem „alten Nationalismus der Besitzbürger“²⁵ legitimieren und sichern zu können.

Diese Wirtschaft und Gesellschaft umfassende Konzeption des demokratischen Neubaus enthielt als Grundelemente eine zentrale wirtschaftliche Rahmenplanung, die gemeinwirtschaftliche Organisation der Grundstoff- und Schlüsselindustrien sowie der Banken und Versicherungen. Während in dieser Hinsicht die Sozialisierungspolitik der Labour-Regierung, deren Funktionsfähigkeit er bei seinem England-Besuch im Dezember 1946 aus der Nähe betrachten konnte, eine Art Modell darstellte, ging die Forderung nach Mitbestimmung der Arbeitnehmer auf gewerkschaftliche Konzepte zur Demokratisierung der Wirtschaft in der Weimarer Republik zurück. Eine kapitalistische Eigentumsordnung für Deutschland kam für ihn aus dreierlei Gründen nicht mehr in Frage: Erstens hatte die Klasse des kapitalistischen Großbesitzes durch ihre Unterstützung Hitlers ihren politischen Bankrott manifestiert. Zweitens erlaubte das, was den Deutschen als Produktionskapazität noch geblieben war, keine erneute Privatisierung der Gewinne und Sozialisierung der Verluste. Drittens beleidigte diese krasse Ungleichheit in der Verteilung der Ergebnisse der Wirtschaft das Gerechtigkeitsgefühl. Dieser ethische Aspekt war für ihn langfristig der wichtigste Grund, den jeder Sozialismus war für ihn ethischer Sozialismus.

²⁵ Ebenda, S. 134.

Diese idealistische Sicht auf die Welt der materiellen Tatsachen und Interessen war durchaus zweckmäßig, um die traditionellen Schichten der industriellen Arbeitnehmer zu mobilisieren. Anders verhielt es sich mit der Millionenschar der Flüchtlinge und Vertriebenen, deren aktuelle Notsituation sie zwar in eine Art „proletarischen“ Status versetzt hatte, aber deren bürgerlich und bäuerlich geprägte Mentalität mehrheitlich seit Generationen von der Idee des privaten Eigentums beherrscht war. Neben dieser mentalen Sperre, die sich bei der ersten Bundestagswahl 1949 zugunsten der bürgerlichen Parteien viel deutlicher abzeichnete als bei den vorausgegangenen Landtagswahlen, waren die politischen Grenzen, die vor allem die amerikanische Besatzungsmacht dem Schumacher'schen Gesamtkonzept gezogen hatte, schon früher deutlich geworden.

Nachdem die amerikanische Militärverwaltung schon die in Hessen in einem Volksentscheid im November 1946 mit großer Mehrheit beschlossene Sozialisierung der Grundstoffindustrien mit dem Hinweis, solche Entscheidungen blieben einer künftigen nationalen Ebene vorbehalten, auf die lange Bank geschoben hatte, war entsprechenden Entscheidungen der Landtage von Schleswig-Holstein und von Nordrhein-Westfalen im Jahr darauf ein ähnliches Schicksal beschieden. Schumacher hatte die britischen Einflußmöglichkeiten überschätzt. Die Briten waren inzwischen von den USA finanziell abhängig geworden. Sie mußten auch der Einigkeit der Westalliierten Tribut zollen, die angesichts der sowjetischen Blockade Westberlins ab Juni 1948 immer dringlicher geworden war. Deshalb willigten sie in die Beteiligung Frankreichs an der internationalen Kontrolle der Montanindustrie an Rhein und Ruhr ein. Da die französischen Sozialisten diesem „Ruhrstatut“ im Frühjahr 1949 zugestimmt hatten, führte dies zu einer Kontroverse mit führenden französischen Sozialisten wie Léon Blum, der der SPD die Frage gestellt hatte, was sie von der internationalen Zusammenarbeit halte.

Schumacher antwortete, Léon Blum habe mit Recht auf die große moralische und politische Leistung der französischen Sozialisten hingewiesen, die zweimal gegen die Stimmen des eigenen Volkes (nach 1918 und nach 1945) für eine vernünftige und menschliche Beurteilung der Deutschen gekämpft hätten. Das dankbar anzuerkennen, habe das deutsche Volk allen Grund. „Aber“, so heißt es wörtlich, „man kann nicht das Ruhrgebiet damit in Parallele bringen. In dem Deutschland von heute ist das Ruhrgebiet das letzte Stück industriellen nationalen Vermögens, nachdem Oberschlesien, die sowjetischen Aktiengesellschaften in Mitteldeutschland und die Saar der Mitbestimmung und der Mitnutznießung der Deutschen entzogen sind“.²⁶

Nicht nur in dieser Kontroverse wurden Schumachers Dilemmata besonders deutlich: Einerseits strebte er den Inhalten nach eine am Vorbild der französischen Linken, also an J. Jaurès und Léon Blum orientierten „republique une et indivisible“ an, in der die sozialen und nationalen Fragen gelöst und die Deutschen sich demokratisch und zugleich in der internationalen Zusammenarbeit bewähren sollten. Angesichts der gegenläufigen Wahrnehmungen der Interessen durch die französische Politik brachte ihn dies anderer-

²⁶ Ebenda, Bd. 1, S. 198-200.

seits mehrfach in die Lage, dem Motto General de Gaulles zu folgen: „wenn Du schwach bist, musst Du radikal opponieren“.

Adenauer war nicht nur taktisch flexibler. Je stärker die Ost-West-Spannungen zunahmen, umso mehr fühlte auch er den Wind der geschichtlichen Entwicklung im Rücken. Wie flexibel er war, zeigte er schon bei der Formulierung des Programms der CDU Nordrhein-Westfalens für die dort im April 1947 stattfindenden Landtagswahlen. Dieses im westfälischen Bergwerksstädtchen Ahlen im Winter 1947 verabschiedete Programm galt noch Jahrzehnte später als Manifest eines christlichen Sozialismus, weil dort der Satz enthalten war, „das kapitalistische Wirtschaftssystem“ ist „den staatlichen und sozialen Lebensinteressen des deutschen Volkes nicht gerecht geworden“.

Tatsächlich hatte Adenauer zusammen mit dem Kölner Bankier Robert Pferdmenges dieses Programm im Januar 1947 entworfen, um Sozialisierungspläne von SPD und KPD zu konterkarieren und dem eignen Gewerkschaftsflügel entgegenzukommen. Gemeinwirtschaftliche Forderungen verband er mit liberalen Grundsätzen: Vergesellschaftung der Bergwerke und der eisenschaffenden Großindustrie, Entflechtung der Konzerne, Kartellgesetzgebung, Mitbestimmung der Arbeitnehmer, Planungs- und Lenkungsaufgaben durch Wirtschaftskammern.²⁷

Auf den ersten Blick gibt es bei einigen Forderungen durchaus Übereinstimmungen mit der Programmformulierung Schumachers. Aber die Stoßrichtung gegen Unternehmen monopolistischen Charakters, die Bevorzugung kleiner und mittlerer Unternehmen, kurz: die „machtverteilenden Prinzipien“ der in Ahlen verabschiedeten „gemeinwirtschaftlichen Ordnung“ ließen eine Öffnung zu einer stärker marktwirtschaftlich orientierten Programmatik zu. Zweieinhalb Jahre später war diese Öffnung mit den Düsseldorfer Leitsätzen (Juli 1949) vollzogen. Die Praxis war dieser Programmatik längst vorausgeeilt. Im Frankfurter Wirtschaftsrat war im Juli 1947 die SPD in die „konstruktive Opposition“ gegangen, weil ihre Forderung, das Amt für Wirtschaft zu leiten, keine Mehrheit fand. Nach einem Zwischenspiel mit dem der CDU zugerechneten Johannes Semler, der wegen einer kritischen Rede über von den USA gelieferte Nahrungsmittel die auch Mais enthielten – der sogenannten „Hühnerfutter“-Rede – von den Alliierten im Januar 1948 abgesetzt worden war, wurde der von der FDP vorgeschlagene Ludwig Erhard Anfang März 1948 Direktor des Amtes für Wirtschaft. Dessen Wahl erwies sich bald als Glücksfall für die Union und für Adenauer. Erhard wurde nicht nur zum Bindeglied der bürgerlichen Koalition. Im Zuge der von den amerikanischen Experten organisierten Währungsreform Ende Juni 1948 gelang ihm auch der Abbau der Zwangsverwaltung der Wirtschaft. Die weitgehende Freigabe der Preise bei stagnierenden Löhnen führte zwar anfangs zu einem inflationären Schub, zu gewerkschaftlichen Protesten und zur Privilegierung der Besitzer von Sachwerten und Produktionsmitteln. Aber sie verstärkte auch durch den erweiterten Spielraum für Investitionen den von den Marshall-Plan-Hilfen unterstützten Wachstumsprozess.

²⁷ H. P. Schwarz, a.a.O., Bd. 1, S. 539/540.

V. DIE KONTROVERSE UM DIE BUNDESSTAATLICHE FINANZVERFASSUNG

Obwohl Adenauer wie Schumacher nicht nur aus wirtschaftlichen Gründen eine stärkere Organisation der Westzonen befürworteten, zögerten sie ähnlich wie die Ministerpräsidenten der Länder, als sie im Juni 1948 von den Westalliierten mit den Londoner Empfehlungen zur Gründung eines Weststaates konfrontiert wurden.

Nachdem den Alliierten trotz zahlreicher Konferenzen die Überwindung der faktischen Teilung mißlungen war, sollten die westdeutschen Politiker die Spaltung Deutschlands formal besiegeln! Dieses Odium wollten sie anfangs nicht auf sich nehmen. Adenauer schwankte in jenen Wochen zwischen völliger Ablehnung und Hinnahme unter Protest.

Er verfügte über mindestens ebenso laute nationale Töne wie der als „Nationalist“ bei den Alliierten verschriene Schumacher. Im nordrhein-westfälischen Landtag charakterisierte er das im Entwurf vorliegende Ruhrstatut als ersten Fall der Geschichte, daß man „ein großes, arbeitsames Volk annektiert“. „Der Versailler Vertrag“, so schrieb er einem führenden in der Europa-Bewegung tätigen niederländischem Sozialdemokraten wenig später, sei „dagegen ein Rosenstrauch“.²⁸

Er versuchte sogar – eine innere Sperre überwindend – die SPD für eine einheitliche Stellungnahme gegen die Londoner Empfehlungen zu gewinnen. Da Schumacher schwer erkrankt war – er litt bis in den Winter 1949 an den Folgen der Amputation des linken Beines – traf er nur mit dessen Stellvertreter Ollenhauer und weiteren Vorstandsmitgliedern zusammen. Auch die SPD-Führung hatte schwere Bedenken. Da sie aber schon zuvor durch ihre verfassungspolitischen Sprecher Carlo Schmid ein Organisationsstatut für die Westzonen gefordert hatte, hielt sie nichts von einer völligen Ablehnung. Die unmittelbar nach der Währungsreform einsetzende Blockade Westberlins durch die Sowjets und die westlichen Gegenmaßnahmen, schwemmen letztlich alle Bedenken bei den großen Parteien hinweg.

Adenauer – im September 1948 zum Präsidenten des Parlamentarischen Rates und damit zum ersten politischen Repräsentanten der Westzonen gewählt – erkannte seine Chance. Zu den einzelnen Bestimmungen des Grundgesetzes soll er, wie Theodor Heuss etwas spöttisch betonte, nicht einmal ein Komma beigetragen haben. Aber zentrale Elemente der neuen Verfassung sind in den internen Beratungen seiner Fraktion wohl kaum ohne seine Zustimmung entstanden. Dazu zählen die Grundrechte, in Sonderheit das Ehe- und Familienrecht und die Gewährleistung des Eigentums sowie des Erbrechts. Die gegenüber der Weimarer Verfassung deutlich gestärkte Stellung des Kanzlers – von Carlo Schmid vorgeschlagen – mißfiel ihm ebensowenig wie Schumacher schon deshalb nicht, weil jeder von beiden das Amt des Kanzlers anstrebte.

Komplizierter war die Auseinandersetzung um die bundesstaatliche Ordnung. Adenauer nannte die Ministerpräsidenten der Länder intern gelegentlich „Zaunkönige“.

²⁸ Ebenda, S. 574.

Schumacher hätte ihm wohl darin beigepflichtet. Adenauer wollte keine Lösung, in der die Länderregierungen eine Art zweite Kammer auf Bundesebene darstellten. Er wollte stattdessen eine Senatslösung nach amerikanischem Muster. Das wiederum hätte den starken Einfluß der SPD auf der Ebene der Länder geschmälert. Deshalb verständigten sich der sozialdemokratische Innenminister Nordrhein-Westfalens, Walter Menzel – mit Zustimmung des dortigen CDU-Ministerpräsidenten Karl Arnolds wie auch Schumachers – mit dem CSU-Ministerpräsidenten Hans Erhard auf die Bundesratslösung. Adenauer versuchte vor allem nach außen seine Stellung als oberster Repräsentant des Parlamentarischen Rates zu festigen.

Er drängte die anderen Fraktionen dazu, sich vor der dritten Lesung des Grundgesetzes bei den Militärgouverneuren zu vergewissern, ob die bisherigen Formulierungen zur föderalen Ausgestaltung der Verfassung deren Zustimmung fänden. Nach dem Gespräch mit den Militärgouverneuren am 16. Dezember 1948 hielten ihm Teilnehmer von SPD und FDP vor, er habe entgegen den vorherigen Absprachen durch eine „raffinierte Frage“ zur Länderkammer die Westalliierten zu „Schiedsrichtern“ im Ringen der Fraktionen gemacht.

Das „abgrundtiefe Mißtrauen“, das die SPD fortan Adenauer entgegenbrachte, - so Carlo Schmid in seinen Erinnerungen²⁹ - habe eine seiner Wurzeln in diesem Vorgang gehabt.

Im zentralen Streit, der die Verabschiedung des Grundgesetzes um Monate verzögerte, stand die Finanzverfassung. Als die westalliierten Außenminister über die Militärgouverneure Anfang März 1949 durch eine Note dem Parlamentarischen Rat mitteilten, daß die dort gefundenen Formulierungen zur konkurrierenden Gesetzgebung im Bereich der Steuern und der Finanzverwaltung nicht ihren Richtlinien entsprächen und Änderungen forderten, die die finanzpolitische Handlungsfähigkeit des Bundes weiter eingengt hätte, reagierte die SPD-Fraktion – Schumachers Rat folgend – mit Ablehnung. Ende April 1949 hatte sich die SPD durchgesetzt. Die Alliierten akzeptierten den im Februar 1949 gefundenen Kompromiß mit wenigen Abstrichen. Schon wenige Monate später im ersten Bundestagswahlkampf wurde die Behauptung kolportiert und die historische Forschung hat sich noch Jahrzehnte mit dieser Frage beschäftigt, die SPD habe frühzeitig von einer zweiten, einlenkenden Note der Außenminister gewusst und deshalb so hartnäckig an ihrem Nein festgehalten. Der britische Militärgouverneur Robertson hatte noch am 13. April 1949 vergeblich bei seinem amerikanischen und französischen Kollegen dafür geworben, den einlenkenden Passus der zweiten Note mitzuteilen. Lucius Clay hatte dies brüsk abgelehnt. Die Telefongespräche sozialdemokratischer Parteivorstandsmitglieder, die Schumachers harte Linie kritisierten, waren von alliierten Stellen abgehört worden. Sie hatten Clay in seiner Haltung bestärkt. Nach der Besprechung der drei Militärgouverneure mit den Delegationen der Parteien des Parlamentarischen Rates am 14. April 1949 hatte Robertson in einem Gespräch am Rande mit Walter Menzel und Carlo Schmid angedeutet, daß aus seiner Sicht noch Spielraum für einen

²⁹ C. Schmid, Erinnerungen, Bern 1980, S. 381f.

Kompromiß vorhanden sei, ließ aber die zweite Note (der westalliierten Außenministerkonferenz) unerwähnt.

Während Adenauer bei den Alliierten anfragen ließ, ob das Grundgesetz notfalls auch durch eine Mehrheit von CDU/CSU und FDP verabschiedet werde könne, setzte Schumacher ganz bewußt darauf, daß die Westmächte den sich abzeichnenden Erfolg über die sowjetische Berlin-Blockade sich nicht durch eine Weststaatsgründung auf zu schwachem Fundament, d. h. ohne die SPD, beeinträchtigen lassen wollten. So konnte Schumacher schon vor deren offiziellem Einlenken auf dem Kleinen Parteitag der SPD am 20. April 1949 verkünden, durch das Festbleiben der SPD sei dem deutschen Volk erstmals ein Stück Außenpolitik gelungen.

Schumacher hatte auf diesen Erfolg, dessen Bedeutung im Einzelnen schwer vermittelbar war, im darauffolgenden Wahlkampf zu sehr gebaut. Sein wirtschaftspolitisches Programm war angesichts der ersten Erfolge Erhard'scher Marktwirtschaft in wesentlichen Teilen unzeitgemäß. Schließlich beging er noch den Fehler, die katholische Kirche, wegen ihrer Forderungen nach Bekenntnisschulen, der Weitergeltung des Reichskonkordats sowie wegen ihrer Aufrufe, christliche Parteien zu wählen, als fünfte Besatzungsmacht anzuprangern.

Gewiß, auch die Führung der katholischen Kirche war vor 1945 nicht der Hort der öffentlichen Moral gewesen, – das rühmliche Beispiel des Münsteraner Bischofs von Galen einmal ausgenommen – als den sie danach auftrat. Und das Reichskonkordat war der erste Vertrag gewesen, der dem NS-Regime internationale Reputation verschaffte. Ein Protest der Bischöfe gegen die Verschleppung und Ermordung der Juden war, obschon von vielen Gläubigen erwartet, ausgeblieben. Gleich wohl hatten die Männer der Kirche vor Ort den Menschen Halt und Orientierung gegeben. Adenauer nutzte jedenfalls die Vorlage, die ihm Schumacher geliefert hatte, und antwortete mit „giftigster Polemik“.³⁰ Er unterstellte u. a. wahrheitswidrig der SPD, sie lasse sich von der Labour-Party mit großen Geldmitteln unterstützen, die in der Regierung die Demontagen in Deutschland weiter betriebe. Als dieser Vorwurf im Dezember 1949 in der Debatte über das Petersberger Abkommen von Adenauer in ähnlich tückischer Weise wiederholt wurde, konterte Schumacher mit dem Anwurf, Adenauer sei „der Kanzler der Alliierten“. Darin steckte auch ein Stück Enttäuschung über die verlorene Bundestagswahl, obwohl die von der SPD erreichten 29 Prozent der Stimmen die vor 1933 erreichten Ergebnisse in Westdeutschland um gut die Hälfte übertrafen. Ihre einstigen Hochburgen lagen eben in der SBZ. Unmittelbar nach der Wahl hatte Schumacher die SPD in die Opposition geführt und damit Adenauer die Durchsetzung der bürgerlichen, „kleinen Koalition“ erleichtert. Die Ministerpräsidenten der CDU/CSU hätten einer Großen Koalition in Bonn den Vorzug gegeben, da sie in ihren Ländern meist in der gleichen Formation regierten.

Trotz der vorangegangenen Polemiken und Feindseligkeiten waren sich Adenauer als Chef der Regierung und Schumacher als Führer der Opposition ihrer jeweiligen Verantwortung sehr bewußt. Adenauer unterstrich in seiner ersten Regierungserklärung die

³⁰ H. P. Schwarz, a.a.O., S. 612.

„staatspolitische Aufgabe“ der Opposition und sah in dieser Gegenüberstellung von Regierungsmehrheit und Opposition³¹ „einen wirklichen Fortschritt und eine Gewöhnung an demokratisches Denken“, was angesichts der herrschenden labilen Verhältnisse besonders wichtig sei. Und Schumacher betonte in seiner Antwort: „Die Opposition ist ein Bestandteil des Staatslebens und nicht eine zweitrangige Hilfestellung für die Regierung [...]. Die Opposition ist die Begrenzung der Regierungsmacht und die Verhütung ihrer Totalherrschaft [...] Das Wesen der Opposition ist der permanente Versuch, an den konkreten Tatbeständen mit konkreten Vorschlägen der Regierung und ihren Parteien den positiven Gestaltungswillen der Opposition aufzuzwingen. [...]“³²

Dies war nicht einfach ins Blaue hineingesprochen. Angesichts der Zusammensetzung der SPD-Fraktion, von denen 87,5 Prozent vom NS-Regime politisch verfolgt worden waren, musste Adenauers Indifferenz gegenüber den Opfern und seine indirekte Forderung nach Amnestie für viele Täter auf sofortigen Widerspruch stoßen. Schumacher rügte denn auch die matten Aussagen und die resignierende Feststellungen in der Regierungserklärung gegenüber der „furchtbaren Tragödie der Juden im Dritten Reich“. Wie schon zwei Jahre zuvor erklärte er es zur Pflicht, nicht nur der internationalen Sozialisten, sondern jedes deutschen Patrioten, „das Geschick der deutschen und europäischen Juden in den Vordergrund zu stellen und die Hilfe zu bieten, die dort notwendig ist [...] Die Hitlerbarbarei hat das deutsche Volk durch Ausrottung von sechs Millionen jüdischer Menschen entehrt. An den Folgen dieser Entehrung werden wir unabsehbare Zeiten zu tragen haben“³³.

Obwohl selbst NS-Opfer stellte er sich dieser nationalen Verantwortung. Es blieb nicht bei diesem rhetorischen Kontrapunkt. Als es drei Jahre später um die Abstimmung über das Gesetz zur (materiellen) Wiedergutmachung ging, waren es die SPD-Abgeordneten, die der Regierung zu einer Mehrheit verhalfen.

Von den rund 500 Gesetzen, die zwischen 1949 und 1953 verabschiedet wurden, hat die SPD rund 84 Prozent in dritter Lesung zugestimmt.

Das wird oft vergessen, wenn von den stürmischen Debatten zur ökonomischen und zur militärischen Westintegration in den frühen fünfziger Jahren berichtet wird. Wenn Schumacher rhetorisch gelegentlich über das Ziel hinausschoss, dann war dies neben seinem permanenten körperlichen Schmerzen seiner Frustration über die minimalen Spielräume in der Frage der nationalen Einheit geschuldet. Bezogen auf die Substanz blieb er bei seiner konstruktiven Linie. In der zeitgenössischen Öffentlichkeit wie in der Forschung zur Geschichte der frühen Bundesrepublik wurde lange darüber gestritten, ob die Stalin-Noten vom Frühjahr 1952 – in den letzten Lebensmonaten Schumachers – einen Weg zur Einheit hätten bilden können. Nach Öffnung wichtiger Moskauer Archive spricht alles dafür, dass der Hauptzweck dieser Noten darin bestand, die SED und die

³¹ 1. BT, 5. Sitzung, 20. September 1949, S. 22.

³² 1. BT, 6. Sitzung, 21. September 1949, S. 32.

³³ Ebenda, S. 36.

westdeutschen Kommunisten in ihrem Kampf zum Sturz Adenauers und zur Verhinderung der Westbindung der Bundesrepublik zu unterstützen. Tertium non datur.

VI. ZUSAMMENFASSUNG

Die Überidentifikation Schumachers und der SPD mit dem Einheitsgebot entsprach die Überidentifikation Adenauers mit dem Ziel der Westbindung.

Dabei gab es bei Adenauer wie bei Schumacher Übereinstimmungen in der Sorge vor einer wiedererstehenden nationalistischen Rechten, die mit der nationalistisch gebärdenden, von Moskau unterstützten SED/KPD zeitweise gemeinsame Sache machen würde. Schumachers Drängen auf Gleichberechtigung der Deutschen von Anfang an bei allen Abmachungen und Verträgen mit den Westalliierten diente auch der Abwehr von Koalitionen rechter und linker Nationalisten.

Schumacher unterschätzte Adenauer als Verkörperung der rheinischen Alternative des politisch aktiven Bürgertums (im Unterschied zu dem refeudalisierten und militarierten Bürgertum des wilhelminischen Machtstaates) besonders in dessen Wirkung auf Politik und Öffentlichkeit der westeuropäischen Nachbarn. Dort dominierte die Stimmung, dass die Deutschen für ihre Sünden zu büßen hätten. Sie wollten zugleich Ruhe und Sicherheit vor den Deutschen, notfalls – bei wachsender Gefährdung durch die Sowjetunion – auch mit den Deutschen. Adenauers schrittweises Vorgehen entsprach diesem Begehren deutlich stärker als Schumachers Ruf nach Gleichberechtigung.

Dieser Grundstimmung konnten sich auch die westeuropäischen Sozialisten nicht entziehen, so dass der Versuch Schumachers, die parteipolitischen Fronten bis in den westeuropäischen Bereich zu verlängern, ins Leere stieß.

Gleichwohl ist Schumachers Beitrag zur politischen Kultur der frühen Bundesrepublik sehr hoch einzuschätzen. Auf zweierlei Weise. Einmal dadurch, dass er schon durch seinen Lebensweg früher als andere Politiker als glaubwürdiger Sprecher eines anderen und demokratiefähigen Deutschlands anerkannt werden musste. Zum anderen dadurch, dass er mit seiner Partei auf den Bänken der Opposition dem Gegenspieler Adenauer den Rückhalt bot für geschmeidiges Agieren und Taktieren gegenüber den Alliierten. Das Ziel, die Wiedergewinnung von Ansehen, Souveränität und Gleichberechtigung konnte so rasch nur im Zusammen- und Gegeneinanderwirken von Adenauer-Regierung und Schumacher-Opposition erreicht werden.

Kontinuität und Wandel im Arbeitsleben während der Besatzungszeit

Reinhard Richardi

I. EINFÜHRUNG

Nach der Kapitulation am 8. Mai 1945 war Deutschland, wie Stalin auf eine Frage Churchills während der Potsdamer Konferenz antwortete, ein „zerschlagenes Land“.¹ Die Gesetzgebung der Besatzungsmächte beschränkte sich zunächst darauf, Gesetze, die während der nationalsozialistischen Herrschaft erlassen worden waren, aufzuheben. Grenzen ergaben sich aber daraus, dass zur Sicherung der Versorgungslage die Zwangsordnung im Arbeitsleben fortbestand. Deshalb gehörte das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934², obwohl es die Grundlage der nationalsozialistischen Arbeitsverfassung gebildet hatte, nicht zu den sog. „Nazi-Gesetzen“, die der Kontrollrat durch Gesetz Nr. 1 vom 20. September 1945³ aufgehoben hatte. Es blieb zunächst in Geltung, so dass auf seiner Grundlage auch noch Tarifordnungen erlassen werden konnten. Aufgehoben wurde es erst zum 1. Januar 1947 durch das Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30. November 1946.⁴

II. EIN BLICK ZURÜCK AUF DIE VORHERIGE ZEIT

1. Weimarer Republik

Noch in der Zeit vor dem Ersten Weltkrieg hatte auf zivilrechtlicher Grundlage der Tarifvertrag mit Gewerkschaften bei der Festlegung der Löhne und sonstigen Gestaltung der Arbeitsbedingungen für die Arbeitsverhältnisse wesentliche Bedeutung erlangt. Für die Arbeitsverfassung der Weimarer Republik war zunächst der Grundsatz der kollektiven Regelungsautonomie prägend. Seit der Tarifvertragsverordnung vom 23. Dezember 1918 waren die Bestimmungen des Tarifvertrags nicht mehr bloß schuldrechtlich bindend zwischen den Tarifvertragsparteien, sondern sie galten unmittelbar und zwingend

¹ So Stalin auf der Potsdamer Konferenz, Protokoll der Potsdamer Konferenz, Auszug wiedergegeben in: v. Plato, Alexander/Leh, Almut: „Ein unglaublicher Frühling“. Erfahrene Geschichte im Nachkriegsdeutschland 1945 - 1948. Bonn 1997, S. 12.

² RGBl. I, S. 45.

³ Amtsblatt des Kontrollrats. Hrsg. vom Alliierten Sekretariat. Berlin 1945 – 1948, S. 6.

⁴ ABl. S. 229. Das für die Arbeitnehmer des öffentlichen Dienstes erlassene Gesetz zur Ordnung der Arbeit in öffentlichen Verwaltungen und Betrieben vom 23. März 1934 (RGBl. I, S. 220, 300) wurde sogar erst durch das Kontrollratsgesetz Nr. 56 vom 30. Juni 1947 (ABl. S. 287) aufgehoben, wobei in ihm ausdrücklich klargestellt wurde, dass bestehende Tarifordnungen bis zu ihrer Aufhebung, Änderung oder anderweitigen Neufassung seitens der zuständigen Behörden weiterhin in Kraft blieben.

für den Inhalt des Arbeitsverhältnisses tarifgebundener Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Der Staat konnte, wenn eine gütliche Vereinbarung zwischen den Tarifvertragsparteien scheiterte, nach der Schlichtungsverordnung vom 30. Oktober 1923 ein Schlichtungsverfahren einleiten, und zwar auch gegen den Willen der Beteiligten (Einlassungszwang), und er konnte einen Spruch für verbindlich erklären, wenn die Beteiligten sich ihm nicht freiwillig unterwarfen (Verbindlichkeitserklärung).⁵ Dadurch konnte ein Zwangstarif geschaffen werden, der über das in der Tarifvertragsverordnung vorgesehene Rechtsinstitut der Allgemeinverbindlicherklärung auf die Arbeitgeber und Arbeitnehmer erstreckt werden konnte, die nicht den tarifschließenden Verbänden angehörten.

Der Staat schuf deshalb Arbeitsbehörden, die zur Wahrnehmung der Regelungsautonomie durch die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände eine Hilfsfunktion entfalten sollten. Da aber der Staat durch das Schlichtungswesen in den Rechtskreis der Tarifvertragsparteien ordnend und gestaltend eingriff, trat ein Umbruch in der Arbeitsverfassung ein.⁶ An die Stelle einer vertragsbezogenen Rechtsbeziehung trat zunächst nur ergänzend, dann aber sie zersetzend und ersetzend eine betriebsbezogene Gestaltung der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen.⁷ Rechtstatsächlich wie auch normativ bewertend waren damit die Tore geöffnet, um einer die Vertragsfreiheit beseitigenden Arbeitsverfassung den Boden zu bereiten. Der Staat griff zunächst durch die Zwangsschlichtung, dann aber durch Notverordnungen des Reichspräsidenten in die Tarifpolitik ein; Löhne und Gehälter wurden auf einem bestimmten Stand festgeschrieben.⁸ Dem Nationalsozialismus fiel es daher leicht, die Arbeitsverfassung in den Griff zu bekommen.

2. Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit

Beim Erlass des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20. Januar 1934 waren die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände bereits aufgelöst. Die der Sozialdemokratie nahestehenden Freien Gewerkschaften waren am 2. Mai 1933 durch Besetzung der Gewerkschaftshäuser ausgeschaltet, ihre Führer in Schutzhaft genommen und ihr Vermögen beschlagnahmt worden. Die anderen Gewerkschaften hatten sich dem Aktionskomitee zum Schutz der nationalen Arbeit unterstellt, aus dem am 10. Mai 1933 die Deutsche Arbeitsfront hervorgegangen war. Die NS-Regierung hatte aber nicht ihr die Gestaltung der Löhne und Arbeitsbedingungen überlassen, sondern mit dem sog. Treuhändergesetz vom 19. Mai 1933⁹ die Grundentscheidung getroffen, dass diese Aufgabe Staatsbehörden zufiel, den sog. Treuhändern der Arbeit, die an Weisungen der Reichsregierung gebunden waren. Obwohl rechtstatsächlich die Basis bereits entfallen war, wurden nunmehr durch das Arbeitsordnungsgesetz auch formal das Betriebsrätegesetz,

⁵ Vgl. ausführlich zur Entstehung und zum Inhalt der SchliVO v. Brauchitsch, Isabelle: Staatliche Zwangsschlichtung: Die Aushöhlung der Tarifautonomie in der Weimarer Republik, Frankfurt am Main 1990, S. 85 ff.

⁶ v. Brauchitsch, Staatliche Zwangsschlichtung (Fn. 5), S. 141.

⁷ Vgl. Picker, Eduard: Ursprungsidee und Wandlungstendenzen des Tarifvertragswesens. In: Gedächtnisschrift für Brigitte Knobbe-Keuk, Köln 1997, S. 879 (895 ff.) = ZfA 2009, 215 (229 ff.).

⁸ v. Brauchitsch, Staatliche Zwangsschlichtung (Fn. 5), S. 249 ff.

⁹ RGBl. I, S. 285.

die Tarifvertragsverordnung und die Schlichtungsverordnung der Weimarer Zeit außer Kraft gesetzt.¹⁰ Damit war das gesamte auf freiheitsrechtlicher Grundlage beruhende kollektive Arbeitsrecht endgültig beseitigt.¹¹

3. Kriegsarbeitsrecht¹²

Das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit war die ideologische Fassade, hinter der die marktmäßig-rechtsgeschäftliche Ordnung des Arbeitslebens beseitigt und durch eine Staatslenkung des Arbeitseinsatzes ersetzt wurde. Nachdem zur Vorbereitung auf den Krieg bereits vielfältige Arbeitseinsatzmaßnahmen getroffen waren, „die sich als Beeinträchtigung der individuellen Freizügigkeit des Betriebsführers wie des Gefolgsmannes im Arbeitsleben aus den höheren Erwägungen staatlicher Erfordernisse darstellten“,¹³ erging die vom Ministerrat für die Reichsverteidigung erlassene Verordnung über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels vom 1. September 1939.¹⁴ Arbeitgeber und Arbeitnehmer durften eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses erst aussprechen, wenn das Arbeitsamt der Lösung des Arbeitsverhältnisses zugestimmt hatte.¹⁵ „Betriebe (private und öffentliche Betriebe und Verwaltungen aller Art) und Haushaltungen“ durften Arbeitnehmer nur einstellen, wenn eine Zustimmung des Arbeitsamts vorlag.¹⁶

Die Verordnung über die Lohngestaltung vom 25. Juni 1938¹⁷ hatte den Treuhändern der Arbeit die Ermächtigung eingeräumt, Löhne mit bindender Wirkung nach oben und unten festzusetzen. Durch die sog. Lohnstopverordnung vom 12. Oktober 1939,¹⁸ die auf Grund der Kriegswirtschaftsverordnung vom 4. September 1939¹⁹ erging, wurde die Gestaltungsfreiheit für die Regelung des Arbeitsverdienstes beseitigt. Die Löhne und Gehälter wurden auf dem gerade erreichten Stand festgesetzt. Ihre Erhöhung sowie die Gewährung einmaliger Zuwendungen war verboten, ein Verstoß mit Strafe bedroht, wobei in schweren Fällen die Strafe Gefängnis oder Zuchthaus war. Entsprechend war es strafrechtlich sanktioniert, wenn ein Arbeitnehmer eine Arbeit, zu deren Aufnahme er verpflichtet war, nicht antrat, pflichtwidrig eine ihm vom Arbeitgeber oder dessen Beauftragten zugewiesene Arbeit einschließlich Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagsarbeit verweigerte oder mit ihr zurückhielt oder der Arbeit pflichtwidrig fernblieb.²⁰

¹⁰ § 65 Nr. 1, 6 und 7 AOG.

¹¹ Dietz, Rolf: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit vom 20.1.1934. München, Berlin 1934, S. 1.

¹² Zusammengestellt von Mansfeld, Werner: Arbeitsrecht. 23. Aufl. Berlin 1941, im Abschnitt H.

¹³ Bulla, Gustav Adolf: Die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels. Berlin, Leipzig, Wien 1942, S. 9.

¹⁴ RGBl. I, S. 1685.

¹⁵ § 1 Abs. 1.

¹⁶ § 4 Abs. 1.

¹⁷ RGBl. I, S. 691.

¹⁸ RGBl. I, S. 2028.

¹⁹ RGBl. I, S. 1609.

²⁰ Anordnung gegen Arbeitsvertragsbruch und Abwerbung sowie das Fordern unverhältnismäßig hoher Arbeitsentgelte in der privaten Wirtschaft vom 20. Juli 1942. Abgedruckt in: Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl/Dietz, Rolf: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. 4. Aufl. München, Berlin 1943, S. 917 ff.

III. FORTSETZUNG UND ÄNDERUNGEN DER BISHERIGEN ORDNUNG

1. Beibehaltung der Zwangsordnung im Arbeitsleben

Nach der Kapitulation am 8. Mai 1945 blieb zunächst die Zwangsordnung im Arbeitsleben bestehen. Die Kontrollratsdirektive Nr. 14 vom 12. Oktober 1945²¹, nach der während der Besetzung Deutschland als einheitliches Wirtschaftsgebiet behandelt werden sollte, sah vor, dass zu diesem Zweck ein „gemeinschaftliches Verfahren in Fragen, die sich auf Löhne, Preise und Zuteilung lebenswichtiger Verbrauchsmittel beziehen,“ eingeführt werde. Zugleich war aber angeordnet, dass die bestehenden Lohnsätze auf ihrer gegenwärtigen Höhe erhalten blieben. In die Zukunft wies die Bestimmung, dass Gewerkschaften „mit Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden Verhandlungen über die Änderung der Lohnsätze“ anknüpfen durften. Jedoch war der Gestaltungsspielraum eng bemessen. Die Einführung neuer Lohnsätze sollte nur zulässig sein, „wenn wegen einer Änderung in einem Fertigfabrikat oder in den zu seiner Herstellung gebrachten Rohstoffen oder aus ähnlichen Gründen ein solches Verfahren zweckmäßig erscheint“, wobei zugleich festgelegt wurde, dass die neuen Lohnsätze „soweit wie möglich den bestehenden Lohnsätzen für gleichartige Arbeit anzupassen“ seien. In jedem Fall galt: „Es dürfen jedoch keine Änderungen in den Lohnsätzen ohne Genehmigung der deutschen Arbeitsämter vorgenommen werden.“

Bestehen blieben nicht nur die als Kriegswirtschaftsverordnung ergangene Lohnstopverordnung vom 4. September 1939²² und die Aufsichtsmaßregeln für Arbeitslöhne, deren Einhaltung die Arbeitsämter unter Kontrolle der Militärregierung zu überwachen hatten,²³ sondern ebenfalls nicht außer Kraft gesetzt wurden die Verordnungen über die Beschränkung des Arbeitsplatzwechsels vom 1. September 1939²⁴ und 7. März 1941,²⁵ die als Teil des Kriegsarbeitsrechts ergangen waren. Bestehen blieb auch die Regelung über das Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses im Falle der Einberufung zum Wehrdienst, die in der vom Ministerrat für die Reichsverteidigung mit Gesetzeskraft erlassene Verordnung zur Abänderung und Ergänzung von Vorschriften auf dem Gebiete des Arbeitsrechts vom 1. September 1939²⁶ enthalten war (§§ 1, 2). Sie betraf unter den veränderten Bedingungen vor allem die Kriegsheimkehrer; denn durch die Einberufung zum Wehrdienst war ein Beschäftigungsverhältnis nicht gelöst. Die beiderseitigen Rechte und Pflichten ruhten vielmehr für die Dauer der Einberufung, wobei festgelegt war, dass die Unternehmer das Beschäftigungsverhältnis nicht kündigen konnten.

²¹ Abl. S. 40.

²² RGBl. I, S. 1609.

²³ Vgl. Verordnung Nr. 7 der Militärregierung der britischen Zone zur Übertragung der Amtsgewalt der Reichstreuhänder der Arbeit vom 27. August 1945 (Abl. der Militärregierung - Deutschland Britisches Kontrollgebiet Nr. 4, S. 6).

²⁴ RGBl. I, S. 1685.

²⁵ RGBl. I, S. 126.

²⁶ RGBl. I, S. 1683.

Der Kontrollrats-Befehl Nr. 3 vom 17. Januar 1946²⁷ hatte die Registrierung aller Erwerbstätigen bei den örtlichen Arbeitsämtern geboten. Er hatte die Beschäftigung von Arbeitslosen und den Wechsel des Arbeitsplatzes verboten, wenn dies nicht über das Arbeitsamt geschah, und sah vor: „Arbeitslose, die aus eigener Initiative Beschäftigung finden, oder Arbeitskräfte, die ohne Erlaubnis des Arbeitsamtes ihren Arbeitsplatz wechseln, und alle Arbeitslosen, die Arbeitszwangsmaßnahmen nicht Folge leisten, haben die in diesem Befehl vorgesehenen Strafen und den Verlust des Rechts auf Lebensmittelkarten zu gewärtigen.“ Letzteres war unter den damaligen Verhältnissen nichts anderes als die Androhung des Hungertodes.

2. Fortschreitende Rechtszersplitterung

Der Kontrollrat erließ nur wenige auf das Arbeitsrecht bezogene Gesetze, die sehr allgemein gehalten waren. Zu ihnen gehörten das Kontrollratsgesetz Nr. 21 vom 30. März 1946²⁸, das die Bezeichnung „Deutsches Arbeitsgerichtsgesetz“ trug, das Kontrollratsgesetz Nr. 22 (Betriebsrätegesetz) vom 10. April 1946²⁹ und das Kontrollratsgesetz Nr. 35 über Ausgleichs- und Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten vom 10. August 1946.³⁰ Aber auch diese Gesetze waren nur Rahmenregelungen, die der Ausfüllung bedurften.

Die Aufteilung Deutschlands in Besatzungszonen und die Bildung neuer Länder hatten zur Folge, dass die historisch begründete Zersplitterung des Arbeitsrechts in Einzelgesetze sich fortsetzte und deshalb ein Überblick angesichts der fortschreitenden Rechtszersplitterung fast aussichtslos erschien. Einen Fortschritt bedeutete es daher, dass für den Bereich der Amerikanischen und der Britischen Besatzungszone die Zuständigkeit des dort für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet gebildeten Wirtschaftsrats im September 1948 auf das Gebiet des Arbeitsrechts ausgedehnt wurde.³¹

3. Ausbau sozialstaatlicher Elemente

Noch galten die behördlich festgelegten Lohnfestsetzungen, die nach der Besetzung Deutschlands in Kraft geblieben waren. Sie waren völlig unzureichend. Im Mittelpunkt stand für die arbeitende Bevölkerung eine mit der Arbeitsaufnahme bezweckte Verbesserung ihrer Versorgungslage durch Extramahlzeiten in den Betrieben und eine andere Einstufung in der Lebensmittelkarte. Erst nach dem Zusammenschluss der Amerikanischen und Britischen Besatzungszone zum Vereinigten Wirtschaftsgebiet erging das Ge-

²⁷ ABl. S. 131.

²⁸ ABl. S. 124.

²⁹ ABl. S. 133.

³⁰ ABl. S. 174.

³¹ Vgl. Anordnung Nr. 1 der amerikanischen und der britischen Militärregierung, erlassen auf Grund des Art. III (5) der Proklamation Nr. 7 über die Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebiets und Gesetz des Wirtschaftsrats über die Errichtung einer Verwaltung für Arbeit des Vereinigten Wirtschaftsgebiets vom 8. September 1948 (GVBl. Nr. 18 S. 90).

setz zur Aufhebung des Lohnstops vom 3. November 1948.³² Zur gleichen Zeit wurde auch in der Französischen Besatzungszone die Lohnstopverordnung aufgehoben.³³

Bis 1945 hatte die Rechtsprechung einen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Erholungsurlaub ohne besondere gesetzliche oder tarifliche Grundlage stets abgelehnt.³⁴ Gesetzlich geregelt war der Urlaub nur für Jugendliche in § 21 des Jugendschutzgesetzes vom 30. April 1938.³⁵ Der Urlaubsanspruch war aber überwiegend in Tarifordnungen abgesichert, die nach 1945 fortbestanden. Nach 1945 wies man dem Recht auf Erholungsurlaub einen besonderen Rang zu. Die Länder legten teilweise in ihren Verfassungen programmatisch den Anspruch auf Urlaub nieder.³⁶ Sie erließen deshalb überwiegend noch während der Besatzungszeit Urlaubsgesetze.³⁷ Die Mindestdauer betrug für Arbeitnehmer über 18 Jahren zwölf Arbeitstage. Die Gesetzeslage war jedoch außerordentlich zersplittert. Hinzu traten Ländergesetze, die für die aus rassistischen, religiösen oder politischen Gründen Verfolgten die Gewährung eines Sonderurlaubs vorsahen.³⁸

Da das Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit erst zum 1. Januar 1947 aufgehoben wurde, galten bis zu diesem Zeitpunkt die in ihm enthaltenen Bestimmungen über den Kündigungsschutz.³⁹ Mit der Aufhebung des Gesetzes war der gesetzliche Kündigungsschutz beseitigt. Die dadurch entstandene Lücke schloss man in den Ländern der Amerikanischen und der Französischen Besatzungszone teils durch besonde-

³² GBl. S. 117.

³³ Für Rheinland-Pfalz Landesgesetz über die Lockerung des Lohnstops vom 22. Oktober 1948, GVBl. S. 390, für Baden Landesgesetz über die Aufhebung des Lohnstops vom 23. November 1948 (GVBl. S. 215) und für Württemberg-Hohenzollern Gesetz vom 25. Februar 1949 (RegBl. S. 80).

³⁴ Zuletzt noch RAG vom 17. Juli 1942 - RAG 17/42. In: Arbeitsrechts-Sammlung Bd. 45, S. 98 (108); a. A. die Rechtswissenschaft; so Dietz, Rolf, in: Hueck, Alfred/Nipperdey, Hans Carl/Dietz, Rolf: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. Kommentar. 4. Aufl. München, Berlin 1943, § 2 Rn. 17; Hueck, Alfred: Deutsches Arbeitsrecht. Berlin 1938, S. 124; ders., Die Pflicht des Unternehmers zur Fürsorge für den Gefolgsmann nach dem Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit. In: Festschrift für Hedemann. Jena 1938, S. 312 (325).

³⁵ RGL. I, S. 437.

³⁶ Baden: Art. 41, Bayern: Art. 174, Bremen: Art. 56, Hessen: Art. 34, Nordrhein-Westfalen: Art. 24 Abs. 3, Rheinland-Pfalz: Art. 57 Abs. 4, Saarland: Art. 48 Abs. 2, Württemberg-Baden: Art. 22, Württemberg-Hohenzollern: Art. 96 Abs. 3. Alle Verfassungen sind abgedruckt in: Die Verfassungen der modernen Staaten. Eine Dokumentensammlung. Hrsg. von Dennewitz, Bodo/Meißner, Boris. Bd. 2. Hamburg 1948.

³⁷ Vgl. die Zusammenstellung in: Dersch, Hermann/Neumann, Dirk: Bundesurlaubsgesetz. Kommentar. 8. Aufl. München 1997, Einl. Rn. 13.

³⁸ So z. B. für Bayern das Gesetz über die Gewährung eines bezahlten zusätzlichen Urlaubs für die Opfer des Faschismus vom 31. Mai 1948 (GVBl. S. 96), für Bremen das Gesetz über die Gewährung des Sonderurlaubs für die aus rassistischen, religiösen oder politischen Gründen Verfolgten vom 2. August 1947 (GBl. S. 127).

³⁹ §§ 56 ff. AOG.

re Kündigungsschutzgesetze,⁴⁰ teils durch eine Regelung in den neuen Betriebsrätegesetzen.⁴¹ Keine Gesetzesregelung erging in der Britischen Besatzungszone.

Der Rechtszustand war daher außerordentlich unbefriedigend, eine einheitliche Regelung durch Gesetz dringend geboten. Für das Vereinigte Wirtschaftsgebiet hat deshalb der Wirtschaftsrat am 20. Juli / 8. August 1949 ein Kündigungsschutzgesetz beschlossen.⁴² Die Militärregierung hat das Gesetz jedoch nicht in Kraft gesetzt, sondern für die Bundesgesetzgebung zurückgestellt.⁴³ Die Arbeitsminister der westdeutschen Länder beobachteten mit Sorge, dass im letzten Stadium des Wirtschaftsrats eilbedürftige sozialpolitische Gesetze zurückgestellt wurden. Das galt insbesondere für das Kündigungsschutzgesetz. Die von Konrad Adenauer gebildete Bundesregierung plante, vor der Einschaltung der Gesetzgebung einen Konsens auf der Ebene der Verbände zu erzielen. Der damalige Bundesarbeitsminister Anton Storch vertrat die Auffassung, die politischen Parteien hätten die Aufgabe, soweit es sich um wirtschaftspolitische Fragen handele, „das, was die Sozialpartner für richtig halten, gesetzgeberisch zu verankern“.⁴⁴ Im Dezember 1949 führte er Gespräche mit dem DGB und Vertretern der Arbeitgeberverbände; er forderte sie auf, durch Verhandlungen „den Weg zu finden, der beiden Seiten möglichst gerecht wird“.⁴⁵ Vertreter der Spitzenorganisationen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber (Deutscher Gewerkschaftsbund und Vereinigung der Arbeitgeberverbände) trafen sich vom 9. bis 13. Januar 1950 in Hattenheim (Rheingau) zu gemeinsamen Besprechungen über vordringliche soziale Probleme, wobei die Frage der künftigen Regelung des Mitbestimmungsrechts im Vordergrund stand. Insoweit scheiterten die Verhandlungen.⁴⁶ Erfolg hatten allerdings die Beratungen für das Kündigungsschutzgesetz. Unter Übernahme der Grundkonzeption des Entwurfs des Wirtschaftsrats erging das auch heute noch geltende Kündigungsschutzgesetz vom 10. August 1951.

⁴⁰ Bayern: Kündigungsschutzgesetz zum 1. August 1947 (GVBl. S. 165), ersetzt durch §§ 67 - 80 BRG vom 25. Oktober 1950 (GVBl. S. 227); Württemberg-Baden: Kündigungsschutzgesetz vom 18. August 1948 (RegBl. S. 134).

⁴¹ Baden, Bremen, Hessen, Rheinland-Pfalz, Württemberg-Hohenzollern: Regelungen jeweils in den Betriebsrätegesetzen.

⁴² Vgl. Hueck, Alfred: Das neue Kündigungsschutzgesetz des Wirtschaftsrates. In: RdA 1949, S. 331 - 336.

⁴³ Vgl. RdA 1949, S. 338 f.

⁴⁴ Storch, Anton: Neue Wege der Deutschen Sozialpolitik. In: RdA 1950, S. 241 (247).

⁴⁵ Storch, RdA 1950, S. 241 (247).

⁴⁶ Vgl. Zweites Hattenheimer Gespräch zwischen DGB und Arbeitgebern über das Mitbestimmungsrecht am 30./31. März 1950 sowie die Verhandlungen über das Mitbestimmungsrecht am 5./6. Juli 1950 in Maria-Laach, s. RdA 1950, S. 223 f. und S. 267 f.

IV. WIEDERHERSTELLUNG EINER FREIHEITLICHEN ARBEITSRECHTSORDNUNG IN DEN WESTZONEN

1. Wiederherstellung der arbeitsrechtlichen Koalitionsverfassung

Trotz der Behinderungen, die auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes ausschlossen, begann die Wiederbelebung von Elementen einer freiheitlichen Arbeitsrechtsordnung in Anknüpfung an Strukturen aus der Weimarer Zeit. Zu ihnen gehörte die Zweigleisigkeit des kollektiven Arbeitsrechts. Das vom Kontrollrat erlassene Betriebsrätegesetz vom 10. April 1946 gestattete die Errichtung und Tätigkeit von Betriebsräten und schuf damit die Voraussetzungen für die Betriebsverfassung, die zu den Besonderheiten in der Arbeitsverfassung der Bundesrepublik Deutschland zählt. Die Arbeitsgerichtsbarkeit, die zunächst stillstand, wurde alsbald neu aufgebaut. Ihre Spruchfähigkeit schloss die Lücke, die durch das Fehlen des geschriebenen Rechts bestand. Diese Aufgabe hatte sie auch nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland zu erfüllen. Das Richterrecht bestimmt seitdem maßgeblich deren Arbeitsverfassung.

a. Neugründung der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände

Prägend für den Neuanfang war die Wiederherstellung der arbeitsrechtlichen Koalitionsverfassung in den Westzonen. Bereits die Kontrollratsdirektive Nr. 14 vom 12. Oktober 1945,⁴⁷ die Grundsätze für die Bestimmung betreffs der Arbeitslöhne festlegte, setzte neben den Gewerkschaften das Bestehen bzw. die Bildung von Arbeitgeberverbänden voraus. In der Sowjetischen Besatzungszone wurde mit dem Freien Deutschen Gewerkschaftsbund (FDGB) eine zentralistische Einheitsorganisation unter der Leitung von Führungskadern der Kommunistischen Partei aufgebaut,⁴⁸ Arbeitgeberverbände allerdings nicht wieder zugelassen.⁴⁹ Völlig anders war die Konstellation in den Westzonen.⁵⁰ Die Gewerkschaften wurden zunächst nur auf lokaler Ebene zugelassen.⁵¹ Erst die Direktive Nr. 31 des Alliierten Kontrollrats vom 3. Juni 1946⁵² ermöglichte den Zusammenschluss zum „Deutschen Gewerkschaftsbund für die britische Zone“, während in der Amerikanischen und Französischen Besatzungszone lediglich Landesverbände zu-

⁴⁷ Amtsblatt des Kontrollrats. Hrsg. vom Alliierten Sekretariat. Berlin 1945 – 1948, S. 16.

⁴⁸ Wengst, Udo: Rahmenbedingungen. In: Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945. Hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung und dem Bundesarchiv. Bd. 2/1: Die Zeit der Besatzungszone 1945 – 1949. Baden-Baden 2001, S. 25 f.

⁴⁹ Vgl. Nikisch, Arthur: Die Entwicklung des Tarifrechts unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands. In: RdA 1948, S. 4 (6).

⁵⁰ Vgl. Wengst, ebd. S. 26 ff.

⁵¹ Vgl. Mielke, Siegfried: Die Neugründung der Gewerkschaften in den westlichen Besatzungszone 1945 bis 1949. In: Geschichte der Gewerkschaften in der Bundesrepublik Deutschland. Hrsg. von Hans-Otto Hemmer/Kurt Thomas Schmitz. Köln 1990, S. 19 ff.; Schell, Veit: Das Arbeitsrecht der Westzonen und der jungen Bundesrepublik. Eine Betrachtung der Entwicklung des Arbeitsrechts in den westlichen Besatzungszone und der Bundesrepublik Deutschland für die Jahre 1945 bis 1955. Bayreuth 1994 (Diss. Bayreuth 1993), S. 10 ff.

⁵² ABl. S. 50.

gelassen waren. Erst nach Erlass des Grundgesetzes wurde am 13. Oktober 1949 in München der Deutsche Gewerkschaftsbund gegründet, wobei die Selbständigkeit der Industriegewerkschaften erhalten blieb.

Ihren Einfluss in der Arbeitsverfassung konnten die Gewerkschaften dadurch mehren, dass sie sich in den westlichen Besatzungszonen zu Einheitsgewerkschaften nach dem Industrieverbandsprinzip zusammenschlossen. Vor 1933 hatte es in Deutschland drei große Gewerkschaftsrichtungen gegeben: Neben den sog. „Freien“ (sozialistischen) Gewerkschaften bestanden die „Christlichen“ (vorwiegend katholischen) und die „Hirsch-Duncker’schen“ (vorwiegend liberalen) Gewerkschaften. Der Widerstand im Nationalsozialismus hatte die ideologischen Gegensätze verwischt; das gemeinsam erduldeten Unglück machte den Weg zur Erkenntnis frei, eine einheitliche Gewerkschaftsbewegung zu bilden, die „ohne Rücksicht auf politische oder konfessionelle Bindung des einzelnen die gewerkschaftlichen Aufgaben, die alle gleichermaßen betreffen, als alleiniges Ziel ihrer Arbeit erkannte“.⁵³ Aber nicht allein die Ersetzung der Richtungsgewerkschaften durch Einheitsgewerkschaften, sondern auch die Form der Organisation wurde einer grundlegenden Revision unterzogen. Waren es traditionsgemäß Berufsverbände, in denen sich die Arbeitnehmer organisiert hatten, so trat jetzt an die Stelle dieser Organisationsform die Bildung von Industriegewerkschaften, um den Grundsatz „ein Betrieb – eine Gewerkschaft“ als die der Zeit gemäße Form des Organisationsprinzips zu verwirklichen.

Für die Wiedererrichtung einer paritätischen Arbeitsverfassung auf freiheitsrechtlicher Grundlage war es geboten, dass neben den Gewerkschaften auch Arbeitgeberorganisationen zugelassen wurden, zu deren Bildung die Gewerkschaften und ein Teil der Alliierten zunächst eine negative Einstellung hatten.⁵⁴ Erst nach langen Verhandlungen gelang es am 28. Januar 1949, eine „Sozialpolitische Arbeitsgemeinschaft der Arbeitgeber des Vereinigten Wirtschaftsgebietes“ zu gründen, aus der für die Bundesrepublik die „Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände“ hervorging.

b. Tarifautonomie und Tarifvertragsgesetz

Nach Aufhebung des Arbeitsordnungsgesetzes zum 1. Januar 1947⁵⁵ bestand das Problem, dass der Wegfall der Ermächtigungsgrundlage die Fortgeltung der bisher ergangenen Tarifordnungen nicht berührte, aber nicht mehr auf die Ermächtigung im Arbeitsordnungsgesetz zurückgegriffen werden konnte, um neue Tarifordnungen zu erlassen.

⁵³ Rosenberg, Ludwig (damals Sekretär des Gewerkschaftsrats der Vereinten Zonen): Die deutschen Gewerkschaften. In: RdA 1948, S. 123 (124 - Hervorhebung im Text). Vgl. auch Mielke, in: Geschichte der Gewerkschaften (s. Fn. 51), S. 19 (22 f.).

⁵⁴ Vgl. Wengst, in: Geschichte der Sozialpolitik in Deutschland seit 1945 (s. Fn. 48), Bd. 2/1, S. 27 ff.; Schell, Arbeitsrecht der Westzonen, S. 32 ff. Dazu auch Erdmann, Gerhard: Die deutschen Arbeitgeberverbände im sozialgeschichtlichen Wandel der Zeit. Neuwied, Berlin 1966, S. 227 ff. – Gerhard Erdmann, zunächst seit Januar 1921 Assistent der Juristischen Abteilung der „Vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände“, seit 1951 Hauptgeschäftsführer, später geschäftsführendes Präsidialmitglied der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände bis zum 31. Dezember 1963.

⁵⁵ Kontrollratsgesetz Nr. 40 vom 30. November 1946 (ABl. S. 229).

Der Übergang von der Tarifordnung zum Tarifvertrag, von der behördlichen Ordnung der Arbeitsbedingungen zur Selbstverwaltung durch frei gebildete Verbände der Arbeitgeber und Arbeitnehmer gestaltete sich schwierig.

In der Britischen, aber auch in der Amerikanischen Besatzungszone setzten noch vor Aufhebung des Arbeitsordnungsgesetzes Bestrebungen ein, das Recht des Tarifvertrages gesetzlich zu ordnen.⁵⁶ Schon im November 1946 begann man im Zentralamt für Arbeit der Britischen Zone in Lemgo mit der Arbeit an einer Tarifvertragsordnung.⁵⁷ Der Referentenentwurf⁵⁸ sah vor, dass Tarifverträge nicht nur der Schriftform, sondern auch der Eintragung in ein Tarifregister bedürft hätten, das beim Zentralamt für Arbeit geführt werden sollte. Damit war ein materielles Prüfungsrecht des Staats verbunden; denn der Antrag auf Eintragung in das Tarifregister sollte abgelehnt werden, „wenn zwingende Gründe des Allgemeinwohls es erfordern“ (§ 8 Abs. 1 Satz 4).

Vor allem dagegen richtete sich der Widerstand der Gewerkschaften.⁵⁹ Sie legten einen eigenen Entwurf vor, mit dessen Ausarbeitung sie Hans Carl Nipperdey beauftragt hatten.⁶⁰ Dieser Entwurf regelte das Tarifvertragsrecht in gesetzestechnisch vorbildlicher Knappheit. Er machte die Geltung der Tarifnormen nicht von der Eintragung in das Tarifregister (§ 8) abhängig. Nachdem die Kompetenz für das Arbeitsrecht auf das Vereinigte Wirtschaftsgebiet übergegangen war, erging letztlich auf dieser Basis das Tarifvertragsgesetz mit Datum vom 9. April 1949.⁶¹

Das Tarifvertragsrecht hatte damit für die Amerikanische und Britische Besatzungszone eine Gesetzesgrundlage erhalten.⁶² Bereits das Gesetz über die Aufhebung des Lohnstopps vom 3. November 1948⁶³ im Vereinigten Wirtschaftsgebiet hatte mit Wirkung vom 10. November 1948 inhaltlich die volle Tarifvertragsfreiheit wieder eingeführt. Der Weg in die Tarifautonomie war frei, damit war aber noch nicht hinreichend geklärt, welchen Stellenwert sie innerhalb der Wirtschaftsverfassung haben würde. Dem Einwand, in einer gebundenen Wirtschaft könne nicht Freiheit für die Gestaltung der Lohn- und Ar-

⁵⁶ Vgl. Nautz, Jürgen P.: Die Durchsetzung der Tarifautonomie in Westdeutschland. Frankfurt am Main 1985, S. 69 - 97 für die Britische, S. 98 - 103 für die Amerikanische Besatzungszone.

⁵⁷ Vgl. Nautz, Durchsetzung der Tarifautonomie, S. 71 f.; weiterhin Herschel, Wilhelm: Zur Entstehung des Tarifvertragsgesetzes. In: ZfA 1973, S. 183 ff.

⁵⁸ Abgedruckt in ZfA 1973, S. 130 - 138; zur Entstehung Nautz, Durchsetzung der Tarifautonomie, S. 73 - 92.

⁵⁹ Bührig, Erich (Vorstandsmitglied der Industriegewerkschaft Metall für die Britische Zone und Bremen): Der Weg zum neuen Tarifrecht. In: RdA 1948, S. 11 (14 f.).

⁶⁰ Vgl. Entwurf des Bundesvorstandes des Deutschen Gewerkschaftsbundes für die Britische Zone vom 26.4.1948, abgedruckt mit zwei Vorentwürfen in ZfA 1973, S. 141 - 144. Zu Hans Carl Nipperdey (1895 - 1968), damals Universitätsprofessor in Köln, 1954 - 1964 erster Präsident des neu errichteten Bundesarbeitsgerichts in Kassel, vgl. Stumpf, Hermann: Hans Carl Nipperdey. In: Juristen im Portrait. Festschrift zum 225jährigen Jubiläum des Verlages C.H. Beck. München 1988, S. 608 ff.

⁶¹ Gesetzblatt der Verwaltung des Vereinigten Wirtschaftsgebietes 1947 - 1949. Hrsg. vom Büro des Wirtschaftsrates. Frankfurt am Main o. J. S. 55 f.

⁶² Vgl. Nipperdey, Hans Carl: Das Tarifvertragsgesetz des Vereinigten Wirtschaftsgebietes. In: RdA 1949, S. 80 ff.

⁶³ ABl. S.117.

beitsbedingungen herrschen, waren die Gewerkschaften mit dem Argument entgegengetreten, „daß gebundene Wirtschaft nicht gleichzustellen ist mit staatlich-autoritär geplanter und gelenkter Wirtschaft, auch nach dem Willen der für eine gebundene Wirtschaft Eintretenden nicht sein soll“.⁶⁴

Eine andere Grundlage als im Vereinigten Wirtschaftsgebiet erhielt die gesetzliche Gestaltung des Tarifvertragsrechts in der Französischen Besatzungszone. Erst durch das Gesetz über die Erstreckung des Tarifvertragsgesetzes vom 23. April 1953⁶⁵ wurde das Tarifvertragsgesetz des Vereinigten Wirtschaftsgebiets auf das Land Baden-Württemberg, soweit es die ehemaligen Länder Baden und Württemberg-Hohenzollern umfasste, auf das Land Rheinland-Pfalz sowie auf den bayerischen Kreis Lindau erstreckt. Davon nicht berührt waren aber die in diesen Ländern geltenden Schlichtungsregelungen. Doch war im Prinzip damit auch für die Länder der Französischen Besatzungszone das liberale Tarifvertragssystem eingeführt.

2. Betriebsrätewesen

Das Kontrollratsgesetz Nr. 22 (Betriebsrätegesetz) vom 10. April 1946,⁶⁶ das die Errichtung und die Tätigkeit von Betriebsräten in ganz Deutschland gestattete, erging noch vor Aufhebung des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit. Die zum Teil der Wiedererrichtung der Betriebsräte widerstrebenden Besatzungsmächte hatten sich auf die Wiedereinführung dieser dem deutschen Arbeitsrecht eigenen Repräsentation der Arbeitnehmer in den Betrieben geeinigt.⁶⁷ Klargestellt war auch, dass der Betriebsrat, soweit nicht anderweitige gesetzliche Regelungen oder Beschränkungen bestanden, mit den Arbeitgebern über „Vereinbarungen für den Erlass von Betriebsordnungen zum Zwecke des Arbeitsschutzes, einschließlich der in das Gebiet der Unfallverhütung, ärztlichen Betreuung, betriebshygienischen und sonstigen Arbeitsbedingungen, Regelung von Einstellungen und Entlassungen und Abstellung von Beschwerden fallenden Angelegenheiten“, verhandeln konnte.⁶⁸

Diese Formulierung bot den Grund für die Annahme, dass die Unterscheidung zwischen Arbeitsordnung, Dienstvorschriften und sonstigen materiellen Betriebsvereinbarungen im Betriebsrätegesetz 1920 für das geltende Recht ihre Bedeutung verloren hatte.⁶⁹ Rolf Dietz gelangte daher zu der Feststellung: „In den Betriebsvereinbarungen können normativ alle den Inhalt von Arbeitsverhältnissen gestaltenden Bestimmungen getroffen werden“⁷⁰ - eine Auffassung, mit der die heute noch herrschende Lehre von der Allzuständigkeit der Betriebsparteien zur Gestaltung der Arbeitsentgelte und sonstigen

⁶⁴ Bührig (s. Fn. 59), RdA 1948, S. 1 (15 - Hervorhebung im Text).

⁶⁵ BGBl. I, S. 156.

⁶⁶ ABl. S. 133.

⁶⁷ Vgl. Fitting, Karl: Kontrollratsgesetz Nr. 22 und deutsche Betriebsräte-Gesetzgebung. In: RdA 1948, S. 89.

⁶⁸ Art. V Abs. 1 lit. b KRG Nr. 22.

⁶⁹ Dietz, Rolf: Die Betriebsvereinbarung im heutigen Arbeitsrecht. In: RdA 1949, S. 161 (164).

⁷⁰ RdA 1949, S. 161 (164).

Arbeitsbedingungen begründet wurde. Damals ging es aber nicht um Inhalt und Reichweite der Betriebsautonomie, sondern, da das Kontrollratsgesetz Nr. 22 nur eine Rahmenregelung enthielt, bildete es den Auslöser für einen Streit über die Gestaltung der Betriebsverfassung und damit der zukünftigen Sozialordnung.⁷¹

Den Streit löste das Betriebsrätegesetz für das Land Hessen aus, das vom Hessischen Landtag am 26. Mai 1948 verabschiedet wurde, aber wegen eines Einspruchs der amerikanischen Militärregierung mit dem Datum des 31. Mai 1948 erst am 1. Oktober 1948 im Gesetz- und Verordnungsblatt verkündet wurde.⁷² Es beruhte auf dem Grundgedanken, dass das Mitbestimmungsrecht der Betriebsräte bereits in der Hessischen Verfassung verwirklicht sei, und zwar in Anlehnung an den Räteartikel der Weimarer Reichsverfassung (Art. 165). In dem Art. 37 der Hessischen Verfassung vom 1. Dezember 1946 sah man aber anders als zu dem Räteartikel der Weimarer Verfassung keinen bloßen Programmsatz, sondern bereits geltendes Recht.⁷³ Das Hessische Betriebsrätegesetz räumte daher dem Betriebsrat ein umfassendes Mitbestimmungsrecht ein. Gepriesen wurde es daher als „das erste Gesetz Europas, ja der gesamten Welt, das den Versuch unternimmt, die Gedanken der Gleichberechtigung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in gesetzgeberische Form zu bringen.“⁷⁴ Die Einführung des Mitbestimmungsrechts in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Fragen bedeute „kurz gesagt die Einführung der Betriebsdemokratie“.⁷⁵

Bedenken der amerikanischen Militärregierung gegen das Gesetzesvorhaben veranlassten die Militärgouverneure der Amerikanischen und Britischen Besatzungszone, General Clay und General Robertson, den Standpunkt ihrer beiden Militärregierungen zum Betriebsräterecht in einer gemeinsamen Erklärung festzulegen: Zum gegenwärtigen Zeitpunkt sei es nicht angebracht, dass ein derart grundlegendes Gesetz jetzt, vor der Entscheidung über das Grundgesetz von den Länderregierungen verabschiedet werde. Wenn erst eine deutsche Regierung auf verfassungsmäßiger Grundlage geschaffen sei, hätten die Militärgouverneure „nicht die Absicht, sich irgendwelche Rechte auf dem Gebiete der Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorzubehalten.“⁷⁶ Auf Befehl der amerikanischen Militärregierung wurden deshalb die Vorschriften über das wirtschaftliche Mitbestimmungsrecht im Hessischen Betriebsrätegesetz - §§ 30, 32, 52 - 55 - suspendiert.⁷⁷

3. Übereinstimmung und Dissens zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften

Im Hinblick auf die Ausgestaltung der Arbeitsverfassung in den Westzonen gab es zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften nur insoweit Übereinstimmung, als ihr Ver-

⁷¹ Vgl. Reichold, Hermann: Betriebsverfassung als Sozialprivatrecht. München 1995, S. 360 ff.

⁷² GVBl. Nr. 23 S. 117.

⁷³ So Hessisches Landesarbeitsgericht vom 11.3.1947, veröffentlicht in: Der Betriebs-Berater 1947, S. 116.

⁷⁴ Engler, Herbert: Das Hessische Betriebsrätegesetz. In: RdA 1948, S. 15 (17).

⁷⁵ Engler, ebd.

⁷⁶ Abgedruckt in RdA 1948, S. 64.

⁷⁷ Vgl. die Mitteilung in RdA 1949, S. 98.

hältnis zueinander keiner Staatskontrolle unterliegen sollte. So hieß es beispielsweise in einer Stellungnahme der Arbeitgeberseite, dass „die Beziehungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im weitesten Umfang selbstverantwortlich unter Ausschaltung von staatlicher Bevormundung zu regeln“⁷⁸ seien und der DGB stellte in seinem Programm von 1949 fest, dass „die Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen [...] Angelegenheiten der Unternehmer und der Gewerkschaften [seien], die ihre Vereinbarungen in voller Selbständigkeit zu treffen haben“⁷⁹ Der DGB forderte darüber hinaus die „Schaffung eines einheitlichen Arbeitsrechts“. Damit griff er auf Art. 157 Abs. 2 WRV zurück, in dem es hieß: „Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht.“ Diese Forderung ist bis auf den heutigen Tag nicht verwirklicht – nicht einmal für das Arbeitsvertragsrecht, obwohl im Einigungsvertrag mit der DDR vom 31. August 1990 dem gesamtdeutschen Gesetzgeber die Aufgabe zugewiesen wurde, das Arbeitsvertragsrecht möglichst bald einheitlich neu zu kodifizieren.⁸⁰

Die Arbeitgeber auf der einen und die Gewerkschaften auf der anderen Seite hatten bei Gründung der Bundesrepublik Deutschland diametral entgegengesetzte Vorstellungen in Bezug auf die wirtschaftspolitischen Rahmenbedingungen. Während die Gewerkschaften weiterhin planwirtschaftliche Ziele unter Überführung von Schlüsselindustrien in Gemeineigentum verfolgten und darüber hinaus die Demokratisierung der Wirtschaft durch den weiteren Ausbau der Mitbestimmung beabsichtigten, setzten die Unternehmer auf das Konzept der Marktwirtschaft, das sich durch die Entscheidung des bizonalen Wirtschaftsrates im Anschluss an die Währungsreform vom Juni 1948 als reale Wirtschaftsverfassung mehr und mehr durchzusetzen begann.

4. Beitrag der Rechtsprechung

a. Sicherung der Rechtseinheit durch die Fortgeltung des Bürgerlichen Gesetzbuches

Obwohl Deutschland nach der Kapitulation ein zerschlagenes Land war, ging man von einer geltenden Rechtsordnung aus, die es der Gerichtsbarkeit gestattete, Streitfälle auf dieser Grundlage zu entscheiden. Die Rechtsprechung war mit der Zersplitterung durch das Besatzungsrecht konfrontiert, wobei hinzutrat, dass die Gesetzgebung des Kontrollrats, soweit sie für das Arbeitsrecht überhaupt erfolgte, in den Sprachen der Besatzungsmächte erging; die „offizielle“ deutsche Übersetzung war nicht verbindlich. Daraus ergaben sich Probleme für die Rechtsanwendung. Unklarheit herrschte weiterhin über die Fortgeltung der in der NS-Zeit entstandenen Rechtsvorschriften. Der Kontrollrat hatte im Gesetz Nr. 1 vom 20. September 1945⁸¹ die „Aufhebung von Nazi-Gesetzen“ verordnet, wobei er in seinem Art. I die Gesetze und Verordnungen nannte, die er ausdrück-

⁷⁸ Tornow, Ingo: Die deutschen Unternehmerverbände 1945 - 1950. Kontinuität oder Diskontinuität? In: Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Zwischen Kapitulation und Grundgesetz. Hrsg. v. Bekker, Josef/Stamm, Theo/Waldmann, Peter. München 1979, S. 249

⁷⁹ Seffen, Achim/Vogel, Otto: Gewerkschaft und Wirtschaft. Die wirtschafts- und sozialpolitischen Leitvorstellungen des DGB. Köln 1982, S. 122.

⁸⁰ Art. 30 Abs. 1 Nr. 1.

⁸¹ ABl. S. 3.

lich aufhob, während Art. II eine Generalklausel enthielt. Nicht erfasst waren davon die Arbeitsgesetze. Da sogar das nationalsozialistische Arbeitsordnungsgesetz nicht außer Kraft gesetzt war, stellte sich der Gerichtsbarkeit nur in besonders gelagerten Fällen die Frage, ob eine Rechtsvorschrift nicht mehr anwendbar war, weil sie nationalsozialistisches Gedankengut enthielt. Keinesfalls konnte genügen, dass bei der Entstehung einer Rechtsvorschrift typisch nationalsozialistische Motive mitgewirkt hatten. Das galt z.B. für das Mutterschutzgesetz vom 17. Mai 1942.⁸²

Trotz der Zersplitterung durch das Besatzungsrecht und der Unklarheit über die Fortgeltung der in der NS-Zeit entstandenen Rechtsvorschriften gelang der Rechtsprechung die Feststellung von Ordnungsgrundsätzen und Leitprinzipien, um auf dieser Grundlage Rechtstreitigkeiten zu entscheiden. Dabei konnte sie sich daran orientieren, dass das Bürgerliche Gesetzbuch als einheitliche Gesetzesgrundlage auch für Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis die NS-Zeit überdauert hatte. Obwohl keine Freiheit der Arbeitsplatzwahl bestand und auch die Entgeltregelung bindenden Rechtsvorschriften unterlag, blieb das Arbeitsverhältnis dem Privatrecht zugeordnet, das vom Grundsatz der Privatautonomie beherrscht wird. Die Rechtsbeziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer waren zwar in der Zeit zwischen 1945 und 1949 wie bereits während der NS-Zeit nicht mehr von Merkmalen bestimmt, die es sachlich rechtfertigen, im Arbeitsverhältnis eine Gestaltungsform der Privatautonomie zu erblicken, sondern das Arbeitsverhältnis beruhte bei einer materiellen Beurteilung auf einer öffentlich-rechtlichen Zwangsordnung. Dennoch blieb die Sicht bestimmend, dass es dem Privatrecht zuzuordnen sei.

Deshalb legte man der rechtlichen Beurteilung nicht nur das Dienstvertragsrecht des BGB zugrunde, sondern bezog auch sonst zivilrechtliche Bestimmungen in die Beurteilung von Streitfällen ein. Ein Spannungsfeld ergab sich daraus, dass nach dem damaligen Erkenntnisstand das Zivilrecht Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses nur unzureichend geordnet hatte.

b. Arbeitsrechtliche Grundlehren

Soweit Grundlehren des Arbeitsrechts den sozialen Gehalt des Arbeitsverhältnisses sicherten, war man damit konfrontiert, dass sie in der nationalsozialistischen Zeit als mit der damals herrschenden Staatsideologie vereinbar ausgewiesen waren, teilweise sogar als „neues Recht“ eine Übersteigerung erfahren hatten. Das gilt insbesondere für die in den dreißiger Jahren zur Herrschaft gelangte Lehre vom Arbeitsverhältnis als einem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis, das von der Treue- und Fürsorgepflicht beherrscht wird. In seinem Vortrag „Der Treuegedanke im modernen Privatrecht“, den Alfred Hueck⁸³ am 6. September 1946 vor der Bayerischen Akademie der Wissenschaf-

⁸² RGBl. I S. 321.

⁸³ Alfred Hueck (1889 - 1975), damals Universitätsprofessor in München; vgl. Weißhuhn, Christian: Alfred Hueck 1889 - 1975, Sein Leben, sein Wirken, seine Zeit. Frankfurt a. M. 2009; Zöllner, Wolfgang: Alfred Hueck. In: Juristen im Portrait. Festschrift zum 225jährigen Jubiläum des Verlages C. H. Beck. München 1988, S. 422 ff.

ten gehalten hat, unternahm er den Versuch, die Treuepflicht rechtsdogmatisch einzuordnen.⁸⁴ Sein Anliegen war es, den Treuegedanken von den Schlacken nationalsozialistischer Ideologie zu befreien, wobei er mit der Tatsache konfrontiert war, dass das nationalsozialistische Arbeitsordnungsgesetz noch fortgalt, in dessen § 2 Abs. 2 der Gesetzgeber die beiderseitige Treuepflicht ausdrücklich angeordnet hatte. Hueck ging es um den Nachweis, dass der Treuegedanke sich im Privatrecht in verschiedenen Ausprägungen realisiert: bereits außerhalb einer bestehenden Rechtsbindung durch das Verbot, niemanden in sittenwidriger Weise zu schädigen, bei jedem Schuldverhältnis durch den Grundsatz von Treu und Glauben, wie er in der Generalklausel des § 242 BGB seinen Ausdruck gefunden hat, und schließlich kann sich aus der Intensität der Rechtsbeziehung ergeben, dass der Treuegedanke hier zur Ausformung eines besonderen Pflichtenkreises führt.

Als Beispiel für den letzteren Fall nannte Hueck die Aufwertung des Treuegedankens durch „Rechtsprechung und Rechtswissenschaft auf dem Gebiet des Arbeitsrechts in den letzten 30 Jahren“.⁸⁵ Wertvolle Ergebnisse seien erzielt worden, die „heute im allgemeinen zum gesicherten Bestand des Arbeitsrechts gehören“. Er führte dann aus: „Um ein paar Beispiele zu nennen: Pflicht zur Gewährung von Erholungsurlaub, Pflicht zur Erteilung wahrheitsgemäßer Auskunft über den Arbeitnehmer, Fürsorge für Leben und Gesundheit, aber auch für das Eigentum des Arbeitnehmers, Gewährung gleicher Weihnachtsgratifikation, überhaupt gleichmäßige Behandlung der Angehörigen desselben Betriebes, Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers, Pflicht zur Überarbeit in Notfällen, Begrenzung der Haftung bei Übernahme gefährlicher Arbeit, wie etwa der Tätigkeit eines Chauffeurs usw.“ Davon macht man auch heute keine Abstriche. Ersetzt ist nur die rechtsdogmatische Begründung. Nach wie vor fehlt eine Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, in der durch eine Grundsatzregelung die Vorgaben für die Grundlehren des Arbeitsrechts gesetzlich festgelegt sind.

Wie wenig man aus der Anerkennung einer Treue- und Fürsorgepflicht auf eine Unterwerfung unter die nationalsozialistische Staatsideologie schließen darf, belegt ein Urteil des Landesarbeitsgerichts Stuttgart vom 18. März 1947.⁸⁶ Eine Arbeiterin hatte einem jüdischen Zwangshäftling, der in dem Betrieb beschäftigt war, wiederholt aus Mitleid Brot gegeben und ihm auch einige Male briefliche Mitteilungen an seine Angehörigen geschrieben und befördert. Sie war deshalb zunächst in Polizeihaft genommen und dann in ein Konzentrationslager gekommen, wo sie bis zur Amerikanischen Besetzung verblieben war. Das LAG Stuttgart entnahm der Fürsorgepflicht, dass der Arbeitgeber auch für das Versagen eines Betriebsleiters nach § 278 BGB einzustehen hat, weil dieser die Arbeiterin an die Polizei ausgeliefert hatte; „denn die verantwortliche Betreuung der Betriebsangehörigen gehört zu den hauptsächlichen Aufgaben des Betriebsleiters und gehörte auch insbesondere zu dem Aufgabenbereich des ‘Betriebsführers’ nach der na-

⁸⁴ Hueck, Alfred: Der Treuegedanke im modernen Privatrecht. München 1947.

⁸⁵ Hueck, ebd. S. 19.

⁸⁶ Abgedruckt in: RdA 1949, S. 112 - 114.

tionalsozialistischen Betriebsverfassung, wonach der Betriebsführer für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen hatte (vgl. § 2 Abs. 2 AOG)“.

Bayern als Vorreiter umfassender Verfassungsgerichtsbarkeit. Die Entstehung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs¹

Ekkehard Schumann

I. ERSTER TEIL.

DIE JAHRE 1945 BIS 1949 ALS EINER DER BEDEUTSAMSTEN ZEITABSCHNITTE DER JÜNGEREN DEUTSCHEN GESCHICHTE

Die Jahre von 1945 bis 1949 gehören zu den bedeutsamsten Zeitabschnitten der jüngeren deutschen Geschichte und vor allem auch der Rechtsgeschichte. Wie selten in der Vergangenheit fallen in die kurze Spanne dieser fünf Jahre eine Vielzahl von umwälzenden Ereignissen und wegweisenden Entwicklungen. Im Jahr 1945 endete der Zweite Weltkrieg; die zwölfjährige Diktatur des Nationalsozialismus fand ihr Ende. Deutschland war besetzt von den Siegermächten; es lag in Schutt und Asche, und nicht nur im eigentlichen Sinn, sondern ebenso geistig und moralisch. Doch jetzt war endlich Frieden. Überall begann der Aufbau, auch in juristischer Hinsicht. In den Jahren 1945 bis 1949 wurden die Grundlagen der heutigen deutschen Staatlichkeit geschaffen. Zunächst bildeten sich die deutschen Länder mit ihren jeweiligen Verfassungen. In das letzte Jahr dieses Zeitraums fallen das Inkrafttreten des Grundgesetzes und die Geburt der aus den drei Westzonen gebildeten Bundesrepublik Deutschland. Zugleich entstand auf dem Gebiet der sowjetischen Besatzungszone die Deutsche Demokratische Republik. Das Jahr 1949 markiert also zugleich die Teilung Deutschlands und das Entstehen eines neuen diktatorischen Staates, der über vierzig Jahre hindurch den Osten Deutschlands beherrschte.

1. Der Aufbau der Rechtspflege als zentrales Nachkriegsproblem der Westzonen

a. Wiedereinführung und Stärkung einer unabhängigen Rechtspflege

Zu den grundlegenden Zielen der Rechtsentwicklung nach 1945 gehörten die Wiedereinführung und die Stärkung einer unabhängigen Rechtspflege. Hierbei muss man sich vor Augen halten, dass eine der ersten Maßnahmen der Nationalsozialisten nach der Machtergreifung im Januar 1933 darin bestand, die richterliche Unabhängigkeit abzuschaffen und die Gerichte in den Dienst der neuen Ideologie zu stellen.² Immer mehr üb-

¹ Erweiterter Vortrag vom 9. Juni 2010 im Rahmen der Ringvorlesung „Rechtsgeschichte 1945 – 1949“ der Juristischen Fakultät der Universität Regensburg. Meinen wissenschaftlichen Mitarbeitern, den Rechtsreferendaren Dr. Bastian Bohn, Andreas Götz und Dr. David Preisner, danke ich für Hilfe, Diskussion und Kritik zunächst bei der Vorbereitung des Vortrags und sodann bei der Drucklegung dieses Beitrags.

² Zu den „massiven Eingriffen in den Personalbestand“ der Gerichte: Fabian Witteck: Die Verwaltung der Dritten Gewalt, Tübingen 2006, S. 62 ff.; vgl. auch Lothar Gruchmann: Justiz im Dritten Reich. 1933 – 1940. Anpassung und Unterwerfung in der Ära Gürtner, 3. Aufl., München 2001, S. 124 ff.; Ekkehard Schumann in: Stein/Jonas: ZPO, 20. Aufl., Tübingen 1980, Einl. Rdnr. 135 ff.

ten zudem die Straferichte — besonders der bereits im Jahr 1934 eingerichtete Volksgerichtshof³ und später die Sondergerichte — eine Terrorjustiz aus.⁴ Der Führererlass vom 20. August 1942 übertrug dem Reichsjustizminister „besondere Vollmachten“ beim Aufbau einer „nationalsozialistischen Rechtspflege“ und vor allem die Befugnis, „vom bestehenden Recht abzuweichen“.⁵ Zum Vollzug dieser Vollmachten ernannte Hitler einen neuen (den letzten) Reichsjustizminister, Georg Otto Thierack, der ihn nicht enttäuschte — war er doch für die „letzte extremste Phase des Ausverkaufs der Justiz“⁶ verantwortlich.⁷ Folgerichtig kam am Schluss sogar die Zivilgerichtsbarkeit mit ihren Alltagsstreitigkeiten um Unterhalt, Miete oder Kaufpreis, um Ehescheidung oder Erbe völlig zum Erliegen.⁸

Die Männer und Frauen, die dies erlebt hatten, waren sich einig: Die neue Staatlichkeit muss geprägt sein von einer wirksamen sowie unabhängigen und unparteilichen Rechtspflege.

b. Rechtsschutz auch gegen den Staat

Doch nicht nur die Wiedererrichtung unabhängiger Gerichte war das Ziel in den Jahren nach 1945. Von besonderer Bedeutung erschien ebenso der Umfang des Rechtsschutzes. Das „Dritte Reich“⁹ beendete die Geltung subjektiver Rechte gegenüber dem Staat, insbesondere der Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung¹⁰. Entsprechend sahen die

³ Der Volksgerichtshof wurde bereits durch Art. III des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des Strafrechts und des Strafverfahrens vom 24. April 1934, RGBl. I, S. 341 gebildet, und zwar als Antwort Hitlers, dem wegen der teilweise erfolgten Freisprüche das Urteil des Reichsgerichts vom 23. Dezember 1933 im Reichstagsbrandprozess als zu mild erschien; hierzu die Tagebuchaufzeichnung vom 27. April 1934 von Erich Ebermayer: Denn heute gehört uns Deutschland ... , Hamburg-Wien 1959, S. 296 sowie Dieter Kolbe: Reichsgerichtspräsident Dr. Erwin Bumke. Studien zum Niedergang des Reichsgerichts und der deutschen Rechtspflege, Karlsruhe 1975, S. 236.

⁴ Vgl. z. B. Albrecht Wagner: Die Umgestaltung der Gerichtsverfassung und des Verfahrens- und Richterrechts im nationalsozialistischen Staat, in: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Teil I, Stuttgart 1968, S. 191 (244 ff.); Walter Wagner: Der Volksgerichtshof im nationalsozialistischen Staat, Stuttgart 1974, S. 17 ff., 47 ff., 861 ff., 873 ff.; vgl. außerdem Gert Buchheit: Richter in roter Robe. Freisler. Präsident des Volksgerichtshofes, München 1968, S. 108 ff. sowie Hermann Wentker: Justiz in der SBZ/DDR 1945 – 1953, München 2001, S. 598 f. [kurzer Vergleich der beiden totalitären Systeme].

⁵ Erlaß des Führers vom 20. August 1942, RGBl. I, S. 535; hierzu Otto Georg Thierack: Gedanken zum Neuaufbau der deutschen Rechtspflege, DJ 1942, S. 661 f. Im selben Jahr beklagte sogar der „Reichsrechtsführer“ Hans Frank, dass „die Staatssicherheit an die Stelle der Rechtssicherheit“ getreten sei (zitiert nach Karl Kroeschell: Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, Göttingen 1992, S. 117).

⁶ Martin Broszat: Der Staat Hitlers – Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung, 15. Aufl., München 1995, S. 421.

⁷ Eingehend Sarah Schädler: ‚Justizkrise‘ und ‚Justizreform‘ im Nationalsozialismus. Das Reichsjustizministerium unter Reichsjustizminister Thierack (1942 – 1945), Tübingen 2009.

⁸ Vgl. Schumann in: Stein/Jonas (Fußn. 2), Einl. Rdnr. 142 f.

⁹ Die Nationalsozialisten bezeichneten ihren Staat als das „dritte“ Reich. „Das erste Reich war das Heilige römische Reich, das zweite das Bismarcksche Kaiserreich, die Weimarer Republik ließen ihre Gegner nur als Zwischenreich gelten“ (Hans Nawiasky: Staatstypen der Gegenwart, St. Gallen 1934, S. 147).

¹⁰ Vgl. Walter Pauly: Grundrechtstheorie in der Zeit des Nationalsozialismus und Faschismus, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier (Hrsg.): Handbuch der Grundrechte [HGR], Band I, Heidelberg 2004, S. 563 (573 ff.); zeitgenössische Zitate auch bei Schumann in: Stein/Jonas (Fußn. 2), Einl. Rdnr. 135 in dortiger Fußn. 3.

Nationalsozialisten keine Berechtigung mehr für eine Verwaltungsgerichtsbarkeit, wie sie zum Schutze des Bürgers gegenüber dem Staat im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts entstanden war¹¹ und sich stetig verfeinert hatte¹². Die Verwaltungsgerichtsbarkeit — also die uns heute selbstverständliche Klagemöglichkeit gegen den Staat — wurde unter der Herrschaft des Nationalsozialismus immer mehr eingeschränkt¹³, bis ihre Tätigkeit zu Kriegsbeginn nahezu vollständig zum Erliegen kam¹⁴. Sämtliche politischen Kräfte im Nachkriegsdeutschland betonten, wie notwendig und unverzichtbar es nunmehr sein muss, dass jeder Bürger gerichtlichen Schutz hat, wenn er glaubt, von einer Behörde in seinen Rechten verletzt zu sein.

c. Wiedereinführung und Erweiterung der Verfassungsgerichtsbarkeit

Die justiziellen Forderungen der Nachkriegszeit beschränkten sich nicht auf die herkömmlichen Zivil-, Straf-, Verwaltungs- und sonstigen Gerichtsbarkeiten. Sie betrafen auch die Verfassungsgerichtsbarkeit. Mit der nationalsozialistischen Ideologie war eine unabhängige Verfassungsgerichtsbarkeit schlechthin unvereinbar¹⁵. Deshalb wurde nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten die Staatsgerichtsbarkeit entweder

¹¹ Zuerst eingeführt im Jahr 1863 im Großherzogtum Baden (Ernst Walz: 100 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in Baden, in: Martin Baring [Hrsg.]: Aus 100 Jahren Verwaltungsgerichtsbarkeit, Festschrift, Köln-Berlin-Bonn-München 1963, S. 102). Preußen folgte 1872, sodann Hessen 1874, Württemberg 1876, Bayern 1878.

¹² Leider verstärkten sich während der Weimarer Republik immer mehr die antiliberalen Stimmen gegen eine „Überspannung des öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzes“, so vor allem Otto Koellreutter: Der nationale Rechtsstaat, Tübingen 1932, S. 29. In einem Aufsatz mit demselben Titel bejubelte Koellreutter im April 1933 den neuen „Führer- und autoritären Staat“ und begrüßte die Abkehr vom „überspitzten liberalen Rechtsstaat“ der Weimarer Verfassung (DJZ 1933, Sp. 517 und 518).

¹³ Rudolf Echterhölter: Das öffentliche Recht im nationalsozialistischen Staat, in: Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus, Teil II, Stuttgart 1970, S. 85 ff., 100 ff.; Albrecht Wagner (Fußn. 4), S. 329 ff. Aus dem damaligen Schrifttum z. B. R. Knauth: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich, RuPrVerwBl. 1933, S. 885 (besonders 886).

¹⁴ Vgl. Erlaß des Führers und Reichskanzlers über die Vereinfachung der Verwaltung vom 28. August 1939, RGBl. I, S. 1535 ff. [insbesondere Ziff. IV]; vgl. Echterhölter (Fußn. 13), S. 113; Albrecht Wagner (Fußn. 4), S. 335, 338; vgl. auch Wentker (Fußn. 4), S. 594 f.

¹⁵ Dies zeigt sehr gut das Geleitwort von Hans-Heinrich Lammers in: Lammers/Walter Simons: Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund Artikel 13 Absatz 2 der Weimarer Reichsverfassung, Band VI, Berlin 1939, S. VII ff., vgl. ferner Kolbe (Fußn. 3), S. 236.

einfach eingestellt (so im Deutschen Reich¹⁶) oder ausdrücklich durch Gesetz bis auf weiteres suspendiert (so in Bayern¹⁷).

Nach dem Zusammenbruch des Jahres 1945 war es daher ein wichtiges Anliegen, die Verfassungs- und Staatsgerichtsbarkeit wieder zu errichten. Dieses Postulat hatte insofern eine besondere Qualität, als es nicht dem einfachen Gesetzgeber überlassen werden konnte, eine Verfassungs- oder Staatsgerichtsbarkeit einzurichten. Vielmehr herrschte in West-Deutschland darüber Einigkeit, dass sie in der jeweiligen Verfassungsurkunde niedergelegt werden musste, sofern man sie wollte. Damit stand jedes westdeutsche Land bereits bei der Verfassunggebung vor der Entscheidung, ob und inwieweit es eine Verfassungsgerichtsbarkeit einführt.

aa. Westzonen: Wiedereinführung der Verfassungsgerichtsbarkeit

Fast sämtliche der Verfassungsurkunden der Länder der Westzonen¹⁸ und der späteren Bundesrepublik Deutschland enthielten eine eigene Verfassungs- oder Staatsgerichtsbarkeit.¹⁹ Eine solche Gerichtsbarkeit erschien in Westdeutschland schon damals als not-

¹⁶ Hierzu etwa: Fritz Poetzsch-Heffter/Carl-Hermann Ule/Carl Darnedde: Vom Deutschen Staatsleben (vom 30. Januar bis 31. Dezember 1933), JöR 22 (1935), S. 1 (268 ff. sub A.). — Typisch für die vielen nach der Machtergreifung erschienenen, weit verbreiteten Jubelschriften deutscher Professoren ist das Heft „Das Reichsstatthaltergesetz“ („Neuntes und zehntes Tausend“ - Berlin 1934) aus der Feder von Carl Schmitt. Begeistert äußert er sich über „die deutsche Revolution“, die „in wenigen Tagen ein Stück Reichsreform geschaffen“ habe, „das viele Jahrhunderte innerstaatlicher Zerrissenheit überwindet“ (S. 3). Er begrüßt die Beseitigung der Staatlichkeit der deutschen Länder sowie die völlige politische Gleichschaltung im Deutschen Reich (S. 11 u. ö.) und beendet sein Pamphlet mit polemischen Abschiedsworten auf die Staatsgerichtsbarkeit (S. 23). Ebenso äußerte sich etwa ein anderer begeisterter nationalsozialistischer Staatsrechtslehrer: Otto Koellreutter: Deutsches Verfassungsrecht. Ein Grundriß, 3. Aufl., Berlin 1938, S. 181: „Diese Art der Staatsgerichtsbarkeit [sc. der Weimarer Verfassung] ist im Führerstaat beseitigt, Art. 19 [WRV] muß als nicht mehr gültig angesehen werden.“ Vgl. zu Koellreutter auch oben Fußn. 12.

¹⁷ Zweites Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 27. Juni 1933, Bay-GVBl. 1933, S. 185. Hierzu Hermann Rumschöttel: Zur Geschichte der Verfassungsgerichtsbarkeit in Bayern, in: Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Hrsg.): Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung, Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München 1997, S. 137 (149 und 153).

¹⁸ Zur Einteilung in die drei „westlichen“ (amerikanische, britische, französische) und die sowjetische Besatzungszonen sowie Berlin z. B. Ulrich Eisenhardt: Deutsche Rechtsgeschichte, 5. Aufl., München 2008, Rdnr. 718 ff. (S. 477 ff.); Michael Stolleis: Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945 – 1949, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland [HStR], Band I, 3. Aufl., Heidelberg 2003, S. 269 (290 ff.).

¹⁹ Nur die Verfassung von Schleswig-Holstein vom 13. Dezember 1949 verzichtete auf ein eigenes Verfassungsgericht und übertrug in Art. 37 [später Art. 44] gemäß Art. 99 Satz 1 GG die Entscheidung der Landesverfassungsstreitigkeiten auf das Bundesverfassungsgericht. Seit der Verfassungsänderung vom 17. Oktober 2006 (SchlH-GVOBl. 2006, S. 220) und dem Gesetz über das Schleswig-Holsteinische Landesverfassungsgericht vom 10. Januar 2008 (SchlH-GVOBl. 2008, S. 25) verfügt jetzt auch dieses Land über ein eigenes Verfassungsgericht; vgl. Helge Sodan: Schutz der Landesgrundrechte durch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: Merten/Papier, HGR (Fußn. 10), Band III, 2009, S. 1147 (1186).

wendiger Teil der neu geschaffenen Staatlichkeit.²⁰ So ist es nicht verwunderlich, dass die Errichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit selbstverständlich war, als die Beratungen für eine neue (westdeutsche) Verfassung — für das Grundgesetz — aufgenommen wurden.

bb. Sowjetische Besatzungszone: Keine Verfassungsgerichtsbarkeit

Die nationalsozialistische Ablehnung einer Verfassungs- und Staatsgerichtsbarkeit setzten die Verfassungen der damaligen Länder der Sowjetischen Besatzungszone fort.²¹ Weder in diesen Verfassungen²² (solange sie bestanden²³) noch in der Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik (DDR) vom 7. Oktober 1949, noch viel weniger in den DDR-Verfassungen vom 6. April 1968 und vom 7. Oktober 1974 findet sie sich.²⁴ Inso-

²⁰ Eine Ausnahme bildete die Verfassung des Saarlandes vom 15. Dezember 1947. Sie errichtete zwar in Art. 98 einen Verfassungsgerichtshof. Doch nach Art. 99 Satz 1 war „für die Auslegung der Verfassung“ ... „allein die Verfassungskommission des Landtags zuständig“. Ferner untersagte Art. 113 Abs. 2 allen Gerichten (auch dem Verfassungsgerichtshof) das Richterliche Prüfungsrecht (Art. 113 Abs. 2). „In seiner Hauptaufgabe wird er [sc. der Verfassungsgerichtshof] also gleich in der Verfassung ausgeschaltet“ (Rudolf Schranil: Verfassung des Saarlandes, Saarbrücken o. J. [1952], Anm. 2 vor Art. 98). Diese Verfassungslage hatte die Gesetzgebende Versammlung des Saarlandes geschaffen, die eine Prüfung des Parlamentsgesetzes durch Richter ablehnte (vgl. ein wörtliches Zitat aus den damaligen Diskussionen unten Fußn. 239 sowie allgemein Robert Stöber: Die saarländische Verfassung vom 15. Dezember 1947 und ihre Entstehung, Köln 1952). Die in der Präambel der Verfassung des Saarlandes ausgesprochene „politische Unabhängigkeit des Saarlandes vom Deutschen Reich“ endete erst mit dem Inkrafttreten des Gesetzes über die Eingliederung des Saarlandes vom 23. Dezember 1956 (BGBl. 1956 I, S. 1011) am 1. Januar 1957. Gleichzeitig trat auch das Gesetz zur Änderung der Verfassung vom 20. Dezember 1956 in Kraft (Saarl.-ABL. 1956, S. 1657), das u. a. die oben angeführten Art. 99 und 113 änderte.

²¹ Ebenso gehörte bei den westdeutschen Verfassungsdiskussionen die KPD zu den entschiedenen Gegnern der Landesverfassungsgerichtsbarkeit (Wilfried Fiedler: Die Entstehung der Landesverfassungsgerichtsbarkeit nach dem Zweiten Weltkrieg, in: Christian Starck/Klaus Stern: Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband I, Baden-Baden 1983, S. 103 [119 ff.]).

²² Vgl. Wilhelm Wegener: Die neuen deutschen Verfassungen, Essen/Kettwig 1947, S. 46 und die dort auf S. 170 ff. abgedruckten Verfassungen für die Mark Brandenburg, des Landes Mecklenburg, der Provinz Sachsen-Anhalt, des Landes Sachsen, des Landes Thüringen vom Dezember 1946, Januar und Februar 1947.

²³ Die DDR hatte ihre Länder im Jahr 1952 dadurch faktisch abgeschafft, dass sie ihr Gebiet in Bezirke gliederte (Gesetz über die weitere Demokratisierung des Aufbaus und der Arbeitsweise der staatlichen Organe in den Ländern der DDR vom 23. Juli 1952, DDR-GBl. 1952, S. 613); vgl. Rudolf Schuster (Hrsg.): Deutsche Verfassungen, 20. Aufl., München 1994, S. 351 Fußn. 16 und Georg Brunner: Das Staatsrecht der Deutschen Demokratischen Republik, in: HStR, Band I (Fußn. 18), S. 531 (536 [Rdnr. 7 f.]).

²⁴ DDR-GBl. 1949 I, S. 1, DDR-GBl. 1968 I, S. 199 und DDR-GBl. 1974 I, S. 432. Abdruck der Verfassungen z. B. bei Horst Hildebrandt (Hrsg.): Die deutschen Verfassungen des 19. und 20. Jahrhunderts, 14. Aufl., Paderborn-München-Wien-Zürich 1992, S. 198, 235 und bei Schuster (Fußn. 23), S. 325, 391 und 360.

weit konsequent, untersagten sämtliche dieser Verfassungen das Richterliche Prüfungsrecht²⁵, das eng mit der Idee einer Verfassungsgerichtsbarkeit zusammenhängt²⁶.

2. Die Entwicklung in der amerikanischen Besatzungszone

a. Das Scheitern einer einheitlichen deutschen Rechtsentwicklung

Nach der Kapitulation des Oberkommandos der deutschen Wehrmacht am 8. Mai 1945²⁷ und der vollständigen Besetzung Deutschlands übernahmen die Regierungen der USA, der Sowjetunion, des Vereinigten Königreichs und der Französischen Republik mit ihrer Deklaration vom 5. Juni 1945²⁸ die oberste Herrschaft über das Deutsche Reich. Das deutsche Gebiet wurde in Besatzungszonen aufgeteilt. Die Siegermächte setzten am 30. August 1945 den Kontrollrat ein.²⁹ Ihm wurde die Zuständigkeit in allen Fragen, die Deutschland als Ganzes betreffen, übertragen³⁰.

b. Die Regionalisierung der Rechts- und Verfassungsentwicklung

Zu einer einheitlichen Rechtsentwicklung kam es jedoch in den ersten Nachkriegsjahren nicht. Zwar stellte der Kontrollrat in seiner Proklamation vom 20. Oktober 1945³¹ beispielsweise Grundsätze für die Umgestaltung der Rechtspflege auf; sie sollten „für ganz Deutschland Geltung haben“³². Auch traf in Übereinstimmung mit dieser Proklamation das Kontrollratsgesetz vom 30. Oktober 1945³³ etwa eine Reihe von Bestimmungen zur Umgestaltung der Gerichtsverfassung. Doch die Wirklichkeit sah anders aus. Wie Hans-Peter Schwarz im Rahmen dieser Ringvorlesung eindrucksvoll dargestellt hat, war die unmittelbare Nachkriegszeit von den unterschiedlichen Vorstellungen und den zum Teil

²⁵ Vgl. Art. 43 Abs. 1 Verfassung Thüringen, Art. 60 Abs. 3 Satz 1 Verfassung Sachsen-Anhalt, Art. 64 Abs. 2 Verfassung Mecklenburg, Art. 37 Abs. 1 Verfassung Brandenburg, Art. 60 Satz 1 und 2 Verfassung Sachsen (Wegener [Fußn. 22], S. 170 ff.) sowie Art. 89 Abs. 1 DDR-Verfassung 1949 und Art. 89 Abs. 3 Satz 2 DDR-Verfassung 1974 (Hildebrandt und Schuster [Fußn. 23], a. a. O.); vgl. auch Gerhard Braas: Die Entstehung der Länderverfassungen in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands 1946/47, Köln 1987, S. 183 ff.; Heike Amos: Die Entstehung der Verfassung in der Sowjetischen Besatzungszone/DDR 1946 – 1949, Münster 2006; Julia Schulze Wessel: Mächtiger Autor – Ohnmächtiger Interpret. Die Verfassungsgebung in der Deutschen Demokratischen Republik, in: Hans Vorländer (Hrsg.): Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit, Wiesbaden 2006, S. 363 (373 f., 375 ff.).

²⁶ Vgl. unten die ausführliche Darstellung im Text zu Fußn. 223 bis 291.

²⁷ Act of Military Surrender, abgedruckt z. B. bei Felix Brandl: Das Recht der Besatzungsmacht, Heidelberg 1947, S. 314 ff.

²⁸ Abdruck bei Brandl (Fußn. 27), S. 318 ff.

²⁹ Zu ihm z. B. Stolleis in: HStR, Band I (Fußn. 18), S. 288 ff.

³⁰ Art. II Kontrollratsproklamation Nr. 1 vom 30. August 1950, abgedruckt bei Brandl (Fußn. 27), S. 452 und bei Ruth Hemken: Sammlung der vom Alliierten Kontrollrat und der Amerikanischen Militärregierung erlassenen Proklamationen, Gesetze, Verordnungen, Befehle, Direktiven, Stuttgart, Stand Februar 1950.

³¹ Proklamation Nr. 3 Deutschland wird wieder Rechtsstaat, abgedruckt bei Brandl (Fußn. 27), S. 482 ff.

³² Absatz vor I, Proklamation Nr. 3 (Fußn. 31).

³³ Gesetz Nr. 4 Umgestaltung des Gerichtswesens, abgedruckt bei Brandl (Fußn. 27), S. 498 ff.

grundlegend verschiedenen Zielen der Besatzungsmächte geprägt.³⁴ Auf den zentralen Einheitsstaat des „Dritten Reichs“ folgten dadurch erst einmal einige Jahre der Rechtszersplitterung, die ebenfalls im Rahmen dieser Ringvorlesung Reinhard Richardi umfassend am Beispiel des Arbeitsrechts schilderte.³⁵ Diese Rechtszersplitterung beruhte einerseits auf dem Fehlen einer einheitlichen Gesetzgebungsinstanz und andererseits auf der Unsicherheit, ob und inwieweit die seit 1933 erlassenen Normen weiter angewendet werden durften. In den drei Westzonen bestanden erhebliche Schwierigkeiten, zu einheitlichen Regelungen zu kommen³⁶, so dass sich „das Bild einer Rechtszersplitterung und Rechtsverwirrung“³⁷ ergab. Hinzu traten die unterschiedlichen Interessen und das sehr verschiedene Engagement der Besatzungsmächte. Die Rechts- und Verfassungsentwicklung unmittelbar nach Kriegsende ist deshalb durch eine Regionalisierung gekennzeichnet.³⁸

c. Bayern, Hessen und Württemberg-Baden als Länder der amerikanischen Zone

Als die Besatzungsmächte die Länder errichteten, knüpften sie nicht an die alten Strukturen an, zumal sie das Land Preußen keinesfalls wieder entstehen lassen wollten.³⁹ In der amerikanischen Zone war Bayern das einzige Gebiet, das — allerdings ohne Lindau und die Rheinpfalz — geschlossen eine alte staatsrechtliche Einheit repräsentierte. Die traditionellen Länder Baden und Württemberg waren dagegen durch die Abtrennung der südlichen Landesteile an die französische Besatzungsmacht geteilt worden. Gegen badischen Widerstand schlossen die Amerikaner die beiden Nordteile zu einem neuen Land zusammen, nämlich Württemberg-Baden⁴⁰. Darüber hinaus entstand in der ame-

³⁴ Vgl. hierzu Hans-Peter Schwarz: Vom Reich zur Bundesrepublik. Deutschland im Widerstreit der außenpolitischen Konzeptionen in den Jahren der Besatzungsherrschaft 1945 - 1949, 2. Aufl., Stuttgart 1980, S. 5 f., 11 ff., 592 ff. u. ö.

³⁵ Reinhard Richardi: Kontinuität und Wandel im Arbeitsleben während der Besatzungszeit. In diesem Band.

³⁶ Vgl. z. B. Die fünf Bände „Akten zur Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland 1945 bis 1949“: Walter Vogel/Christoph Weisz: Akten usw., Band 1, September 1945 bis Dezember 1946, München-Wien 1976, S. 16, 169 f., 205 f., 230, 560 f., 836 f., 916 f., 937 ff., 1085; Wolfram Werner: Akten usw., Band 2, Januar 1947 bis Mai 1947, München-Wien 1979, S. 479; Günter Plum: Akten usw., Band 3, Juni bis Dezember 1947, München-Wien 1982, S. 452 und S. 570; Christoph Weisz/Hans-Dieter Kreikamp/Bernd Steger: Akten usw., Band 4, Januar bis Dezember 1948, München-Wien 1983, S. 371 [Kleindruck], 436; Hans-Dieter Kreikamp: Akten usw., Band 5, Januar bis September 1949, München-Wien 1981, S. 761 ff.

³⁷ So die eindrucksvolle Schilderung des Berichterstatters Jacobi auf der Sitzung des Rechts- und Verfassungsausschusses des Zonenbeirats vom 8. Juni 1947, in: Plum (Fußn. 36), S. 452.

³⁸ Vgl. Bernhard Diestelkamp: Die Verfassungsentwicklung in den Westzonen bis zum Zusammentreten des Parlamentarischen Rates (1945 - 1948), NJW 1989, 1312 (1313).

³⁹ Das Kontrollratsgesetz Nr. 46 vom 25. Februar 1947 löste den Staat Preußen auch formell auf (vgl. Hemken [Fußn. 30]).

⁴⁰ Württemberg-Baden wurde am 25. April 1952 mit den Ländern Baden und Württemberg-Hohenzollern zum „Südweststaat“ Baden-Württemberg vereinigt, vgl. Viktor Renner: Entstehung und Aufbau des Landes Baden-Württemberg, JöR n. F. 7 (1958), S. 197 (208).

rikanischen Zone das Land (Groß-)Hessen.⁴¹ Die Gliederung ihrer Zone in drei große Länder vollzog die amerikanische Militärregierung mit ihrer Proklamation Nr. 2 vom 19. September 1945.⁴² Von den vier Besatzungsmächten waren die Amerikaner die ersten, die die Selbstverwaltung nicht nur auf kommunaler, sondern auch auf Länderebene wieder aufleben ließen.⁴³ In der amerikanischen Zone wurde die Demokratisierung damit schneller eingeleitet als in den anderen Zonen⁴⁴. Um demokratisches staatliches Leben in den Ländern dauerhaft zuzulassen, mussten daher Verfassungen ausgearbeitet und erlassen werden⁴⁵.

d. Die ersten Landesverfassungen entstanden in Bayern, Hessen und Württemberg-Baden

Ausgangspunkt für die Verfassunggebung in Bayern, Hessen und Württemberg-Baden war die Direktive „Elections in the U. S. Zone“ vom 4. Februar 1946⁴⁶ des Office of Military Government of Germany, United States (OMGUS)⁴⁷ unter der Leitung des Militärgouverneurs der amerikanischen Besatzungszone in Deutschland.⁴⁸ Die Direktive war an die Militärregierungen der drei Länder gerichtet.⁴⁹ Der Bayerische Ministerpräsident Wilhelm Hoegner erhielt die entsprechenden Anweisungen von General Walter J. Muller, dem amerikanischen Militärgouverneur für Bayern (OMGBY oder OMG-Bavaria)⁵⁰ mit einem Schreiben vom 8. Februar 1946⁵¹. Die Direktive legte einen konkreten und äußerst

⁴¹ Diestelkamp (Fußn. 38), S. 1313; vgl. auch Wiltraut von Brünneck: Die Verfassung des Landes Hessen vom 1. Dezember 1946, JöR 3 (1954), S. 213 ff. und Michael Stolleis in: Georg Hermes/Thomas Groß: Landesrecht Hessen, 6. Aufl., Baden-Baden, S. 19 (28 f.).

⁴² Bremen kam später zur amerikanischen Zone hinzu, vgl. unten Text zu Fußn. 60. Ferner bestand der amerikanische Sektor von Berlin (Stolleis in: HStR, Band I [Fußn. 18], S. 287; Jürgen Wetzel: Office of Military Government for Berlin Sector, in: Christoph Weisz [Hrsg.]: OMGUS-Handbuch. Die amerikanische Militärregierung in Deutschland 1945 – 1949, München 1994, S. 671 ff.). Die Verfassung von Berlin stammt vom 1. September 1950 (unten Fußn. 62).

⁴³ Vgl. Walter Strauß: Der Länderrat und seine Bedeutung während des Interregnums 1945-1949, in: Lia Härtel: Der Länderrat des amerikanischen Besatzungsgebiets, Stuttgart-Köln 1951, S. IX f. sowie Härtel (a. a. O.), S. 3 und Dietmar Willoweit: Deutsche Verfassungsgeschichte, 5. Aufl., München 2005, S. 410 ff.

⁴⁴ Ludwig Bergsträsser: Befreiung, Besatzung, Neubeginn, München 1987, S. 20.

⁴⁵ Vgl. Diestelkamp (Fußn. 38), NJW 1989, S. 1313.

⁴⁶ Abgedruckt bei Helmut Berding: Die Entstehung der Hessischen Verfassung von 1946, Wiesbaden 1996, S. 4 ff.

⁴⁷ Zum OMGUS vor allem: OMGUS-Handbuch (Fußn. 42) und z. B. Annette Zimmer: Demokratiegründung und Verfassungsgebung in Bayern. Die Entstehung der Verfassung des Freistaates Bayern von 1946, Frankfurt am Main-Bern-New York 1987, S. 72 f. Näher zu den damaligen amerikanischen Behörden auch z. B. Peter Kritzer: Wilhelm Hoegner. Politische Biographie eines bayerischen Sozialdemokraten, München 1979, S. 177 f.

⁴⁸ Vorhergehende eigene verfassungsrechtliche Initiativen Hoegners waren an der amerikanischen Besatzungsmacht gescheitert, vgl. Kritzer (Fußn. 47), S. 191 f.

⁴⁹ Vgl. Berding (Fußn. 46), S. 4.

⁵⁰ „Office of Military Government for Bavaria“; vgl. hierzu Zimmer (Fußn. 47), S. 73.

⁵¹ Vgl. das Protokoll der Kabinettsitzung vom 14. Februar 1946, veröffentlicht in: Karl-Ulrich Gelberg: Das Kabinett Hoegner I. 28. September 1945 – 21. Dezember 1946, Band 1, München 1997, S. 320 (328).

straffen Zeitplan für den Ablauf der Verfassungsberatungen fest.⁵² So sollten die Ministerpräsidenten spätestens am 22. Februar 1946 eine kleine vorbereitende Verfassungskommission aus Fachleuten ernennen⁵³, die die Verfassungsgebung vorbereiten und bis zum 30. Mai 1946 einen Bericht vorlegen sollte. Die Direktive sah des Weiteren folgenden Zeitplan vor: Bis zum 30. Juni 1946 die Wahl von Verfassungsgebenden Landesversammlungen, bis zum 15. September 1946 die Vorlage des Entwurfs der Verfassung bei der Militärregierung und bis spätestens 3. November 1946 die Volksabstimmung über die Verfassungen in den drei Ländern kombiniert mit Wahlen zu den Landtagen.⁵⁴

Wenn man sich vor Augen hält, welch lange Zeit heutzutage immer wieder selbst einfache Gesetzesvorhaben benötigen, ist es erstaunlich, dass dieser Zeitplan nahezu eingehalten wurde. Fristgemäß am 30. Juni 1946 fanden in Bayern, Hessen und Württemberg-Baden die Wahlen zu den jeweiligen Verfassungsgebenden Landesversammlungen statt⁵⁵. Über deren Verfassungsentwürfe konnten noch im Jahr 1946 die Volksabstimmungen stattfinden, so dass kurz hintereinander die drei Landesverfassungen der Amerikanischen Zone in Kraft traten: Die Verfassung von Württemberg-Baden am 28. November 1946⁵⁶, die Hessische Verfassung am 1. Dezember 1946⁵⁷ und die Bayerische Verfassung⁵⁸ am 8. Dezember 1946⁵⁹.

e. Die Verfassungsentwicklung in den übrigen deutschen Ländern

aa. Westzonen

Den drei süddeutschen Konstitutionen des Jahres 1946 folgten teilweise erheblich später die Verfassungen der übrigen westdeutschen Länder. Noch im nächsten Jahr schlossen allerdings die zur französischen Zone gehörenden Länder auf: Baden (am 22. Mai 1947), Rheinland-Pfalz (am 18. Mai 1947), das Saarland (am 15. Dezember 1947) und Württemberg-Hohenzollern (am 20. Mai 1947). Seit 1947 gehörte Bremen zur Ameri-

⁵² Martin Will: Die Entstehung der Verfassung des Landes Hessen von 1946, Tübingen 2009, S. 44.

⁵³ Will (Fußn. 52), S. 44.

⁵⁴ Adolf M. Birke: Der Beitrag der Alliierten zur Neuordnung der Kommunal- und Länderverfassungen in Deutschland, in: Bernhard Diestelkamp u. a. (Hrsg.): Zwischen Kontinuität und Selbstbestimmung, Tübingen 1996, S. 79 (89 f.); vgl. auch Conrad F. Latour/Thilo Vogelsang: Okkupation und Wiederaufbau. Die Tätigkeit der Militärregierung in der amerikanischen Besatzungszone Deutschlands 1944 – 1947, Stuttgart 1973, S. 114 ff.

⁵⁵ Frank R. Pfetsch: Ursprünge der Zweiten Republik, Opladen 1990, S. 170.

⁵⁶ „Verfassung von Württemberg-Baden“.

⁵⁷ „Verfassung des Landes Hessen“.

⁵⁸ „Verfassung des Freistaates Bayern“ [BV].

⁵⁹ Das ist das offizielle Datum (vgl. Josef Franz Lindner in: Lindner/Markus Möstl/Heinrich Amadeus Wolff: BV, München 2009, Rdnr. 2 vor Art. 178) und entsprach auch der Ansicht der damaligen Staatsregierung (vgl. Gelberg, Kabinett Hoegner I [Fußn. 51], Band 2, München 1997, S. 1008 [Ministerratssitzung vom 4. Dezember 1946, TOP II.]; Wilhelm Hoegner: Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts, München 1949, S. 22; Eduard Schmidt: Staatsgründung und Verfassungsgebung in Bayern. Die Entstehung der Bayerischen Verfassung vom 8. Dezember 1946, Regensburg 1993, S. 109). Vgl. jedoch Gelberg, a. a. O., dortige Fußn. 12: Er weist darauf hin, dass in Theorie und Praxis der 2. Dezember 1946 als Tag des Inkrafttretens gilt.

kanischen Besatzungszone⁶⁰ und bekam noch in demselben Jahr (am 21. Oktober 1947) seine Verfassung.⁶¹ Erst nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes entstanden in der britischen Zone die Verfassungen von Hamburg (vom 6. Juni 1952)⁶², Niedersachsen (vom 13. April 1951), Nordrhein-Westfalen (vom 28. Juni 1950) und Schleswig-Holstein (13. Dezember 1949). Die Verfassung von Berlin stammt vom 1. September 1950.⁶³

bb. Sowjetische Besatzungszone

Die Verfassungsentwicklung in der Sowjetzone ist für das Thema dieses Beitrages ohne Bedeutung. Wie schon ausgeführt, lehnten sämtliche fünf ostdeutschen Verfassungen eine Verfassungsgerichtsbarkeit (und ein materielles Richterliches Prüfungsrecht) genauso ab wie die späteren DDR-Verfassungen.⁶⁴

f. Die doppelte demokratische Verankerung der Verfassungsgebung

aa. Die Volkswahlen der Verfassunggebenden Landesversammlung sowie die Volksabstimmungen über die Verfassung

Ist bereits die kurze Entstehungsgeschichte der drei süddeutschen Verfassungen des Jahres 1946 bemerkenswert, so springt noch viel mehr die doppelte demokratische Verankerung der Verfassungsgebung ins Auge. Den ersten Schritt bildeten Wahlen zu den Verfassunggebenden Landesversammlungen; die amerikanische Besatzungsmacht hielt es für demokratisch unverzichtbar, dass die jeweiligen endgültigen Verfassungsentwürfe von einem aus allgemeinen Wahlen eigens und nur für den verfassunggebenden Zweck gewählten Gremium beschlossen werden. Doch diese demokratische Legitimation genügte den Amerikanern keineswegs; in einem zweiten demokratischen Schritt fand eine Volksabstimmung über die von den Verfassunggebenden Landesversammlungen erarbeiteten Verfassungstexte statt⁶⁵. Auf diese Weise hat die Bayerische Verfassung eine doppelte demokratische Verankerung.⁶⁶

⁶⁰ Andreas Röpcke: Office of Military Government for Bremen, in: Weisz, OMGUS-Handbuch (Fußn. 42), S. 597 (623 ff.).

⁶¹ Vgl. Stolleis in: HStR, Band I (Fußn. 18), S. 295.

⁶² Der Vollständigkeit sei noch angefügt, dass die in Hamburg zunächst geltende „Vorläufige Verfassung“ vom 15. Mai 1946 zwar das erste Statut eines Landes nach Kriegsende war, aber nicht als ein Verfassungswerk im Sinne der hier erwähnten Konstitutionen angesehen werden kann. Dasselbe gilt für die Vorläufige Verfassung von Groß-Berlin vom 4. September 1946. Erst die Verfassung von Berlin vom 1. September 1950 und die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg vom 6. Juni 1952 verdienen die Bezeichnung als Verfassung.

⁶³ Vgl. auch Fußn. 62.

⁶⁴ S. o. Text zu Fußn. 21 ff.

⁶⁵ Bayern: 1. Dezember 1946; Hessen: 1. Dezember 1946; Württemberg-Baden: 24. November 1946.

⁶⁶ Der Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern vom 14. August 1919 („Bamberger Verfassung“) fehlte eine derartige Legitimation, insbesondere fand kein Volksentscheid über sie statt (Claus Leusser: Die Verfassung des Freistaates Bayern, JöR 3 [1954], S. 149 [150]).

bb. Der gewaltige Unterschied der demokratischen Legitimation der Bayerischen und der beiden anderen Verfassungen gegenüber dem Grundgesetz

Blickt man auf das Grundgesetz, so fällt der gewaltige Unterschied zu dessen fehlender demokratischer Legitimation auf.⁶⁷ Weder sind die Schöpfer des Grundgesetzes in einer Volkswahl als Mitglieder einer Verfassungsgebenden Versammlung bestimmt worden, noch ist das Grundgesetz selbst jemals einer Volksabstimmung unterworfen gewesen⁶⁸, nicht einmal nach der Wiedervereinigung Deutschlands im Jahre 1990. Nach einer „zugegebenermaßen recht zweifelhaften Konstruktion“⁶⁹ beruht die Legitimität des Grundgesetzes auf der stillschweigenden Zustimmung in der Bundestagswahl vom 14. August 1949 und in den seitherigen Wahlen oder auf der mehrheitlichen Ratifizierung durch die Parlamente der westdeutschen Länder.⁷⁰

II. ZWEITER TEIL.

DIE ENTSTEHUNG DER VERFASSUNG DES FREISTAATES BAYERN

1. Die fünf Stufen der Entstehung der Bayerischen Verfassung

Die Bayerische Verfassung entstand in zahlreichen Stadien. Die erste Stufe bildet der Entwurf des Ministerpräsidenten Wilhelm Hoegner. In einer zweiten Stufe war der Vorbereitende Verfassungsausschuss tätig; er arbeitete auf der Grundlage des „Hoegner-Entwurfs“ einen Verfassungsentwurf aus. Sodann trat die vom bayerischen Volk am 30. Juni 1946⁷¹ gewählte Verfassungsgebende Landesversammlung zusammen⁷². Der von ihr eingesetzte Verfassungs-Ausschuss bildet die dritte Etappe; auf der Grundlage des Entwurfs des Vorbereitenden Verfassungsausschusses entwarf er eine Verfassung. In einem vierten Abschnitt beschäftigte sich das Plenum der Verfassungsgebenden Landesverfassung mit diesem Entwurf und verabschiedete den Text der Verfassung. Die fünfte Etappe stellt

⁶⁷ Vgl. Reinhard Mußgnug: Zustandekommen des Grundgesetzes und Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: HStR, Band I (Fußn. 18), S. 315 (351).

⁶⁸ Die Alliierten befürworteten ein solches Referendum, gaben die Forderung aber wegen des Widerstands der Ministerpräsidenten auf (John Gimbel: Amerikanische Besatzungspolitik, Frankfurt am Main 1971, S. 287 ff.; vgl. auch Marcel Kau: United States Supreme Court und Bundesverfassungsgericht. Die Bedeutung des United States Supreme Court für die Errichtung und Fortentwicklung des Bundesverfassungsgerichts, Berlin-Heidelberg-New York 2007, S. 23 Fußn. 21 mit weit. Nachw.).

⁶⁹ So Roman Herzog: Staatslehre, Frankfurt am Main 1971, S. 315. Zum Problem der Legitimation des Grundgesetzes eingehend: Dietrich Murswiek in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof (Hrsg.): Bonner Kommentar zum GG [BK], Heidelberg, Stand September 2005, Präambel Rdnr. 124 ff.

⁷⁰ Zur Diskussion: Mußgnug in: HStR, Band I (Fußn. 67), S. 352 f.

⁷¹ Vgl. o. Fußn. 55.

⁷² Der Vorbereitende Verfassungsausschuss und die Verfassungsgebende Landesversammlung dürfen nicht mit dem Bayerischen Beratenden Landesausschuss verwechselt werden, den Hoegner eingerichtet hatte, der aber keinen Einfluss auf die Verfassungsgesetzgebung hatte und nach drei Sitzungen bereits am 13. Juni 1946 seine Tätigkeit einstellte (Niederschriften über die Tagungen des Bayerischen Beratenden Landesausschusses vom 21. bis 28. Februar, 9. April sowie 12. und 13. Juni 1946; vgl. z. B. Fritz Baer: Die Ministerpräsidenten Bayerns 1945 – 1962, München 1971, S. 51 f.; Gelberg, Kabinett Hoegner I [Fußn. 51], Band 1, S. LXXXVIII f.).

der Volksentscheid vom 1. Dezember 1946 dar, in dem das bayerische Volk der Verfassung zustimmte.

2. Die einzelnen Stufen

a. Die erste Stufe: Entwurf des Ministerpräsidenten Wilhelm Hoegner

Die Grundlage der Bayerischen Verfassung bildete ein Entwurf für eine „Verfassung des Volksstaates Bayern“⁷³ des damaligen Ministerpräsidenten Wilhelm Hoegner. An ihm hatte er bereits in seinem Schweizer Exil (1934 bis 1945) gearbeitet⁷⁴. Als im Frühjahr des Jahres 1946 über eine neue Bayerische Verfassung beraten wurde, machte ihn Hoegner zum Ausgangspunkt.

b. Die zweite Stufe: Der Vorbereitende Verfassungsausschuss

Die amerikanische Militärregierung setzte in Bayern bereits im Mai 1945 eine provisorische Landesregierung unter Leitung von Staatsrat a. D. Fritz Schäffer (CSU) ein.⁷⁵ Er wurde vier Monate später, Ende September 1945, durch den bisherigen Justizminister Wilhelm Hoegner (SPD) abgelöst.⁷⁶ Das schon erwähnte⁷⁷ Office of Military Government US (OMGUS) plante schon seit Oktober 1945 die Übertragung von Verwaltungszuständigkeiten auf die Bayerische Landesregierung. Die ersten Gemeindewahlen fanden in der amerikanischen Zone am 27. Januar 1946 statt.⁷⁸

aa. Die auf Grundfragen beschränkte amerikanische Direktive

Auf bayerischer Seite hatte das Heft des politischen Handelns Ministerpräsident Wilhelm Hoegner in der Hand. Am 22. Februar 1946 ernannte er den Vorbereitenden Verfassungsausschuss.⁷⁹ Absatz 6 der bereits genannten⁸⁰ Direktive „Elections in the U. S.

⁷³ Den Entwurf der „Verfassung des Volksstaates Bayern“ haben veröffentlicht Christian Pestalozza in: Hans Nawiasky/Claus Leusser/Erich Gerner/Karl Schweiger/Franz Knöpfle: Die Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl., München Stand Juli 2008, als Text Ia und Karl-Ulrich Gelberg: Die Protokolle des Vorbereitenden Verfassungsausschusses in Bayern. 8. März bis 24. Juni 1946, München 2004, S. 41 ff. sowie Frank R. Pfetsch (Hrsg.): Verfassungsreden und Verfassungsentwürfe. Länderverfassungen 1946 - 1953, Frankfurt am Main-Bern-New York 1986, S. 333 ff.

⁷⁴ Albrecht Graf Montgelas in: Montgelas/Carl Nützel: Wilhelm Hoegner. Eine Lebensbeschreibung, München 1957, S. 65; vgl. auch Kritzer (Fußn. 47), S. 150 ff., 154 ff., 163 ff.; sowie Zimmer (Fußn. 47), S. 139 ff.

⁷⁵ Hoegner, Lehrbuch (Fußn. 59), S. 17, mit näherer Schilderung der amerikanischen Aktivitäten (S. 17 ff.).

⁷⁶ Birke (Fußn. 54), S. 89.

⁷⁷ Oben bei Fußn. 47.

⁷⁸ Birke (Fußn. 54), S. 89. Die Wahlen zu den Kreistagen folgten am 28. April 1946 und zu den Stadträten am 26. Mai 1946. Wahlergebnisse z. B. bei Susan Boenke/Konrad von Zwehl: „Angesichts des Trümmerfeldes ...“. Begleitheft zur Ausstellung anlässlich des 40. Jahrestages der Bayerischen Verfassung, München 1986, S. 107.

⁷⁹ Aufgrund der Beschlussfassung in der Ministerratssitzung vom 30. Januar 1946, TOP VI., Gelberg, Kabinett Hoegner I, Band 1 (Fußn. 51), S. 309 f.; vgl. Wilhelm Hoegner: Der schwierige Außenseiter. Erinnerungen eines Abgeordneten, Emigranten und Ministerpräsidenten, München 1959, S. 248 f.; Peter Jakob Kock: Der Bayerische Landtag 1946 bis 1986, Band I. Chronik, Bamberg 1986, S. 25 Nr. 6.

⁸⁰ S. o. Text bei Fußn. 52.

Zone“ vom 4. Februar 1946 sah für die vorbereitenden Verfassungskommissionen folgende Aufgaben vor⁸¹:

- “1. Mitarbeit am Wahlgesetz für eine Verfassunggebende Landesversammlung.
2. Sammlung aller wissenschaftlichen Literatur und des dokumentarischen Materials für die praktische Arbeit der Verfassunggebenden Landesversammlung.
3. Belebung der Diskussion über die neue Verfassung.
4. Vorlage eines Berichtes samt allem gesammelten Material an die Verfassunggebende Landesversammlung.“⁸²

Der Vorbereitende Verfassungsausschuss trat bereits am 8. März 1946 zusammen. Der amerikanische Militärgouverneur für Bayern⁸³, Brigadegeneral Walter J. Muller, wiederholte in der Eröffnungssitzung die bereits in der Direktive genannten vier Aufgaben des Ausschusses.⁸⁴

bb. Der weit über die Direktive hinausgehende Verfassungsentwurf

Unter dem Vorsitz von Wilhelm Hoegner⁸⁵ ging der Ausschuss über die ihm von der Direktive gesetzten Aufgaben weit hinaus. Denn er erarbeitete einen vollständigen Entwurf für eine Bayerische Verfassung. Die Grundlage hierfür bildete der bereits erwähnte⁸⁶ Verfassungsentwurf Hoegners. Ihn zog er nun sozusagen aus der Schublade⁸⁷ und machte ihn in der ersten Sitzung des Vorbereitenden Verfassungsausschusses zu dessen Arbeitsgrundlage.⁸⁸ Der Ausschuss tagte in 15 Sitzungen und legte nach etwas mehr als drei Monaten, am 24. Juni 1946, einen Verfassungsentwurf vor.⁸⁹ Der Hoegner-Entwurf blieb im Wesentlichen unverändert⁹⁰.

⁸¹ Englisch Original bei Berding (Fußn. 46), S. 4 (5 sub 6); vgl. auch Will (Fußn. 52), S. 44 f.

⁸² Deutsche Übersetzung im Bericht des Bayerischen Vorbereitenden Verfassungsausschusses an die Bayerische Verfassunggebende Landesversammlung, in: Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses (unten Fußn. 100), Band I, S. 12; deutscher Text auch bei Baer (Fußn. 72), S. 53.

⁸³ Gelberg, Kabinett Hoegner I, Band 1 (Fußn. 51), S. LXX ff.; Reinhard Heydenreuther: Office of Military Government for Bavaria, in: Weisz, OMGUS-Handbuch (Fußn. 42), S. 143 (192); Kritzer (Fußn. 47), S. 192.

⁸⁴ Ausführlicher deutscher Text bei Baer (Fußn. 72), S. 53.

⁸⁵ Vgl. das Protokoll der 1. Sitzung des Vorbereitenden Verfassungsausschusses am 8. März 1946, veröffentlicht in Gelberg, Protokolle (Fußn. 73), S. 77.

⁸⁶ S. o. Fußn. 73.

⁸⁷ Vgl. Hoegner, Lehrbuch (Fußn. 59), S. 20; Kritzer (Fußn. 47), S. 193 f.

⁸⁸ Vorbereitender Verfassungsausschuss, Protokoll der 1. Sitzung vom 8. März 1946, veröffentlicht in Gelberg, Protokolle (Fußn. 73), S. 78; vgl. auch Barbara Fait: Demokratische Erneuerung unter dem Sternenbanner. Amerikanische Kontrolle und Verfassunggebung in Bayern 1946, Düsseldorf 1998, S. 122 f.; Schmidt (Fußn. 59), S. 96 f.

⁸⁹ Vgl. die Protokolle des Vorbereitenden Verfassungsausschusses, veröffentlicht von Gelberg, Protokolle (Fußn. 73), S. 77 ff.

⁹⁰ Hoegner, Lehrbuch (Fußn. 59), S. 20.

Mit dem Beschluss des Vorbereitenden Verfassungsausschusses über einen Verfassungsentwurf⁹¹ war die zweite Etappe auf dem Weg zu einer Bayerischen Verfassung beendet. Theoretisch hätte jetzt die Möglichkeit bestanden, diesen Entwurf dem bayerischen Volk zur Abstimmung zu unterbreiten. Die amerikanische Besatzungsmacht hielt es jedoch für demokratisch unverzichtbar, dass vor einer Volksabstimmung erst noch eine vom Volk gewählte Verfassunggebende Versammlung den Entwurf berät und beschließt.⁹²

c. Die dritte Stufe: Der Verfassungs-Ausschuss der Verfassunggebenden Landesversammlung

In den ersten freien landesweiten Wahlen seit 1932⁹³ wählte das bayerische Volk am 30. Juni 1946 die Mitglieder der Verfassunggebenden Landesversammlung⁹⁴. Zur ihrer konstituierenden Sitzung trat die Landesversammlung am 15. Juli 1946 zusammen⁹⁵; insgesamt tagte sie zehnmal⁹⁶.

Die Landesversammlung setzte einen aus 21 Mitgliedern bestehenden Verfassungsausschuss ein,⁹⁷ in dem die eigentliche inhaltliche Beratung der Verfassung stattfand.⁹⁸ Grundlage der Beratungen war der Verfassungsentwurf des Vorbereitenden Verfassungsausschusses.⁹⁹ Der Verfassungs-Ausschuss der Landesversammlung führte 35 Sitzungen durch¹⁰⁰ und beendete seine Beratungen am 22. Oktober 1946.¹⁰¹

d. Die vierte Stufe: Das Plenum der Verfassunggebenden Landesversammlung

Mit der Beschlussempfehlung ihres Verfassungs-Ausschusses beschäftigte sich das Plenum der Verfassunggebenden Landesversammlung am 26. Oktober 1946 und nahm die

⁹¹ Abgedruckt in: Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses (unten Fußn. 100), Band I, S. 1 ff. Den Entwurf haben z. B. veröffentlicht Gelberg, Protokolle (Fußn. 73), S. 223 ff. und Pestalozza, Verfassung (Fußn. 73), als Text Ib.

⁹² S. o. Text zu Fußn. 65.

⁹³ Vgl. Kock (Fußn. 79), S. 26 Nr. 8. — Kommunalwahlen hatten schon im Januar, April und Mai 1946 stattgefunden (Fußn. 78).

⁹⁴ Hoegner, Verhandlungen der Bayerischen Verfassunggebenden Landesversammlung, 15. Juli bis 30. November 1946. Stenographische Berichte Nr. 1 bis 10. Gedruckt in München o. J. 1. Sitzung, S. 1.

⁹⁵ Bayerische Verfassunggebende Landesversammlung (Fußn. 94), S. 1 – 6; vgl. Kock (Fußn. 79), S. 26 f. Nr. 9.

⁹⁶ Bayerische Verfassunggebende Landesversammlung (Fußn. 94), S. 1 – 242; vgl. Fait (Fußn. 88), S. 197.

⁹⁷ Bayerische Verfassunggebende Landesversammlung (Fußn. 94), S. 6.

⁹⁸ Fait (Fußn. 88), S. 199.

⁹⁹ Fait (Fußn. 88), S. 205; Gelberg, Protokolle (Fußn. 73), S. 9.

¹⁰⁰ Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses der Bayerischen Verfassunggebenden Landesversammlung, Band I, 1. – 12. Sitzung, 16. Juli 1946 – 5. August 1946; Band II, 13. – 24. Sitzung, 7. August 1946. 28. August 1946; Band III, 25. – 37. Sitzung, 29. August 1946 – 13. November 1946, jeweils München 1946.

¹⁰¹ Wortlaut des Beschlusses des Verfassungs-Ausschusses bei Pestalozza, Verfassung (Fußn. 73), als Text Ic; vgl. Schmidt (Fußn. 59), S. 108.

Verfassung mit 136 gegen 14 Stimmen an.¹⁰² Anschließend überreichte Brigadegeneral Walter J. Muller, amerikanischer Militärgouverneur¹⁰³, dem Präsidenten der Verfassunggebenden Landesversammlung, Michael Horlacher, ein Schreiben von General Lucius D. Clay, dem damaligen Leiter der amerikanischen Militärregierung in Deutschland, in dem er die Bayerische Verfassung formell genehmigte.¹⁰⁴ Damit war die vierte Stufe des Entstehens der Verfassung des Freistaates Bayern erreicht.

e. Die fünfte Stufe: Der Volksentscheid über die Bayerische Verfassung

Die von der Verfassunggebenden Landesversammlung verabschiedete Verfassung wurde nunmehr dem bayerischen Volk zur Abstimmung unterbreitet.¹⁰⁵ Im Volksentscheid vom 1. Dezember 1946 sprachen sich 70,6 % der gültigen Stimmen für die Verfassung aus.¹⁰⁶ Am 2. Dezember 1946 fertigte sie Ministerpräsident Wilhelm Hoegner aus. Die Bayerische Verfassung wurde schließlich am 8. Dezember 1946 im Gesetz- und Verordnungsblatt verkündet¹⁰⁷; damit trat sie in Kraft.¹⁰⁸

3. Wilhelm Hoegner und Hans Nawiasky als Väter der Bayerischen Verfassung

Neben Wilhelm Hoegner prägte Hans Nawiasky entscheidend die Verfassunggebung; beide gelten als „Verfassungsväter“¹⁰⁹. Sie hatten nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten Exil in der Schweiz gefunden. Nawiasky — inzwischen Professor für öffentliches Recht an der Handelshochschule St. Gallen¹¹⁰ — war einer der häufigsten Besucher Hoegners.¹¹¹ Sie arbeiteten gemeinsam an Gesetzesentwürfen für die demokratische Neugestaltung Deutschlands¹¹² und besprachen naturgemäß Verfassungsfragen¹¹³, zumal

¹⁰² Bayerische Verfassunggebende Landesversammlung (Fußn. 94), S. 238; Hoegner, Lehrbuch (Fußn. 59), S. 20 f.; Kock (Fußn. 79), S. 27 f. Nr. 10.

¹⁰³ Vgl. oben Fußn. 83.

¹⁰⁴ Bayerische Verfassunggebende Landesversammlung (Fußn. 94), S. 239 f.; vgl. Schmidt (Fußn. 59), S. 108.

¹⁰⁵ S. o. Text bei Fußn. 65.

¹⁰⁶ Hoegner, Lehrbuch (Fußn. 59), S. 22; Kock (Fußn. 79), S. 28 ff. Nr. 11; Schmidt (Fußn. 59), S. 96 f. — Mit 80,6 % stehen die Befürworter in Niederbayern/Oberpfalz an der Spitze; Schlusslichter sind die Oberbayern und Oberfranken/Mittelfranken mit 65,3 und 63,6 % (Kock, a. a. O.).

¹⁰⁷ Bay-GVBl. 1946, S. 333.

¹⁰⁸ Hierzu oben Fußn. 59.

¹⁰⁹ Vgl. Schmidt (Fußn. 59), S. 136 ff.; Fait (Fußn. 88), S. 205, 569 [sie nennt ferner Hans Ehard].

¹¹⁰ Wie klar Nawiasky den totalitären, freiheitsfeindlichen Nationalsozialismus erkannt hatte, zeigt seine Darstellung in dem in Fußn. 9 zitierten Buch aus dem Jahre 1934, S. 147 ff. Zur selben Zeit überboten sich in Deutschland viele Rechtsprofessoren mit Jubelpublikationen über den nationalsozialistischen Staat (vgl. z. B. oben Fußn. 12 und 16).

¹¹¹ Montgelas (Fußn. 74), S. 64.

¹¹² Vgl. Montgelas (Fußn. 74), S. 64 f.; vgl. Hoegner in der Sitzung des Verfassungs-Ausschusses am 18. Juli 1946, Verfassungs-Ausschuss (Fußn. 100), Band I, S. 35.

¹¹³ Vgl. Montgelas (Fußn. 74), S. 92.

Hoegner in dieser Zeit eine Bayerische Verfassung entwarf.¹¹⁴ Als Hoegner am 6. Juni 1945 von Zürich nach Deutschland zurückkehren konnte, hatte er in seinem „geistigen Gepäck“ 23 Gesetzesentwürfe, die vorher von Nawiasky durchgesehen worden waren.¹¹⁵

Hans Nawiasky gehörte dem Vorbereitenden Verfassungsausschuss als Sachverständiger an.¹¹⁶ Er nahm an fünf Sitzungen teil und beeinflusste dessen Arbeit wesentlich.¹¹⁷ Ebenso berief ihn der Verfassungs-Ausschuss der Verfassungsgebenden Landesversammlung als beratendes Mitglied.¹¹⁸ Viele Inhalte und Formulierungen der Bayerischen Verfassung gehen auf ihn zurück.¹¹⁹ Auch das Wirken des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs lässt sich von der Person und dem Werk Hans Nawiaskys nicht trennen.¹²⁰

III. DRITTER TEIL. DIE ENTSTEHUNGSGESCHICHTE DES BAYERISCHEN VERFASSUNGSGERICHTSHOFS — DIE TENDENZ ZU IMMER UMFASSENDEREN ZUSTÄNDIGKEITEN

Von Anfang an war unumstritten, dass Bayern in Zukunft wieder einen Staatsgerichtshof oder ein Verfassungsgericht haben sollte. Wegen dieses Grundkonsenses könnte man meinen, das Thema der Verfassungsgerichtsbarkeit habe in den verfassungsgebenden Diskussionen keinen großen Raum eingenommen. Doch ein Blick auf diese Debatten zeigt ein anderes Bild. Wer sich mit ihnen beschäftigt und vor allem die verschiedenen Entwürfe bis hin zum Text der Verfassung liest, der kommt zu zwei Erkenntnissen: Erstens sprechen die verfassungsgebenden Dokumente sämtliche verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten an. Zweitens zeigt sich in ihnen von Entwurf zu Entwurf eine deutliche Tendenz, die verfassungsprozessualen Regelungen sowohl zu verfeinern als auch die Zuständigkeiten und die Verfahrensarten immer weiter auszudehnen. Diese Tendenz hörte mit der Verkündung der Verfassung im Dezember 1946 nicht etwa auf. Das Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof von 1947 führte zu einer weiteren Präzisierung des Verfassungsprozessrechts und zu einer gegenüber dem Verfassungstext noch umfas-

¹¹⁴ Oben Text bei Fußn. 74 sowie Wilhelm Hoegner: Professor Dr. Hans Nawiasky und die bayerische Verfassung von 1946, in: Festgabe für Hans Nawiasky, Einsiedeln-Zürich-Köln 1950, S. 1; Fiedler in: Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband I (Fußn. 21), S. 109; Schmidt (Fußn. 59), S. 377 f.

¹¹⁵ Hoegner, Der schwierige Außenseiter (Fußn. 79), S. 185.

¹¹⁶ Verfassungs-Ausschuss (Fußn. 100), Band I, S. 12; vgl. auch Fait (Fußn. 88), S. 119 f.; Hoegner, Lehrbuch (Fußn. 59), S. 20.

¹¹⁷ Hoegner, Lehrbuch (Fußn. 59), S. 20; Gelberg, Protokolle (Fußn. 73), S. 16; vgl. die Protokolle des Vorbereitenden Verfassungsausschusses, veröffentlicht ebenda S. 77 ff.

¹¹⁸ Verfassungs-Ausschuss (Fußn. 100), Band I, S. 35.

¹¹⁹ Kritzer (Fußn. 47), S. 197 f.; Schmidt (Fußn. 59), S. 378.

¹²⁰ Hans F. Zacher: Hans Nawiasky und das bayerische Verfassungsrecht, in: Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Festschrift 1997 (Fußn. 17), S. 307 (326).

senderen Kompetenzordnung¹²¹. Nicht weniger ist die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs von dem Ziel geleitet, die ihm anvertrauten Kompetenzen nicht nur erschöpfend auszuüben, sondern behutsam auszuweiten.

1. Der weitgespannte Hoegner-Entwurf als erste Stufe der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs

Bei der Entstehung der Bayerischen Verfassung bildete, wie schon gesagt, der Entwurf einer „Verfassung des Volksstaates Bayern“ aus der Feder Wilhelm Hoegners¹²² die erste Stufe. Bereits er kannte eine weitgespannte Verfassungsgerichtsbarkeit.

a. Die Anknüpfung an die bayerische („Bamberger“) Verfassung von 1919

aa. Wiedererrichtung des Staatsgerichtshofs

Der Hoegner-Entwurf enthielt selbstverständlich ein Gericht für staatsrechtliche Verfahren. Damit knüpfte Hoegner an die Bamberger Verfassung vom 14. August 1919 an, die in ihrem § 70 einen eigenen Staatsgerichtshof vorsah¹²³; der Gerichtshof fiel den Nationalsozialisten zu Beginn ihrer Herrschaft zum Opfer¹²⁴.

Lediglich in der Terminologie gab es noch keine Klarheit; denn der Entwurf schwankte zwischen den Bezeichnungen „Staatsgerichtshof“ und „Verfassungsgericht“ oder „Verfassungsgerichtshof“¹²⁵. Hoegner entwarf hierfür noch keinen eigenen zusammenfassenden Abschnitt¹²⁶ innerhalb der Verfassung; die Zuständigkeiten waren also über den Text der Verfassung verstreut.

bb. Wiedereinführung bisheriger verfassungsgerichtlicher Zuständigkeiten

Auch bei den Zuständigkeiten und Verfahren des Staatsgerichtshofs („Verfassungsgerichts“ oder „Verfassungsgerichtshofs“) knüpfte Hoegner an die Bamberger Verfassung von 1919 an.

[1]. Verfassungsstreitigkeiten

Bereits zu Beginn der Verfassung findet sich eine Vorschrift über den Staatsgerichtshof, dem „Verfassungsstreitigkeiten“ anvertraut sind¹²⁷. Fast generalklauselartig steht sodann

¹²¹ Art. 69 BV überlässt es dem Verfassungsgerichtshofsgesetz, die Organisation und das Verfahren des Verfassungsgerichtshofs und die Vollstreckung seiner Urteile zu regeln. Vor allem erlaubt Art. 67 BV, über die Bestimmungen der Verfassung hinaus weitere verfassungsgerichtliche Zuständigkeiten oder Verfahrensarten durch Gesetz einzuführen.

¹²² Oben Fußn. 73.

¹²³ Die Bamberger Verfassung (Fußn. 66) regelte den Staatsgerichtshof in § 70 und zwar innerhalb des 7. Abschnitts „Staatsverwaltung“ im Unterabschnitt „b) Behörden, Staatsdienst“.

¹²⁴ S. o. Fußn. 17.

¹²⁵ Art. 51 Abs. 1 Hoegner-Entwurf (Fußn. 73) spricht vom „Verfassungsgerichtshof“, Art. 76 vom „Verfassungsgericht“. Im Übrigen ist vom „Staatsgerichtshof“ die Rede.

¹²⁶ Insoweit folgte der Hoegner-Entwurf der Bamberger Verfassung (o. Fußn. 123).

¹²⁷ Art. 7 Hoegner-Entwurf.

im Abschnitt „Rechtspflege“ die Formulierung, dass „die Verfassungsgerichtsbarkeit durch den Verfassungsgerichtshof“ ausgeübt wird¹²⁸. Die Kompetenz für „Verfassungsstreitigkeiten“ entsprach der Bamberger Verfassung¹²⁹. „Verfassungsstreitigkeiten“ erscheint hier als Inbegriff sämtlicher Verfahren der „Verfassungsgerichtsbarkeit“.

[a]. Keine Begrenzung der Verfassungsstreitigkeiten auf bestimmte Beteiligte

Der Hoegner-Entwurf begrenzt die Verfassungsstreitigkeiten nicht auf bestimmte Beteiligte, wie dies ursprünglich das bayerische Staatsgerichtshofgesetz mit der Beschränkung auf Konflikte „zwischen Landtag und Regierung“ vorsah¹³⁰. Er orientiert sich insofern an der während der Weimarer Zeit geänderten bayerischen Rechtslage, die diese Beschränkung im Jahre 1928 fallen ließ¹³¹. Mit dieser Gesetzesänderung hatte Bayern auf die Judikatur des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich¹³² reagiert. Diesem Gerichtshof war die subsidiäre Kompetenz verliehen für „Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes“, soweit dort kein Gericht zuständig war¹³³. Den unpräzisen¹³⁴ Begriff der „Verfassungsstreitigkeiten“ weitete der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich erheblich aus¹³⁵, so dass er auf landesrechtliche Konflikte zugreifen konnte, die nach dem

¹²⁸ Art. 51 Abs. 1 [zweite Variante] Hoegner-Entwurf.

¹²⁹ § 70 Abs. 1 [dritte Variante] Bamberger Verfassung (Fußn. 66, Stand 14. August 1919): „Über Ministeranklagen, Verfassungsbeschwerden und Verfassungsstreitigkeiten, für welche der Rechtsweg nicht geöffnet ist, entscheidet der Staatsgerichtshof.“

¹³⁰ § 2 Nr. 3 Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 11. Juni 1920 (Bay-GVBl. 1920, S. 323).

¹³¹ Art. I Gesetz zur Änderung des Gesetzes vom 11. Juni 1920 über den Staatsgerichtshof (Bay-GVBl. 1928, S. 322).

¹³² Zu ihm z. B. Adolf Lobe: Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, in: Lobe: Fünfzig Jahre Reichsgericht, Berlin-Leipzig 1929, S. 58 ff. sowie Schaaf: Die Mitglieder des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich, in: Lobe, Reichsgericht, a. a. O., S. 418 ff. Das Reichsgesetz über den Staatsgerichtshof (RGBl. 1921, S. 905) ist z. B. abgedruckt bei Ernst Rudolf Huber: Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Band IV, 3. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln 1961, S. 222. Die verfassungsgerichtlichen Kompetenzen waren unter der WRV nicht beim Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich konzentriert.

Zuständig für das Normenkontrollverfahren beim Konflikt zwischen Landesrecht und Reichsrecht war das Reichsgericht, in Steuersachen der Reichsfinanzhof (Art. 13 Abs. 2 WRV in Verbindung mit dem Reichsgesetz zur Ausführung des Artikel 13 Abs. 2 der Reichsverfassung, RGBl. 1920, S. 511, und § 6 Abs. 1 des Finanzausgleichsgesetzes, RGBl. 1923 I, S. 494; vgl. Huber, Dokumente Band IV, a. a. O., S. 221).

Fast ein Jahrzehnt der Weimarer Republik judizierte vor allem in Strafsachen der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik aufgrund des Ersten Gesetzes zum Schutze der Republik (RGBl. 1922 I, S. 585; vgl. Huber, a. a. O., S. 225 ff. und Karl Lorenz: Der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik, in: Lobe, Reichsgericht, a. a. O., S. 107). Ihm oblag auch das Verbot von verfassungsfeindlichen Vereinigungen, Versammlungen und Druckschriften (Lorenz, a. a. O., S. 109 f.; vgl. die Liste der von diesem Gerichtshof verbotenen Organisationen bei Huber, Dokumente Band IV, a. a. O., S. 303 f.). Mit ihm wird immer wieder der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich verwechselt.

¹³³ Art. 19 Abs. 1 WRV: „Über Verfassungsstreitigkeiten innerhalb eines Landes, in dem kein Gericht zu ihrer Erledigung besteht“ ... „entscheidet auf Antrag eines der streitenden Teile der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, soweit nicht ein anderer Gerichtshof des Reichs zuständig ist.“ (Abdruck z. B. bei Huber, Dokumente Band IV [Fußn. 132], S. 150 [155]).

¹³⁴ Vgl. Hans Nawiasky: Grundprobleme der Reichsverfassung. Erster Teil. Das Reich als Bundesstaat, Berlin 1928, S. 101: „unpräzise Terminologie der Verfassung“.

¹³⁵ Hierzu auch unten Text bei Fußn. 205.

Verständnis des betreffenden Landes eigentlich keiner staatsgerichtlichen Kognition unterstellt werden sollten. Deshalb landeten bayerische Konflikte, die nicht zwischen Regierung und Landtag entstanden, beim Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, weil — wie erwähnt — für solche Streitfälle keine Kompetenz des Bayerischen Staatsgerichtshofs vorgesehen worden war. Daher traf das Argument zu, es bestehe insoweit „kein Gericht zu ihrer Erledigung“, so dass die subsidiäre Zuständigkeit der Reichsjustiz eingriff¹³⁶. Angesichts dieser Rechtsprechung hatte sich Bayern im Jahre 1928 veranlasst gesehen, nunmehr dem Bayerischen Staatsgerichtshof die unbegrenzte Zuständigkeit für Verfassungsstreitigkeiten einzuräumen und auf die Nennung bestimmter Beteiligten (Regierung und Landtag) zu verzichten.¹³⁷ Seither waren bayerische Verfassungsstreitigkeiten der Jurisdiktion des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich entzogen¹³⁸; er musste sich hinfort für unzuständig erklären¹³⁹.

[b]. Keine Aufzählung der einzelnen verfassungsgerichtlichen Verfahren

Ferner verzichtet der Entwurf auf die (enumerative) Aufzählung der einzelnen verfassungsgerichtlichen Verfahren, insofern ebenfalls der Bamberger Verfassung folgend.¹⁴⁰ Als Hauptfall erscheint Hoegner allerdings die Verfassungsbeschwerde; denn er fügt dem Begriff der Verfassungsstreitigkeiten erläuternd hinzu: „insbesondere auch Beschwerden einzelner Staatsbürger wegen Verletzung verfassungsmäßiger Rechte“¹⁴¹. Als weitere Unterfälle von Verfassungsstreitigkeiten sind daher die in der Verfassung genannten Verfahren anzusehen, etwa die bei den Vorschriften über den Landtag erwähnten Meinungsverschiedenheiten, ob ein Gesetz die Verfassung ändern werde¹⁴² sowie die im folgenden Text behandelten Verfahren der Ministeranklage, der Wahlprüfung und des Verbots verfassungsfeindlicher Gruppierungen.

[2]. Verfassungsbeschwerde

Wie schon erwähnt¹⁴³, betonte Hoegner bei der allgemeinen Norm über den Staatsgerichtshof besonders die Verfassungsbeschwerde. Ihr widmete er im Rahmen des Grund-

¹³⁶ Zum Meinungsstreit: Emig: Ist der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich zur Entscheidung über bayerische Verfassungsstreitigkeiten zuständig?, AöR 53 (1928), S. 68 ff.

¹³⁷ Bereits im Jahr 1923 hatte dies Hans Nawiasy empfohlen (Bayerisches Verfassungsrecht, München-Berlin-Leipzig 1923, S. 467 [unten]); hierzu auch Martin Scheel: Die Staatsgerichtshöfe der deutschen Länder, jur. Diss. Leipzig 1931, S. 49 ff., 74 f.

¹³⁸ Vgl. auch Rainer Grote: Der Verfassungsorganstreit, Tübingen 2010, S. 82 Fußn. 323.

¹³⁹ Entscheidung vom 19. Januar 1929, Lammers/Simons (Fußn. 15), Band 2, Berlin 1930, S. 117 = RGZ 123 Anhang, S. 1. — Wie schwer es der Reichsjustiz missfallen hat, auf diese Weise von der Entscheidung interner Landesverfassungsstreitigkeiten ausgeschlossen zu werden, ist einem Geleitwort des ehemaligen Präsidenten des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich (und Reichsgerichtspräsidenten) zu entnehmen, vgl. Walter Simons: Zum Geleit, in: Lammers/Simons (Fußn. 15), Band 3, Berlin 1931, S. 11 [unten] bis 13.

¹⁴⁰ § 70 Abs. 1 Bamberger Verfassung (Text s. o. Fußn. 129).

¹⁴¹ Art. 7 Hoegner-Entwurf (Fußn. 73).

¹⁴² Art. 42 Abs. 3 Hoegner-Entwurf.

¹⁴³ Vgl. oben Fußn. 141.

rechtsteils seines Entwurfs einer Bayerischen Verfassung ferner einen eigenen Artikel¹⁴⁴. Die Verfassungsbeschwerde war keine Neuerung, weil die Bamberger Verfassung ebenfalls dieses Verfahren zum Staatsgerichtshof kannte.¹⁴⁵ Die geschichtlichen Bindungen gehen allerdings viel weiter.¹⁴⁶ Zwar war der Staatsgerichtshof erst durch die Bamberger Verfassung mit der Entscheidung über Verfassungsbeschwerden betraut worden. Doch der Rechtsbehelf der Verfassungsbeschwerde ist untrennbar mit der bayerischen Verfassungsgeschichte verbunden. Schon die Verfassungsurkunde von 1818¹⁴⁷ enthielt die Beschwerdemöglichkeit „jedes einzelnen Staatsbürgers“ und übrigens auch „jeder Gemeinde“ ... „über Verletzungen der constitutionellen Rechte an die Stände-Versammlung“¹⁴⁸ und zwar an eine seiner Kammern, an die „Kammer der Reichs-Räthe“ oder an die „Kammer der Abgeordneten“.

Für Hoegner war die Wiedereinführung der Verfassungsbeschwerde selbstverständlich. Erstens entsprach ein solcher Rechtsbehelf seiner streng rechtsstaatlichen Überzeugung. Die im Jahr 1818 begonnene bayerische Verfassungstradition kam als Zweites hinzu. Und drittens hatte er in seinem Schweizer Exil die erfolgreiche Praxis der dortigen Verfassungsbeschwerde — die staatsrechtliche Beschwerde der Schweizer Bundesverfassung¹⁴⁹ — sicher näher kennen und schätzen gelernt.¹⁵⁰

¹⁴⁴ Art. 76 Hoegner-Entwurf (Fußn. 73).

¹⁴⁵ § 93 Bamberger Verfassung (Fußn. 66): „(1) Jeder Staatsangehörige und jede juristische Person, die in Bayern ihren Sitz hat, haben das Recht der Beschwerden an den Staatsgerichtshof, wenn sie glauben, durch die Tätigkeit einer Behörde in ihrem Recht unter Verletzung dieser Verfassung geschädigt zu sein. Die Beschwerde ist nur zulässig, wenn vorher ohne Erfolg beim Ministerium Abhilfe nachgesucht worden oder der Rechtsweg erschöpft ist. (2) Die Entscheidungen des Staatsgerichtshofes sind dem Beschwerdeführer, dem Landtage und dem Ministerium mitzuteilen.“

¹⁴⁶ Zur Geschichte der bayerischen Verfassungsbeschwerde seit 1818: Oda Müller: Die Verfassungsbeschwerde nach der Bayerischen Verfassung von 1818 (1818 – 1848), Frankfurt am Main-Berlin u. a. 2000; Ekkehard Schumann: Verfassungsbeschwerde (Grundrechtsklage) zu den Landesverfassungsgerichten, in: Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit (Fußn. 21), Teilband II, Baden-Baden 1983, S. 149 (162 ff., 174 ff., 181 ff.).

¹⁴⁷ Verfassungs-Urkunde für das Königreich Baiern vom 26. May 1818, Bay-GBl. 1818, Sp. 101. Titel VII, § 21 lautete: „Jeder einzelne Staatsbürger, so wie jede Gemeinde kann Beschwerden über Verletzung der constitutionellen Rechte an die Stände-Versammlung, und zwar an jede der beyden Kammern, bringen, welche sie durch den hierüber bestehenden Ausschuß prüft, und findet dieser sie dazu geeignet, in Berathung nimmt.“ Abgedruckt z. B. bei Ernst Rudolf Huber: Dokumente zur deutschen Verfassungsgeschichte, Band I, 3. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978, S. 168 und bei Michael Kotulla: Deutsches Verfassungsrecht 1806 – 1918, 2. Band Bayern, Berlin-Heidelberg 2007, S. 1387 (1403) sowie bei Hildebrandt (Fußn. 24), S. 28 (31).

¹⁴⁸ Seit 1848 „Landtag“: Gesetz, die Wahl der Landtags-Abgeordneten betr., vom 4. Juni 1848, Bay-GBl. 1848, Sp. 77; abgedruckt bei Kotulla (Fußn. 147), S. 1575 [Nr. 376/22]. Hierzu näher Kotulla, a. a. O., S. 289 [Nr. 1507].

¹⁴⁹ Grundlegend auch heute noch Zaccaria Giacometti: Die Verfassungsgerichtsbarkeit des Schweizer Bundesgerichtes (Die staatsrechtliche Beschwerde), Zürich 1933.

¹⁵⁰ Die Beschwerde gegen die generelle Suspendierung bestimmter Grundrechte durch die Staatsregierung (Art. 74 Abs. 2 Satz 2 Hoegner-Entwurf, Fußn. 73) kann man als Unterfall der Verfassungsbeschwerde ansehen.

[3]. *Ministeranklage*

Als ein weiteres Verfahren des früheren Bayerischen Staatsgerichtshofs¹⁵¹ findet sich im Hoegner-Entwurf die Ministeranklage¹⁵². Auch dieses verfassungsgerichtliche Verfahren ist eng mit der Geschichte der bayerischen Staatsgerichtsbarkeit verbunden. Denn als die Institution eines (nicht ständigen) Staatsgerichtshofs im Jahre 1850 geschaffen wurde¹⁵³, war seine einzige Zuständigkeit die Ministeranklage. Staatsgerichtshof und Ministeranklage sind — historisch gesehen — in Bayern untrennbar verbunden.¹⁵⁴ — Der Hoegner-Entwurf enthält allerdings insofern eine inhaltliche Inkonsequenz, als er einerseits die Vertrauensabstimmung gegenüber dem einzelnen Regierungsmitglied in Art. 33 vorsieht, andererseits an der Ministeranklage festhält. Die Einführung des Instituts der Ministeranklage im 19. Jahrhundert beruhte darauf, dass seinerzeit der Landtag das einzelne Regierungsmitglied nicht abberufen konnte.¹⁵⁵

Da der Hoegner-Entwurf die parlamentarische Ministerverantwortlichkeit und Vertrauensfrage gegenüber dem Mitglied der Regierung vorsah, fehlte dem Institut der Ministeranklage die historische Rechtfertigung.¹⁵⁶

¹⁵¹ § 70 Abs. 1 [erste Variante] Bamberger Verfassung (Text s. o. Fußn. 129).

¹⁵² Art. 37 Abs. 1 und 2 Hoegner-Entwurf (Fußn. 73): Anklage gegen Ministerpräsident, Staatsminister und Staatssekretäre. Nach Art. 30 des Hoegner-Entwurfs bestand die Staatsregierung aus diesen drei Arten von Regierungsmitgliedern. So ist auch die heutige Verfassungslage (Art. 43 Abs. 2 BV). — Zur erst im Laufe der weiteren Beratungen vorgesehenen Abgeordnetenanklage unten bei Fußn. 217.

¹⁵³ Gesetz, den Staatsgerichtshof und das Verfahren bei Anklagen gegen Minister betreffend, vom 30. März 1850, Bay-GBl. 1850, Sp. 133; abgedruckt bei Kotulla (Fußn. 147), S. 1742 [Dokument Nr. 408]. Vorgeesehen, aber noch nicht errichtet war der Staatsgerichtshof bereits in Art. X. – XIII. des Gesetzes, die Verantwortlichkeit der Minister betr., vom 4. Juni 1848, Bay-GBl. 1848, Sp. 69 = Kotulla, a. a. O., S. 1573 [Dokument Nr. 376/21]. Zu den Hintergründen der genannten beiden Gesetze: Kotulla, a. a. O., S. 237 [Nr. 1403], 285 f. [Nr. 1502], 287 f. [Nr. 1505], 311 bei Fußn. 1453; vgl. auch Wilhelm Eugen Dallinger: Die Ministeranklage in der Geschichte des bayerischen Verfassungsrechts, jur. Diss. 1934, S. 30 ff.

¹⁵⁴ Carl Friedrich von Gerber: Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl., Leipzig 1880, sah in der Ministeranklage ein Institut zum „Rechtsschutz des Grundgesetzes“ (S. 193) und zum „Schutz der Integrität des Grundgesetzes“ (S. 198, auch 195). Der jeweilige Staatsgerichtshof als „höchstes politisches Gericht“ sei zu diesem Zweck errichtet, aber man dürfe ihn nicht „unter Verdunkelung seines speziellen Zwecks“ mit anderen richterlichen Aufgaben betrauen (S. 197 f.). Frühzeitig hat also Gerber das Problem der Abgrenzung der Verfassungsgerichtsbarkeit zu den anderen Gerichten (heute: „Fachgerichten“) erkannt.

¹⁵⁵ Kotulla (Fußn. 147), S. 288 (Nr. 1506).

¹⁵⁶ Vgl. Klaus Kröger: Die Ministerverantwortlichkeit in der Verfassungsordnung der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt am Main 1972, S. 159 ff.; Karl Streicher: Die Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit in Bayern, in: Bayerischer Verfassungsgerichtshof (Hrsg.): Verfassung und Verfassungsrechtsprechung. Festschrift zum 25-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, München o. J. (1972), S. 195 (206 f.). Die Rechtfertigung für eine Ministeranklage wurde übrigens bereits zur Weimarer Zeit verneint (vgl. Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht [Fußn. 137], S. 126: Die Ministeranklage sei ein „altes Requisit der konstitutionellen Theorie“ ... „Anachronismus“; Otto Wolfram: Die Ministeranklage nach dem Verfassungsrecht des Reiches und der Länder, jur. Diss. Jena 1930: Diese Anklage sei „in einem parlamentarisch regierten Staate bedeutungslos“ [S. 53, ähnlich S. 54, 58 f.]). Löst man hingegen die Ministeranklage von ihrer historischen Rechtfertigung, hat sie möglicherweise auch heute noch ihren berechtigten Platz im Verfassungsprozessrecht, hierzu näher Katrin Stein: Die Verantwortlichkeit politischer Akteure, Tübingen 2009, S. 628 f. u. ö., de lege ferenda S. 660 f. sowie Sebastian Steinbarth: Das Institut der Präsidenten- und Ministeranklage in rechtshistorischer und rechtsvergleichender Perspektive, Baden-Baden 2011, S. 268 f., 307 f., 310 ff.

b. Gegenüber der Bamberger Verfassung neuartige Verfahren

Ist die Palette verfassungsgerichtlicher Zuständigkeiten mit Ministeranklage, Verfassungsbeschwerde und Verfassungsstreitigkeiten schon bedeutend, so fügte Hoegner weitere wichtige Kompetenzen hinzu.

aa. Ausschluss von verfassungsfeindlichen Wählergruppen

Aufgrund seiner Erfahrungen während der Weimarer Republik übertrug Hoegner dem Staatsgerichtshof auch die Zuständigkeit, verfassungsfeindliche Wählergruppen von Wahlen und Abstimmungen auszuschließen¹⁵⁷. Eine solche Kompetenz bei einem Verfassungsgericht¹⁵⁸ war „eine Maßstäbe setzende Neuerung, die sich Hoegner persönlich zugute hielt“¹⁵⁹. Eine gewisse Verwandtschaft zur Ministeranklage lässt sich vielleicht feststellen, aber die Funktion beider Verfahren ist deutlich verschieden, weil der Ausschluss von verfassungsfeindlichen Wählergruppen zukunftsgerichtet¹⁶⁰ verhindern soll, dass die Feinde der Demokratie unter deren Schutz die verfassungsmäßige Ordnung beseitigen. Hoegner „forderte, dass die Demokratie nur für Demokraten zugelassen werden dürfe“¹⁶¹ und entwarf mit dieser Zuständigkeit ein wichtiges Mittel der „wehrhaften Demokratie“¹⁶². Damit schuf er eine Frühform des in Art. 21 GG enthaltenen Parteiverbotsverfahrens.¹⁶³

bb. Verfassungsgerichtliche Wahlprüfungsverfahren

Weitere Neuzuständigkeiten enthielt der Hoegner-Entwurf, indem er die Wahlprüfung der Landtagswahl dem Staatsgerichtshof übertrug¹⁶⁴ und ebenso die Entscheidung, ob ein Abgeordneter die Mitgliedschaft im Landtag verloren hat¹⁶⁵. Unter Geltung der Bamberger Verfassung entschied diese Fragen der Landtag in eigener Zuständigkeit¹⁶⁶. Den in der Verfassung ausdrücklich eröffneten Weg, diese Aufgaben einem Gericht zu übertragen¹⁶⁷, gingen die Fraktionen des damaligen Landtags nicht¹⁶⁸. Dies stieß schon in der

¹⁵⁷ Art. 11 Abs. 2 Hoegner-Entwurf (Fußn. 73).

¹⁵⁸ In der Weimarer Zeit hatte der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik teilweise eine solche Funktion, s. o. Fußn. 132.

¹⁵⁹ Zimmer (Fußn. 47), S. 106.

¹⁶⁰ Die Ministeranklage ist vielmehr rückwärtsgerichtet und betrifft außerdem nur eine Einzelperson.

¹⁶¹ Hoegner, Der schwierige Außenseiter (Fußn. 79), S. 250: „Demokratie nur für Demokraten“; Montgelas (Fußn. 74), S. 90.

¹⁶² Kritzer (Fußn. 47), S. 194. Zu diesem Thema z. B. Markus Thiel (Hrsg.): Wehrhafte Demokratie. Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung, Tübingen 2003.

¹⁶³ Siehe auch unten Text zu Fußn. 461 ff.

¹⁶⁴ Art. 29 Satz 1 Hoegner-Entwurf (Fußn. 73).

¹⁶⁵ Art. 29 Satz 2 Hoegner-Entwurf.

¹⁶⁶ § 33 Satz 1 Bamberger Verfassung (Fußn. 66): „Der Landtag prüft das Recht der Mitgliedschaft und entscheidet über die Gültigkeit der Wahlen.“

¹⁶⁷ § 33 Satz 2 Bamberger Verfassung (Fußn. 66): „Er kann diese Aufgabe einem Gerichtshof übertragen.“

¹⁶⁸ Scheel (Fußn. 137), S. 49.

Weimarer Zeit mit dem Schlagwort des „Richters in eigener Sache“ auf Kritik¹⁶⁹. Hoegner packte sozusagen den Stier bei den Hörnern und übertrug bereits in der Verfassung die Wahlprüfung einer richterlichen Instanz.

c. Kein materielles Richterliches Prüfungsrecht

Im Hoegner-Entwurf blieben hingegen das materielle Richterliche Prüfungsrecht¹⁷⁰ und damit auch die verfassungsgerichtliche Normenprüfung¹⁷¹ ausdrücklich ausgeschlossen. Immerhin bestand für Meinungsverschiedenheiten im Landtag, ob ein Gesetz die Verfassung ändern werde, eine Kompetenz des Staatsgerichtshofs¹⁷². Angesichts der von der Bamberger Verfassung¹⁷³ eindeutig anerkannten materiellen Richterlichen Prüfungszuständigkeit¹⁷⁴ und ihrer im Laufe der Weimarer Republik auch reichsrechtlichen Bejahung¹⁷⁵ erscheint die Ablehnung durch Hoegner als ein erheblicher Rückschritt. Wahrscheinlich war er durch die Schweizer Verfassungsrechtslage beeinflusst, die ein Richterliches Prüfungsrecht gegenüber Bundesgesetzen nicht kennt¹⁷⁶, und sicher hatte er nicht vergessen, dass das Richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Zeit gerade von Kräften befürwortet worden war, die der Weimarer Demokratie fern standen und dem Kaiserreich nachtrauerten. Darauf komme ich noch zurück¹⁷⁷.

¹⁶⁹ So z. B. Jakob Kratzer: Die Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern, München-Berlin-Leipzig 1925, § 33 Anm. 3 [zweiter Absatz].

¹⁷⁰ Als formelles Prüfungsrecht wird die Befugnis und Pflicht des Richters angesehen, die Norm daraufhin zu prüfen, ob sie ordnungsgemäß verkündet worden ist, ob sie (bereits) gilt oder inzwischen aufgehoben wurde oder etwa durch eine andere Norm ergänzt oder beseitigt wurde. Dieses formelle Prüfungsrecht steht grundsätzlich jedem Richter zu und war daher in den damaligen Beratungen überhaupt nicht umstritten. Anders verhält es sich beim materiellen Prüfungsrecht. Es betrifft das Problem, ob ein Rechtssatz der (als höherrangig angesehenen) Verfassung widerspricht und ob jedem Richter die Befugnis zusteht, diese Frage zu beantworten, ob er also befugt ist, den von ihm als verfassungswidrig angesehenen Rechtssatz den Gehorsam zu verweigern, oder ob eine solche („Verweigerungs“-) Kompetenz nur bestimmten Gerichten vorbehalten ist.

¹⁷¹ Art. 57 Abs. 1 und 2 Hoegner-Entwurf (Fußn. 73):
„(1) Die Richter sind verpflichtet, alle Gesetze daraufhin zu prüfen, ob sie auf verfassungsmäßige Weise zustande gekommen sind.
(2) Ein weitergehendes Prüfungsrecht steht ihnen nicht zu.“

¹⁷² Art. 42 Abs. 3 Hoegner-Entwurf.

¹⁷³ § 72 Bamberger Verfassung (Fußn. 66): „Die mit der Rechtspflege betrauten Behörden prüfen bei ihren Entscheidungen, ob ein anzuwendendes Gesetz nicht mit einer Bestimmung der Verfassung des Deutschen Reiches, dieser Verfassung oder einem anderen Verfassungsgesetz im Widerspruch steht.“ Zur Entstehungsgeschichte und zum Schrifttum zu § 72 Bamberger Verfassung u. Fußn. 247.

¹⁷⁴ Gegenüber dem geläufigen Begriff „Richterliches Prüfungsrecht“ ist der Ausdruck „Richterliche Prüfungszuständigkeit“ sicher genauer (so vor allem bereits Fritz Morstein Marx: Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin 1927, S. 3 f. und z. B. Otto Bachof: Verfassungswidrige Verfassungsnormen, Tübingen 1951, S. 11 Fußn. 6 mit weit. Nachw.; vgl. auch S. 50 Fußn. 93). Trotzdem hält der vorliegende Beitrag im Allgemeinen an der herkömmlichen Terminologie fest. Vgl. auch Ekkehard Schumann: Richterliches Prüfungsrecht, in: Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl., Stuttgart 1987, Sp. 3016 ff.

¹⁷⁵ Näher unten Text bei Fußn. 236.

¹⁷⁶ Näher unten Text bei Fußn. 229 ff.

¹⁷⁷ Text unten bei Fußn. 234 ff.

Würdigung des Hoegner-Entwurfs: Weitgespannte Verfassungsgerichtsbarkeit

Ich habe bereits gesagt, dass man bei der Entstehung der Bayerischen Verfassung fünf Stufen feststellen kann.¹⁷⁸ Wie sich jetzt gezeigt hat, enthält bereits die erste Stufe — der Entwurf Wilhelm Hoegners — eine weitgespannte Verfassungsgerichtsbarkeit. Mit der Verfassungsbeschwerde gewährt er einen Rechtsbehelf, den manche deutsche Länder bis heute nicht besitzen. Mit der Ministeranklage und der unspezifischen Zuständigkeit für Verfassungsstreitigkeiten übernimmt Hoegner weitere Verfahren, die der Bayerische Staatsgerichtshof der Weimarer Zeit kannte. Hinzutreten die neu der Verfassungsgerichtsbarkeit übertragenen Kompetenzen der Landtagswahlprüfung und vor allem das Verfahren zum Ausschluss verfassungsfeindlicher Wählergruppen.

2. Die zweite Stufe der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs: Entwurf des Vorbereitenden Verfassungsausschusses

Es gehört zu den vielen Erfolgen Wilhelm Hoegners, dass es ihm gelungen ist, sein Konzept einer weitgespannten Verfassungsgerichtsbarkeit im Vorbereitenden Verfassungsausschuss durchzusetzen¹⁷⁹. Wie schon gesagt¹⁸⁰, änderte der Ausschuss den Entwurf Hoegners kaum ab; dies gilt vor allem hinsichtlich der Vorschriften über die Verfassungsgerichtsbarkeit¹⁸¹. Weiterhin gab es zwar keinen eigenen Abschnitt über den Verfassungsgerichtshof. Aber in der Terminologie ist nunmehr einheitlich vom „Bayerischen Staatsgerichtshof“ die Rede.

3. Die dritte Stufe der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs: Die Beschlüsse des Verfassungs-Ausschusses der Verfassunggebenden Landesversammlung

Die Diskussionen in der Verfassunggebenden Landesversammlung¹⁸² führten auch bei den Bestimmungen über die Zuständigkeiten und die Verfahrensarten des Verfassungsgerichtshofs zu wesentlichen Änderungen. Noch deutlicher als im Vorbereitenden Verfassungsausschuss ist die Tendenz erkennbar, eine möglichst umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen. Daher erfolgten maßgebende Änderungen im Verfassungs-Ausschuss der Verfassunggebenden Landesversammlung¹⁸³. Die bisherigen

¹⁷⁸ Text bei Fußn. 72.

¹⁷⁹ Oben Fußn. 91.

¹⁸⁰ Oben Fußn. 90.

¹⁸¹ Art. 8 Abs. 1 Verfassungsstreitigkeiten; Art. 45 Ministeranklage; Art. 8 Abs. 1 und Art. 83 Verfassungsbeschwerde; Art. 81 Abs. 2 Satz 2 Beschwerde bei Grundrechtssuspendierung; Art. 50 Abs. 3 Meinungsverschiedenheiten im Landtag, ob ein Gesetz die Verfassung ändern werde; Art. 29 Satz 1 und 2 Wahlprüfung; Art. 11 Abs. 2 Ausschluss von verfassungswidrigen Wählergruppen; Art. 64 Abs. 1 und 2 kein materielles Richterliches Prüfungsrecht, jeweils Entwurf des Vorbereitenden Verfassungsausschusses (oben Fußn. 91).

¹⁸² Oben Text bei Fußn. 93 ff.

¹⁸³ Oben Fußn. 101.

verfassungsgerichtlichen Zuständigkeiten und Verfahrensarten tastete er hierbei nicht an¹⁸⁴, so dass es bei einem weiten Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit blieb.

a. „Verfassungsgerichtshof“ statt „Staatsgerichtshof“

Statt vom „Staatsgerichtshof“ spricht der Verfassungs-Ausschuss jetzt vom „Verfassungsgerichtshof“. Dies könnte man als bloßen Austausch zweier identischer Begriffe ansehen. Wurde doch in der Weimarer Republik die Verfassungsgerichtsbarkeit des Deutschen Reiches und der Länder ausschließlich durch „Staatsgerichtshöfe“ ausgeübt¹⁸⁵; und auch heute noch findet sich der Ausdruck innerhalb der Verfassungsgerichtsbarkeit einzelner Länder¹⁸⁶, nicht mehr jedoch bei den neuen Ländern. Schon Heinrich Triebel hatte im Jahr 1928¹⁸⁷ empfohlen, zutreffender von „Verfassungsgerichtsbarkeit“ zu sprechen. Die Namensänderung im Verfassungs-Ausschuss beruhte daher sehr wohl auf inhaltlichen Motiven: „Dadurch sollte der Verfassungs- und Rechtsstaat gewissermaßen eine Krönung erhalten“¹⁸⁸.

b. Eigener Abschnitt „Verfassungsgerichtshof“

Neben der Namensänderung gibt es eine weitere äußerlich sofort erkennbare Neuerung. Es ist der vom Ausschuss vorgeschlagene eigene Abschnitt innerhalb des Ersten Hauptteils („Aufbau und Aufgaben des Staates“) der Verfassung mit der Überschrift „Der Verfassungsgerichtshof“¹⁸⁹. Jetzt war es möglich, die während der Beratungen immer mehr ausgeweiteten Kompetenzen des Verfassungsgerichtshofs übersichtlich in einem eigenen Abschnitt aufzuzählen¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Art. 70 Ministeranklage; Art. 77 und 131 Verfassungsbeschwerde; Art. 52 Abs. 3 Beschwerde bei Grundrechtssuspendierung; Art. 86 Abs. 3 Meinungsverschiedenheiten im Landtag, ob ein Gesetz die Verfassung ändern werde; Art. 33 Satz 2 und 3 Wahlprüfung; Art. 15 Abs. 2 Ausschluss von verfassungswidrigen Wählergruppen jeweils Entwurf des Verfassungs-Ausschusses der Verfassungsgebenden Landesversammlung (oben Fußn. 101).

¹⁸⁵ Gerichtshöfe, die Verfassungsgerichtsbarkeit ausüben, werden auch im Ausland überwiegend mit dem jeweiligen Begriff für „Verfassung“ verbunden (z. B. „Corte Costituzionale“), vgl. z. B. Georg Brunner: Der Zugang des Einzelnen zur Verfassungsgerichtsbarkeit im europäischen Raum, JöR 50 (2002), S. 191 ff. Das deutschsprachige Ausland bevorzugte übrigens schon länger den Ausdruck „Verfassungsgerichtsbarkeit“ oder „Verfassungsgerichtshof“, vgl. für die Schweiz z. B. Giacometti (Fußn. 149) und für Österreich Art. 137 ff. des österreichischen Bundes-Verfassungsgesetzes [B-VG] vom 1. Oktober 1920, ö-BGBl. Nr. 1 (vgl. z. B. Heinz Meyer: Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, 4. Aufl., Wien 2007, Art. 137 ff.).

¹⁸⁶ Art. 68 Verfassung des Landes Baden-Württemberg; Art. 139 Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen; Art. 130 Verfassung des Landes Hessen; Art. 54 Niedersächsische Verfassung. Die Verfassungen der (später vereinigten) Länder (Fußn. 40) Baden (Art. 112), Württemberg-Baden (Art. 91) und Württemberg-Hohenzollern (Art. 64) verwendeten ebenfalls den Begriff „Staatsgerichtshof“.

¹⁸⁷ In seinem Referat „Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit“ auf der Tagung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Wien 1928, VVDStRL 5 (1929), S. 2 (4 ff.).

¹⁸⁸ Hans Nawiasky/Claus Leusser: Die Verfassung des Freistaates Bayern, München-Berlin 1948, S. 140; auch Schweiger in: Nawiasky/Schweiger (Fußn. 73), Art. 60 Rdnr. 2, sieht in den verschiedenen Begriffen nicht nur einen terminologischen Unterschied.

¹⁸⁹ Überschrift des 6. Abschnitts vor Art. 71 des Entwurfs des Verfassungs-Ausschusses der Verfassungsgebenden Landesversammlung (oben Fußn. 101).

¹⁹⁰ Art. 71 bis 80 des Entwurfs des Verfassungs-Ausschusses (Fußn. 101).

c. Verfassungsgerichtshof ist nunmehr Verfassungsorgan

Die eigentliche und erhebliche Bedeutung ist der Standort des neuen Abschnitts über den Verfassungsgerichtshof im Anschluss an die Bestimmungen über die (anderen) Verfassungsorgane¹⁹¹ und nicht als Teil des Abschnitts „Rechtspflege“¹⁹². Diese Stellung innerhalb des Verfassungstextes macht deutlich, dass der Verfassungsgerichtshof vom Verfassungs-Ausschuss als ein Verfassungsorgan angesehen wurde¹⁹³.

Die Anerkennung als Verfassungsorgan durch den Verfassungs-Ausschuss der Verfassunggebenden Landesverfassung lässt sich auch aus Vorschlägen ablesen, die allerdings nicht in die Bayerische Verfassung übernommen wurden. In den Bestimmungen über den Staatspräsidenten, die das Plenum der Verfassunggebenden Landesversammlung ablehnte,¹⁹⁴ war vorgesehen, dass der (ständige verfassungsmäßige) Stellvertreter des Staatspräsidenten der Präsident des Verfassungsgerichtshofs ist.¹⁹⁵

Da seit seiner Abschaffung durch die Nationalsozialisten das Bayerische Oberste Landesgericht noch nicht wieder errichtet war, empfahl der Entwurf, den Verfassungsgerichtshof beim Oberlandesgericht München zu bilden. Dabei blieb es bis heute¹⁹⁶. Nach der Wiedererrichtung des Bayerischen Obersten Landesgerichts ist die Chance verpasst worden, bei ihm den Verfassungsgerichtshof anzusiedeln.¹⁹⁷ Wahrscheinlich hätte dies den Bayerischen Landtag im Jahr 2006 von der sachlich nicht zu rechtfertigenden Entscheidung¹⁹⁸ abgehalten, das Bayerische Oberste Landesgericht abzuschaffen.

d. Kompetenz für Organklagen (statt für alle Verfassungsstreitigkeiten)

aa. Das historische Verdienst dieser Änderung

Während die vorhergehenden Entwürfe den Verfassungsgerichtshof als allgemein für „Verfassungsstreitigkeiten“ zuständig ansahen, ohne die Beteiligten näher zu nennen,¹⁹⁹ besteht das große historische Verdienst des Verfassungs-Ausschusses darin, die verfas-

¹⁹¹ Landtag (2. Abschnitt), Senat (3. Abschnitt), Staatspräsident (4. Abschnitt), Staatsregierung (5. Abschnitt) im Entwurf des Verfassungs-Ausschusses der Verfassunggebenden Landesversammlung (oben Fußn. 101).

¹⁹² 9. Abschnitt des Entwurfs des Verfassungs-Ausschusses (oben Fußn. 101).

¹⁹³ „Besonders deutlich tritt die Stellung des Verfassungsgerichts als Verfassungsorgan in der Bayerischen Verfassung hervor.“ Josef Wintrich: Aufgaben, Wesen und Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit in: Festschrift für Hans Nawiasky, München 1956, S. 191 (201 Fußn. 18).

¹⁹⁴ Lindner in: Lindner/Möstl/Wolff (Fußn. 59), Rdnr. 10 (dortige Fußn. 21) vor Art. 43.

¹⁹⁵ Art. 46 Abs. 1 Entwurf des Verfassungs-Ausschusses der Verfassunggebenden Landesversammlung (oben Fußn. 101). In Art. 46 Abs. 2 dieses Entwurfs war ferner vorgesehen, dass der Präsident des Verfassungsgerichtshofs die Wahl eines neuen Staatspräsidenten zu veranlassen hat.

¹⁹⁶ Art. 68 Abs. 1 BV.

¹⁹⁷ So etwa der Vorschlag von Helmut Kalkbrenner: Bewährung und Reformbedürftigkeit unserer Verfassung, BayVBl. 1972, S. 5 (S. 9 sub 7.4.1.).

¹⁹⁸ Hierzu etwa Herbert Roth: Das Gerichtsorganisationsrecht in der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, BayVBl. 2011, S. 97 (99 f., 102) mit weit. Nachw.

¹⁹⁹ Vgl. oben die Texte zu Fußn. 127 und 129 sowie Fußn. 181.

sungsgerichtliche Kompetenz für diese Streitigkeiten eindeutig nur auf Verfassungsorgane zu beschränken. Dies war die Geburtsstunde der heutigen Organklage²⁰⁰.

bb. Die abschreckende diffuse Judikatur des ehemaligen Reichsstaatsgerichtshofs

Als Hoegner in seinem Entwurf die allgemeine Kompetenz für Verfassungsstreitigkeiten niederlegte, ließ er sich von der bayerischen Rechtslage leiten, wie sie seit dem Jahre 1928 bestand. Mit der damaligen Änderung des bayerischen Staatsgerichtshofgesetzes reagierte Bayern, wie dargestellt²⁰¹, auf die ausufernde Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich²⁰² aufgrund von Art. 19 Abs. 1 WRV²⁰³. Indem der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich den dortigen unpräzisen²⁰⁴ Begriff der „Verfassungsstreitigkeiten“ weder nach den Beteiligten noch hinsichtlich des Streitgegenstands genau eingrenzte²⁰⁵, eröffnete er eine diffuse verfassungsgerichtliche Kompetenz des Reichs für Streitfälle in den Ländern. Es erscheint auch heute noch als eine konsequente Reaktion des Freistaates Bayern, dass er im Jahr 1928 denselben diffusen Weg gegangen war und für seinen Staatsgerichtshof dieselbe unklare Zuständigkeit eingeführt hatte, um dadurch den Zugriff der Reichsjustiz auf bayerische staatsrechtliche Auseinandersetzungen zu unterbinden.²⁰⁶ Wahrscheinlich in Sorge vor vergleichbaren zukünftigen überregionalen Eingriffen erschien es Hoegner deshalb richtig, die bayerische Verfassungsgerichtsbarkeit bei Verfassungsstreitigkeiten so umfassend auszugestalten, wie dies im Jahre 1928 geschehen war²⁰⁷.

cc. Das Modell einer Organklage als klare Zuständigkeit

Der Verfassungs-Ausschuss löste sich von der Fixierung auf die unklare Judikatur des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich. Wie erwähnt, verwarf der Ausschuss eine allgemeine Kompetenz des Verfassungsgerichtshofs für „Verfassungsstreitigkeiten“ und führte die Organklage ein. Sie wird gewährt für Streitigkeiten „zwischen den obersten Staatsorganen“ und zwischen den „in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatte-

²⁰⁰ Art. 75 Entwurf des Verfassungs-Ausschusses (oben Fußn. 101): „Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über Verfassungsstreitigkeiten zwischen den obersten Staatsorganen oder in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgans“; vgl. auch Fußn. 208.

²⁰¹ S. o. Fußn. 131.

²⁰² Zu ihm oben Fußn. 132.

²⁰³ Text von Art 19 Abs. 1 WRV in Fußn. 133.

²⁰⁴ So Nawiasky, Grundprobleme (Fußn. 134); vgl. auch Chr. Behr: Die Rechtskraft der Entscheidungen des Staatsgerichtshofs, AöR 56 (1929), S. 436 (439): „noch nicht zu völliger Klarheit entwickelt“, so dass „von dem Wesen der Verfassungsjustiz eine deutliche Vorstellung nicht zu gewinnen sei“.

²⁰⁵ Hierzu Grote (Fußn. 138), S. 81 ff. mit weit. Nachw. und Herbert Günther: Verfassungsgerichtsbarkeit in Hessen, Baden-Baden 2004, S. 653 ff. Vgl. auch Rudolf Hoke: Verfassungsgerichtsbarkeit in den deutschen Ländern in der Tradition der deutschen Staatsgerichtsbarkeit, in: Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit (Fußn. 21), Teilband I, S. 25 (82 ff.) — allerdings zur bayerischen Verfassungslage während der Weimarer Zeit nicht immer umfassend und genau.

²⁰⁶ S. o. Text bei Fußn. 131 ff.

²⁰⁷ S. o. Text bei Fußn. 131 bis 138.

ten Teilen eines obersten Staatsorgans²⁰⁸. Natürlich sind auch diese Begriffe der (richterlichen) Auslegung zugänglich. Aber sie sind einigermaßen klar umrissen. Diese auf die Staatsorgane und deren Teile beschränkte Zuständigkeit vermied die in der Weimarer Zeit herrschende Uferlosigkeit²⁰⁹ einer allgemeinen Kompetenz für „Verfassungsstreitigkeiten“. Das bayerische Staatsrecht hat damit im Jahre 1946 den Grundstein für den Siegeszug einer das deutsche Verfassungsprozessrecht fortan prägenden²¹⁰ Verfahrensart gelegt.

Mit der Justiziabilität von Organstreitigkeiten machte die Bayerische Verfassung zugleich deutlich, dass das Verhältnis der Staatsorgane zueinander keine (bloß) politischen, sondern rechtliche Beziehungen sind.²¹¹ Die Wortwahl „Verfassungsstreitigkeiten“ begrenzte das Verfahren in doppelter Beziehung: Zweifel oder Meinungsverschiedenheiten genügen nicht²¹², sondern eine Streitigkeit — eine Auseinandersetzung um Kompetenzen²¹³ — muss vorliegen, und zudem hat es ein verfassungsrechtlicher Streit zu sein.

dd. Anknüpfung an die Diskussionen während der Weimarer Zeit

Wenn das bayerische Staatsrecht — wie soeben ausgeführt — der Vorreiter einer für die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit zentralen Verfahrensart war, darf nicht übersehen werden, dass die bayerischen Überlegungen an die Diskussionen während der Weimarer Zeit anknüpften. Der Missmut über die unklare Begrifflichkeit der Weimarer Verfassung und die Judikatur des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich führte zu einer Fülle von Vorschlägen²¹⁴. In der Weimarer Republik konnten sie nicht verwirklicht wer-

²⁰⁸ So auch jetzt der Text von Art. 64 BV.

²⁰⁹ Gegen „eine uferlose Ausweitung“ des Begriffs der Verfassungsstreitigkeiten „durch die Rechtsprechung“ wandte sich z. B. Georg August Zinn (SPD) im Parlamentarischen Rat (Siebente Sitzung des Rechtspflegeausschusses am 6. Dezember 1948, S. 18 f., JöR n. F. 1 [1951], S. 674); auch Manfred Goessl: Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Berlin 1961, S. 28 sprach von einer „Ausuferung“ des Begriffs der Verfassungsstreitigkeiten. Ulrich Scheuner: Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert, in: Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des BVerfG, I. Band, Tübingen 1976, S. 1 (57) meinte hingegen, der Kreis der Beteiligten sei „weit gezogen“, „aber doch vor einem Ausuferern bewahrt“ gewesen.

²¹⁰ „Kernbestand der deutschen Staatsgerichtsbarkeit“, so Grote (Fußn. 138), S. V; „Grundstock der modernen Verfassungsgerichtsbarkeit“, so Herbert Bethge: Organstreitigkeiten des Landesverfassungsrechts, in: Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II (Fußn. 146), S. 17 (18); ähnlich ferner Joachim Wieland in: Horst Dreier: GG, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 93 Rdnr. 46 und Dieter C. Umbach: Der „eigentliche“ Verfassungsstreit vor dem Bundesverfassungsgericht: Abgeordnete und Fraktionen als Antragsteller im Organstreit, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 2, Berlin-New York 1987, S. 1235 ff.

²¹¹ Weder die Hessische noch die Württemberg-Badische Verfassung sahen eine vergleichbare Kompetenz für Organstreitigkeiten vor. Hierzu unten Text bei Fußn. 449 ff.

²¹² „Meinungsverschiedenheiten“ zwischen den am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten reichen für das gesondert geregelte verfassungsgerichtliche Verfahren, ob eine unzulässige Verfassungsänderung vorliegt (vgl. Fußn. 181, 184, 297).

²¹³ Treffend Franz W. Jerusalem: Die Staatsgerichtsbarkeit, Tübingen 1930, S. 117: „Rechtsstreitigkeiten zwischen staatlichen Organen“ ..., „deren Gegenstand ihre Kompetenz ist“.

²¹⁴ Über sie berichtet eindrucksvoll Gerhard Anschütz: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1929, 4. Aufl., Berlin [Februar] 1933, Art. 19 Anm. 5 bis 9 (S. 164 ff.).

den. Die Leistung der Bayerischen Verfassung besteht darin, den Empfehlungen für eine klare Begrenzung der Beteiligten gefolgt zu sein und sich entschlossen zu haben, nur Verfassungsorgane und deren Teile als parteifähig anzusehen, also die Organklage von den „streitenden Subjekten“²¹⁵ her zu definieren und nicht vom Streitgegenstand²¹⁶ auszugehen.

ee. Ausweitung der Anklageverfahren: Neben Ministeranklage auch Abgeordnetenanklage

Die von Anfang an in den Entwürfen vorgesehene Ministeranklage weitete der Verfassungs-Ausschuss zu einem Verfahren auch gegen Landtagsabgeordnete aus.²¹⁷ Der Hoegner-Entwurf enthielt diese Kompetenz noch nicht, obwohl sie das bayerische Staatsrecht früher gekannt hatte. Der ursprüngliche Text der Bamberger Verfassung beschränkte sich allerdings auf die Ministeranklage²¹⁸. Doch der Barmat-Kutisker-Skandal der Jahre 1924/1925²¹⁹, in dem vor allem zahlreiche Berliner Politiker verwickelt waren, ließ seinerzeit den Bayerischen Landtag aufhorchen und vorsorglich in Bayern ein Anklageverfahren gegen Abgeordnete einführen, die ihr Mandat missbraucht haben.²²⁰

Der Verfassungs-Ausschuss sah ferner ein Anklageverfahren gegen den Staatspräsidenten vor²²¹, das allerdings wegen der Ablehnung eines solchen Verfassungsorgans durch das Plenum der Verfassunggebenden Landesverfassung wieder entfiel.²²²

²¹⁵ Ganz im Sinne von Richard Thoma, der schon auf der ersten Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer im Jahre 1922 in seinem Vortrag über „Das richterliche Prüfungsrecht“ gesagt hatte: „Nicht jeder Streit über den Sinn eines Verfassungsartikels ist ein Verfassungsverstreit. Es kommt auf die streitenden Subjekte an.“ (AöR 43 [1922], S. 267 [282]); mit weiteren Argumenten: Richard Thoma: Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, in: Otto Schreiber (Hrsg.): Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Band I, Berlin-Leipzig 1929, S. 179 (184).

²¹⁶ Vgl. BayVerfGHE 2, 61 (68): Die BV „lehnt sonach die vom Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich vertretene Auffassung“ ... „ab, daß der Begriff der Verfassungsverstreitigkeit vom Gegenstand des Streites („Auslegung und Anwendung der Verfassung“) geprägt wird“ (mit Hinweis u. a. auf Thoma [Fußn. 215]).

²¹⁷ Art. 72 Abs. 1 und 3 Entwurf des Verfassungs-Ausschusses der Verfassunggebenden Landesversammlung (oben Fußn. 101).

²¹⁸ § 70 Abs. 1 Bamberger Verfassung (Text s. o. Fußn. 129).

²¹⁹ Hierzu Ernst Rudolf Huber: Deutsche Verfassungsgeschichte, Band VII, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1984, S. 536 ff. (dort Fußn. 43).

²²⁰ Gesetz zur Abänderung der §§ 26, 41 und 70 der Verfassung sowie des Gesetzes über den Staatsgerichtshof (Bay-GVBl. 1925, S. 245). Art. 3 dieses Gesetzes ersetzte in § 70 der Verfassung das Wort „Ministeranklage“ durch die Worte „Anklagen gegen Minister und Abgeordnete“ und fügte in § 41 des Staatsgerichtshofgesetzes vier Absätze ein; vgl. Heinrich von Jan: Aberkennung der Abgeordneteneigenschaft im bayrischen Landtag, AöR 48 (1925), S. 314 ff.

²²¹ Art. 53 und Art. 72 Abs. 1 Entwurf des Verfassungs-Ausschusses der Verfassunggebenden Landesversammlung (oben Fußn. 101).

²²² Weil der Verfassungs-Ausschuss der Verfassunggebenden Landesversammlung als weiteres Gesetzgebungsorgan den Bayerischen Senat vorgesehen hatte, hätte er das Institut der Abgeordnetenanklage nunmehr auf die Senatoren ausdehnen müssen. Da er und auch das Plenum der Verfassunggebenden Landesversammlung dies übersahen, holte Art. 23 Satz 4 des Senatsgesetzes das Versäumte nach und erweiterte einfachgesetzlich (vgl. Art. 67 BV, oben Fußn. 121) die Anklagemöglichkeit auch gegen die Mitglieder des Bayerischen Senats. Mit dem Ende des Bayerischen Senats ist diese verfassungsgerichtliche Besonderheit weggefallen.

e. Die zwei weiteren Leistungen des Verfassungs-Ausschusses: Erstens Anerkennung des materiellen Prüfungsrechts sowie zweitens dessen Aufspaltung

aa. Die Kehrtwende in den Verfassungsberatungen: Anerkennung des Richterlichen Prüfungsrechts

Als weiteres wichtiges Ereignis ist die Kehrtwende²²³ der Beratungen beim materiellen²²⁴ Richterlichen Prüfungsrecht zu nennen, die der Verfassungs-Ausschuss der Verfassungsgebenden Landesversammlung vornahm.²²⁵ Auf Vorschlag von Hans Nawiasky²²⁶ verneinte der Verfassungs-Ausschuss dieses Recht nicht mehr — wie dies der Hoegner-Entwurf²²⁷ und der Entwurf der Vorbereitenden Landesversammlung²²⁸ getan hatten —, sondern ganz im Gegenteil: Er verankerte es in der Verfassung.

Diese Kehrtwende ist kein Austausch zweier formaler Möglichkeiten, sondern ein für die Verfassungsgerichtsbarkeit grundlegender Vorgang.

[1]. Hoegner als Vertreter einer strikt demokratischen Staatsauffassung: Ablehnung eines materiellen Richterlichen Prüfungsrechts

[a]. Das Vorbild der Ablehnung des Prüfungsrechts in der schweizerischen Verfassungsgerichtsbarkeit

Ganz im Sinne der Schweizer Tradition ging Wilhelm Hoegner — nach der Rückkehr aus dem Schweizer Exil — vom absoluten Demokratieprinzip aus: Das vom Schweizer Volk oder vom National- und vom Ständerat beschlossene Gesetz — also das Bundesgesetz²²⁹ — darf von keinem Richter auf seine Vereinbarkeit mit der Verfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft überprüft werden²³⁰. Dies ist Jean Jacques Rousseau mit dem

²²³ Nawiasky/Leusser (Fußn. 188), Art. 65 BV „Entstehung“: Das Pendel schlug nach der entgegengesetzten Seite.

²²⁴ Zum Unterschied zwischen dem formellen und dem materiellen Richterlichen Prüfungsrecht oben Fußn. 170.

²²⁵ Es ist nicht verständlich, dass Walter Jellinek — ein so genauer Kenner des Richterlichen Prüfungsrechts und einer der Wegbereiter der Hessischen Verfassung (s. u. Fußn. 283) — diese Kehrtwende nicht bemerkte, vgl. Walter Jellinek: Das richterliche Prüfungsrecht in den drei Ländern der amerikanischen Zone, in: Festschrift für Rudolf Laun, Hamburg 1948, S. 269 (270). Jellinek zitiert den Entwurf des Vorbereitenden Verfassungsausschusses (vgl. o. Fußn. 181: kein materielles Richterliches Prüfungsrecht), der den Hoegner-Entwurf kaum veränderte (vgl. Fußn. 90) und deshalb die Ablehnung des Richterlichen Prüfungsrechts in seinem Art. 64 aus Art. 57 Abs. 1 und 2 des Hoegner-Entwurfs (Text o. Fußn. 171) übernahm. Die wichtige Kehrtwende im Verfassungs-Ausschuss der Verfassungsgebenden Landesversammlung erwähnt Jellinek nicht. Da der Leser diese Kehrtwende nicht erfährt, bleibt ihm unerkklärlich, wieso die Bayerische Verfassung dann doch das Richterliche Prüfungsrecht verankert. Ohne weitere Erläuterung zitiert Jellinek nämlich später (a. a. O., S. 273 [unten]) wörtlich Art. 65 und 92 BV (u. Fußn. 293), die das Richterliche Prüfungsrecht anerkennen.

²²⁶ Wilhelm Hoegner: Besatzungsmacht und bayerische Verfassung. Zum zehnjährigen Bestehen der bayerischen Verfassung, BayVBl. 1956, 353 (354 li. Sp.).

²²⁷ Oben Fußn. 171.

²²⁸ Oben Fußn. 181.

²²⁹ Kantonale Normen dürfen hingegen sehr wohl auf ihre Vereinbarkeit mit Bundesrecht geprüft werden.

²³⁰ Art. 190 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (Amtliche Sammlung [AS] 1999, S. 2556).

Gedanken, dass in einer Demokratie die höchste Legitimation bei der Mehrheit liegt.²³¹ Daher gibt es keinen Maßstab, an dem das vom Parlament der Eidgenossenschaft oder vom Schweizervolk (mehrheitlich) beschlossene Gesetz gemessen werden kann, und folgerichtig auch keine Instanz, die das Bundesgesetz zu kontrollieren vermag.²³² In einem solchen Staat ist eine Verfassungsgerichtsbarkeit durchaus möglich²³³; nur erstreckt sie sich nicht auf die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit sämtlicher Normen.

[b]. Die Erinnerung an die antidemokratischen Befürworter des Richterlichen Prüfungsrechts in der Weimarer Zeit

Bei seiner ablehnenden Haltung hat sich Hoegner möglicherweise auch von der Erinnerung an die antidemokratischen Befürworter des Richterlichen Prüfungsrechts während der Weimarer Zeit leiten lassen²³⁴. Hier muss man sich eingangs vergegenwärtigen, dass das Reichsgericht in der Kaiserzeit das Richterliche Prüfungsrecht ablehnte. Die „entscheidende Wendung“²³⁵ trat für das Reichsgericht ein, als es sich in der grundlegenden²³⁶ Entscheidung vom 4. November 1925²³⁷ zu diesem Recht bekannte.²³⁸ Der Betrachter wird sich fragen: Weshalb hatte das Reichsgericht in einer Zeit mit demokratischen Defiziten das Prüfungsrecht verneint, es aber bejaht, als solche Defizite unter der Weimarer Reichsverfassung beseitigt waren? Wenn im Jahre 1925 zutreffend anerkannt, weshalb

²³¹ Für Rousseau bestehen in einer Gesellschaft zahllose Einzelwillen (volonté de tous), aus denen sich der Gemeinwille (volonté générale) bildet, in dem sich die gegensätzlichen Auffassungen aufheben, woraus sich „die innere Richtigkeit des Gemeinwillens ergibt“ (Herzog [Fußn. 69], S. 55; vgl. auch S. 205; Herbert Krüger: Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1966, S. 470 sub a).

²³² „Im Vorherrschen des demokratischen Prinzips liegt zudem der Grund dafür, dass das Bundesgericht und alle übrigen Rechtsanwendungsorgane durch Art. 190 BV verpflichtet werden, Bundesgesetze anzuwenden, selbst wenn sie der Bundesverfassung widersprechen sollten — das demokratische Prinzip genießt hier den Vorrang vor den Forderungen des Rechtsstaates.“ (Ulrich Häfelin/Walter Haller/Helen Keller: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 7. Aufl., Zürich-Basel-Genf 2008, Rdnr. 179, ähnlich Rdnr. 2087: „sehr starke Gewichtung des demokratischen Prinzips“).

²³³ Dies zeigen Titel und Inhalt des Buches von Giacometti (Fußn. 149).

²³⁴ Zur damaligen Diskussion um das Richterliche Prüfungsrecht Hartmut Maurer: Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung. Ein Beitrag zum historischen Vorverständnis des Art. 100 GG, DÖV 1963, S. 683 ff. mit umfassenden Nachw.

²³⁵ So Anschütz (Fußn. 214), Art. 70 Anm. 5 (S. 374).

²³⁶ Alexandra Maria Hornauer: Das Reichsgericht zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts (1919 – 1933), Frankfurt am Main-Berlin u. a. 2009, S. 209 Fußn. 796; vgl. auch Ekkehard Schumann: Gerichtliche Kompetenzen und Inkompetenzen in Europa: Menschenrechtsgerichtshof, EU-Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht, in: Herbert Roth (Hrsg.): Die Europäisierung des Rechts, Tübingen 2010, S. 197 (201 ff.) mit weit. Nachw.

²³⁷ RGZ 111, 320 (322 f.).

²³⁸ Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts und anderer Gerichtshöfe in dieser Frage: Max Sonderland: Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen nach Reichs- und preußischem Staatsrecht, jur. Diss. Köln 1932, S. 31 f. — Karl August Bettermann: Reichsgericht und richterliches Prüfungsrecht. Zur Historie und Dogmatik der inzidenten Normenkontrolle, in: Festschrift für Johannes Broermann, Berlin 1982, S. 491 ff. sieht keinen „Bruch zwischen Monarchie und Republik, sondern eine kontinuierliche Entwicklung“; RGZ 111, 320 (Fußn. 237) ist dann eher ein Schlusspunkt. Diese Ansicht kann hier nicht näher erörtert werden.

geschah dies nicht bereits früher in einer Epoche, in der die Bejahung dieses Rechtes viel nötiger gewesen wäre?²³⁹

Ohne auf die konkreten Hintergründe der soeben genannten Entscheidung des Reichsgerichts eingehen zu können, lässt sich sagen, dass das Richterliche Prüfungsrecht in der Weimarer Zeit von sehr unterschiedlichen Positionen aus befürwortet worden war²⁴⁰. Einerseits waren es die streng rechtsstaatlichen Verfassungsrechtler wie etwa Hans Kelsen, Fritz Morstein Marx, Hans Nawiasky, Fritz Stier-Somlo und Heinrich Triepel.²⁴¹ Doch zugleich bejahten das Richterliche Prüfungsrecht diejenigen Kräfte, die der neu erungen Demokratie skeptisch gegenüber standen²⁴². Insofern „beruhte die Forderung

²³⁹ Welche Vorbehalte aus parlamentarischer Sicht gegen das Richterliche Prüfungsrecht bestanden, zeigt treffend der Redebeitrag des sozialdemokratischen Abgeordneten Braun bei den Diskussionen im Verfassungsausschuss der Gesetzgebenden Versammlung des Saarlandes: „Es ist wesentlich, daß wir die Frage ventilieren, wer hat nun zu entscheiden über die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes“ ... „In vielen Ländern hat es der Staatsgerichtshof. Wer bei uns? Eines wünsche ich auf keinen Fall, daß dieses Recht der Richter hat, denn das habe ich erlebt in meiner Praxis. Im Kaiserreich hat es kein Richter gewagt, zu sagen, das, was der Kaiser da gemacht hat, ist nicht richtig. Und als dann die Republik kam, sofort kamen die Herren plötzlich dazu und nahmen für sich das Recht in Anspruch, was sie beim Kaiser nicht getan hatten. Wir messen uns das Recht an, gegen den Reichstag, gegen den Landtag vorzugehen. Als Hitler kam, sprangen sie wieder zurück, kein Mensch wagte etwas zu sagen. Das sind nicht die Hüter, denen wir die Auslegung der Verfassung anvertrauen können.“ ... „Es darf nicht sein, daß der Richter, wenn wir ein Gesetz schufen, das wir selbstverständlich auf die Verfassung abgestimmt haben, ohne weiteres sagen kann: ‚Das ist gegen die Verfassung.‘“ (Niederschrift zur 5. Sitzung des Verfassungsausschusses der Gesetzgebenden Versammlung des Saarlandes am 29. Oktober 1947, veröffentlicht bei Stöber [Fußn. 20], S. 349). Vgl. auch Herbert Ruscheweyh (Präsident des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone): Er sprach sich dafür aus, dass das höchste Gericht „allein unter Ausschluß aller übrigen Gerichte über die Gültigkeit oder Ungültigkeit von Gesetzen entscheiden soll, damit nicht der noch so tüchtige Amtsgerichtsrat Piefke in Buxtehude sagt: das Republikenschutzgesetz ist nichtig, weil es gegen die guten Sitten verstößt. Wenn er dieses interessante Urteil fällen will — vestigia terrent —, hat er vielmehr den Rechtszug zu unterbrechen und die Entscheidung an den Verfassungsgerichtshof abzugeben, und zwar nicht nur der Amtsrichter an irgendeinem kleinen Amtsgericht, sondern jedes Gericht, mag es sonst in der Stufenfolge so hoch gestellt sein wie nur möglich.“ (Protokoll der 5. Sitzung des Rechtspflegeausschusses des Parlamentarischen Rates vom 10. November 1948, abgedruckt bei *Hans-Peter Schneider* (Hrsg.): *Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung*, Band 23, Teilband II (Bearbeitet von *Jutta Kramer* und *Rainer Schuckart*), Art. 92 bis 96, Frankfurt am Main 2003, S. 833.

²⁴⁰ Eine Liste mit fast hundert Namen der Befürworter und Gegner des Richterlichen Prüfungsrechts findet sich bei Sonderland (Fußn. 238), S. 28 bis 31; ähnlich vor ihm bereits Morstein Marx (Fußn. 174), S. 65 ff.; vgl. auch Harold von Kosschegg: *Ursprung und Wandlung des richterlichen Prüfungsrechts in Deutschland im 19. Jahrhundert*, jur. Diss. Jena, Borna-Leipzig 1936, S. 59 ff.; Christoph Gusy: *Richterliches Prüfungsrecht. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung*, Berlin 1985, S. 90 ff.; Schumann, *Richterliches Prüfungsrecht* (Fußn. 174); Helge Wendenburg: *Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit in der Weimarer Republik*, Göttingen 1984, S. 58 ff.; Wieland in: *Dreier* (Fußn. 210), Art. 100 Rdnr. 1 f.

²⁴¹ Als „für die Verfassungsheiligung Streitende“ bezeichnete sie Alfred Friedmann: *Notizen des Herausgebers*, in: James M. Beck: *Die Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika*, Berlin-Leipzig 1926, S. XIV sub 5. Gegen diese seltsame Bezeichnung der Anhänger des Richterlichen Prüfungsrechts verwahrte sich äußerst kritisch und lesenswert Richard Thoma: *Die „Verfassungsheiligung“ in Amerika und anderswo*, *Literaturblatt. Beilage zur Frankfurter Zeitung* vom 30. Januar 1927: „Mindestens Anschütz und ich“ stehen „der demokratisch-republikanischen Verfassungsrkunde mit lebhafter und respektvoller Sympathie gegenüber als manche politisch rechts orientierte Streiter für das richterliche Prüfungsrecht.“

²⁴² Etwa Otto Koellreutter und Carl Schmitt, später fanatische Kronjuristen des Dritten Reichs (zu ihnen auch oben Fußn. 12 und 16).

nach dem richterlichen Prüfungsrecht weitgehend auf dem Misstrauen gegenüber dem Parlament²⁴³. Umgekehrt sahen Professoren, die als Sozialisten (z. B. Gustav Radbruch, Hugo Sinzheimer) oder liberale Republikaner (z. B. Gerhard Anschütz, Julius Hatschek, Walter Jellinek, Gerhard Lassar und Richard Thoma)²⁴⁴ hinter der Weimarer Demokratie standen, im Richterlichen Prüfungsrecht eine Gefährdung des demokratischen Prinzips²⁴⁵. Es ist kaum anzunehmen, dass Hoegner nicht auch während der Weimarer Zeit der Ansicht war, es sei demokratisch bedenklich, wenn jeder Richter kraft eines ihm zustehenden Prüfungsrechtes die Befugnis habe, einem vom Reichstag beschlossenen Gesetz mit der Begründung den Gehorsam zu verweigern, es widerspreche der Verfassung. Es wäre nach alledem eher verwunderlich, wenn Hoegner in seinen Entwürfen das Richterliche Prüfungsrecht eines jeden Richters bejahen hätte.

[2]. *Verfassungs-Ausschuss als Anhänger des materiellen Richterlichen Prüfungsrechts*

[a]. *Die Rückkehr zur Anerkennung des Richterlichen Prüfungsrechts in der Bamberger Verfassung*

Die Bejahung des materiellen Richterlichen Prüfungsrechts durch den Verfassungs-Ausschuss der Verfassungsgebenden Landesversammlung bedeutete eine Rückkehr zur alten bayerischen Verfassungslage. Die Bamberger Verfassung hatte es ausdrücklich in § 72 anerkannt²⁴⁶, und kein Geringerer als Hans Nawiasky war in der Weimarer Zeit als Verfechter dieser richterlichen Kompetenz überzeugend aufgetreten²⁴⁷. Es war deshalb nicht

²⁴³ Maurer (Fußn. 234), DÖV 1963, S. 686 (li. Sp.). Wörtlich nahezu identisch: Hornauer (Fußn. 236), S. 38: „So beruhte die Forderung nach einem Richterlichen Prüfungsrecht weitgehend auf dem Misstrauen gegenüber dem Weimarer Parlament“, allerdings ohne Hinweis auf Maurer. Vgl. auch Nadine E. Herrmann: Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat. Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung des richterlichen Prüfungsrechts in Deutschland unter Einbeziehung der französischen Entwicklung, Berlin 2001, S. 120 zum Urteil des Reichsgerichts: „Gleichwohl bleibt ein fader Beigeschmack. Denn das Reichsgericht verteidigte nur vordergründig die Verfassung. Unter dieser Oberfläche mindestens mitbestimmend war das Ziel, eigene Gerechtigkeitsvorstellungen und Interessenwertungen gegen den demokratischen Gesetzgeber durchzusetzen.“

²⁴⁴ Hierzu Hornauer (Fußn. 236), S. 39 mit Fußn. 135; vgl. auch Herrmann (Fußn. 243), S. 122, 168.

²⁴⁵ Vgl. Hornauer (Fußn. 236), S. 38 ff.; zu Richard Thoma vgl. oben das Zitat in Fußn. 241.

²⁴⁶ Text von § 72 Bamberger Verfassung oben Fußn. 173.

²⁴⁷ Vgl. Nawiasky: Bayerisches Verfassungsrecht (Fußn. 137), S. 368 ff., insbesondere S. 374 ff.; ebenso Kratzer (Fußn. 169), § 72 Anm. 6 (S. 200); Robert Piloty: Die Verfassungsurkunde des Freistaates Bayern, München-Berlin-Leipzig 1919, § 72 Anm. 3 (S. 167); ferner Hans Nawiasky: Der Bundesstaat als Rechtsbegriff, Tübingen 1920, S. 73 f. Bereits in den Beratungen zur Bamberger Verfassung war man sich einig, dass der Richter das Rechts und die Pflicht hat, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes zu prüfen, vgl. Verhandlungen des Bayerischen Landtags. Ordentliche und außerordentliche Tagung 1919, Beilagen-Band II, Beilage 382, Verhandlungen des II. (Verfassungs-) Ausschusses über den Entwurf einer Verfassungsurkunde für den Freistaat Bayern, S. 457 (473 [li. Sp.]: § 33 a).

Angesichts des Wortlauts von § 72 Bamberger Verfassung bejahte Nawiasky in seinem Bayerischen Verfassungsrecht ein Prüfungsrecht auch gegenüber Reichsgesetzen. Dagegen wandte sich Gerhard Anschütz: Buchbesprechung des Werkes von Nawiasky, VerwA 30 (1925), S. 342 (346 ff.). Die Verankerung eines Prüfungsrechts gegenüber bayerischen Gesetzen beanstandete Anschütz trotz seiner allgemeinen Gegnerschaft gegen eine solche Kompetenz (s. o. bei Fußn. 244) allerdings nicht (S. 347 [vorletzter Absatz]).

verwunderlich, dass er die Kehrtwende beim Richterlichen Prüfungsrecht auslöste.²⁴⁸ Der Verfassungs-Ausschuss sprach sich in dieser Frage ebenfalls für eine Kontinuität mit der Bamberger Verfassung aus.

[b]. Die US-amerikanische Bejahung des Richterlichen Prüfungsrechts

Im Übrigen kann nicht übersehen werden, dass die Bejahung des materiellen Richterlichen Prüfungsrechts einer Auffassung entsprach, die das Staatsleben der USA seit der Entscheidung des Supreme Court vom 24. Februar 1803 im Verfahren *Marbury v. Madison*²⁴⁹ prägt. Es soll keine absolute Herrschaft des Volkes im Sinne von Jean Jacques Rousseau geben. Vielmehr sind es die Ideen von Charles de Montesquieu²⁵⁰, die hier konsequent zu Ende gedacht werden²⁵¹, also Gewaltenteilung und Rechtsbindung allen staatlichen Handels. Daher muss auch das Parlament der rechtlichen Kontrolle unterliegen, ob die von ihm erlassenen Gesetze der Verfassung entsprechen. Die Mitglieder des Verfassungs-Ausschusses der Verfassungsgebenden Landesversammlung werden wahrscheinlich gewusst haben, dass die amerikanischen Instanzen kaum eine Verfassung gebilligt hätten, in der das Richterliche Prüfungsrecht ausgeschlossen worden wäre.²⁵²

bb. Die Aufspaltung des Richterlichen Prüfungsrechts in eine Prüfungskompetenz und in eine Verwerfungskompetenz sowie das Vorlagerecht jedes Richters

[1]. Das historische Verdienst des Verfassungs-Ausschusses, die Aufspaltung des Prüfungsrechts in die Tat umgesetzt zu haben

War bereits die Kehrtwende in den Beratungen und die Anerkennung des materiellen Richterlichen Prüfungsrechts eine bedeutende Leistung des Verfassungs-Ausschusses, so ist die Aufspaltung dieses Prüfungsrechts in eine Prüfungskompetenz und in eine Verwerfungskompetenz ein historisches Verdienst. Damit wurde erstmals in Deutschland ein prozessuales Modell verwirklicht, das einen Siegeszug zunächst in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit und sodann auch im Europäischen Prozessrecht²⁵³ antreten soll-

²⁴⁸ S. o. Fußn. 226.

²⁴⁹ *Marbury v. Madison*, 5 U. S. (1 Cranch) 137 (1803); hierzu z. B. Heinz Laufer: Verfassungsgerichtsbarkeit und politischer Prozeß, Tübingen 1968, S. 1 mit deutscher Übersetzung der „wichtigsten Stellen der Entscheidung“ in Fußn. 3. Knapp und klar stellen die Entscheidung und ihre Hintergründe jeweils dar: Winfried Brugger: Kampf um die Verfassungsgerichtsbarkeit. 200 Jahre *Marbury vs. Madison*, JuS 2003, S. 320 ff.; Michael Will in: Günther Grasmann/René David: Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart, 2. Aufl., München 1988, S. 532 f. (Nr. 415); Herrmann (Fußn. 243), S. 59 ff. und Hans-Rudolf Horn: Richter versus Gesetzgeber, JöR 55 (2007), S. 275 (284 ff.). Vgl. auch G. Edward White: *History and the Constitution*, Durham 2007, p. 71 – 133 und Alpheus Thomas Mason/Donald Grier Stephenson: *American Constitutional Law*, 15th. ed., New Jersey 2009, p. 60 – 64.

²⁵⁰ Zu ihm z. B. Herzog (Fußn. 69), S. 230 ff.

²⁵¹ Vorstellungen über eine Verfassungsgerichtsbarkeit im heutigen Sinne finden sich bei Montesquieu allerdings „nicht einmal in Ansätzen“, Herzog (Fußn. 69), S. 230, vgl. auch S. 236.

²⁵² Zum Einfluss der amerikanischen Militärregierung bei der Diskussion um das Richterliche Prüfungsrecht in Württemberg-Baden: Christian Zacherl: Verfassungsgerichtsbarkeit in Württemberg-Baden, Freiburg 1983, S. 150 ff.; zum Amerikanischen Einfluss beim Richterlichen Prüfungsrecht des Bundesverfassungsgerichts s. u. Fußn. 370.

²⁵³ Näher Schumann, Kompetenzen (Fußn. 236), S. 203 f., 216, 220 ff.

te. Mit diesem Modell goss der Verfassungs-Ausschuss das Richterliche Prüfungsrecht in eine Form, die den „demokratischen“ Bedenken Hoegners²⁵⁴ entgegenkam. Nicht jeder Richter ist befugt, sich („inzident“) über das vom demokratisch legitimierten Parlament beschlossene Gesetz hinwegzusetzen. Zwar besitzt er die Befugnis (und Pflicht), das Gesetz daraufhin zu prüfen, ob es der Verfassung entspricht („Prüfungskompetenz“). Verneint er hierbei die Verfassungsmäßigkeit, darf er jedoch nicht von der Nichtigkeit des Gesetzes ausgehen, sondern hat den Verfassungsgerichtshof anzurufen.²⁵⁵ Dieser allein ist („principaliter“) befugt, dem demokratischen Gesetz den Gehorsam zu verweigern, wenn es verfassungswidrig ist („Verwerfungskompetenz“²⁵⁶, „Verwerfungsmonopol“²⁵⁷).

[2]. Die vorausgehenden Überlegungen einer Aufspaltung in der Weimarer Zeit

Mit dieser Aufspaltung des Richterlichen Prüfungsrechts griff der Verfassungs-Ausschuss Überlegungen aus der Weimarer Zeit auf.²⁵⁸ Bei Nawiasky finden sich derartige Gedanken schon frühzeitig²⁵⁹, was nicht verwunderlich ist, weil sie im Geburtsland Nawiaskys, in Österreich²⁶⁰, in der Weise verwirklicht waren, dass das österreichische Verfassungsgericht für die prinzipale Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von

²⁵⁴ Hierzu oben der Text bei Fußn. 234 ff. sowie bei Fußn. 244 f.

²⁵⁵ Es handelt sich hierbei um eine Einschränkung der nach deutschem Prozessrecht umfassenden Vorfragenkompetenz der Gerichte (Ekkehard Schumann: ZPO-Klausur, 3. Aufl., München 2006, Rdnr. 105). Ähnlich schränkt das Unionsrecht die Vorfragenkompetenz ein, s. u. Text bei Fußn. 444. Historisch sind derartige prozessuale Einengungen nicht neu. Die Geschichte kennt viele Regelungen, nach denen der Richter z. B. Gesetzeskommissionen anzurufen hatte, wenn das Gesetz unklar oder lückenhaft war (näher Ekkehard Schumann: Das Rechtsverweigerungsverbot, ZZZ 81 [1968], S. 79 [83 ff.]). Zur Vorfragenkompetenz in der Verfassungsgerichtsbarkeit: Peter Lerche: Probleme der Vorfragenkompetenz in der Judikatur des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Festschrift 1972 (Fußn. 156), S. 247 ff.

²⁵⁶ Die Ausdrücke „Verwerfungskompetenz“ und „Feststellungsmonopol“ finden sich im Urteil des Ersten Senats vom 24. Februar 1953 (BVerfGE 2, 124 [128 und 131]).

²⁵⁷ BVerfGE 22, 373 (378); vgl. Otto Bachof: Grundgesetz und Richtermacht, Tübingen 1959, S. 13; Werner Heun: Richtervorlagen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 122 (1997), S. 610 (611).

²⁵⁸ Hierzu umfassend und mit weit. Nachw.: Maurer (Fußn. 234), DÖV 1963, S. 686 f.

²⁵⁹ Im Ansatz ist der Gedanke der Übertragung der endgültigen Entscheidung auf ein „anderes Staatsorgan“ bei Nawiasky bereits im Jahr 1920 erkennbar (Nawiasky, Bundesstaat [Fußn. 247], S. 74). Im Jahr 1923 erörterte Nawiasky sodann die Konzentration der Entscheidung „bei einem obersten Gericht“ (Zur Frage des richterlichen Prüfungsrechts, DJZ 1923, Sp. 40 [41 sub Nr. 6]) oder „die Übertragung des Gesetzprüfungsverfahrens an einen einzigen bestimmten Gerichtshof“ (Bayerisches Verfassungsrecht [Fußn. 137], S. 371, ähnlich auch S. 374: „Konzentration“ ... „auf ein einziges höchstes Gericht“). Nawiasky bezieht sich in seinem Bayerischen Verfassungsrecht auf die Ausführungen von Fritz Stier-Somlo (Die verfassungsmäßigen Rechte des preußischen Staatsrats und die Folgen ihrer Nichtbeachtung, AÖR 42 [1922], S. 129 [185 ff.]). Stier-Somlo meinte, das Prüfungsrecht sollte am besten dem Reichsgericht, Reichsverwaltungsgerichtshof oder Staatsgerichtshof vorbehalten sein. Dies berücksichtige auch den „Widerwillen gegen die Machtvollkommenheit auch des jüngsten und unerfahrensten erstinstanzlichen Richters, die Staatsakte der vom souveränen Volk bestimmten Volksvertretung zu kontrollieren“ (a. a. O., S. 191).

²⁶⁰ Nawiaskys Geburtsort war Graz, Hans F. Zacher: Hans Nawiasky (1880 – 1961). Ein Leben für Bundesstaat, Rechtsstaat und Demokratie, in: Helmut Heinrichs/Harald Franzki/Klaus Schmalz/Michael Stolleis: Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 677.

Rechtssätzen eingesetzt worden war.²⁶¹ Das österreichische Verfassungsgesetz von 1920 gilt als Pionier einer prinzipialen Prüfung durch ein Verfassungsgericht und der Aufspaltung des Richterlichen Prüfungsrechts²⁶².

Wie verschiedene deutsche Autoren hatte das Reichsgericht in seinem oben bereits zitierten²⁶³ Urteil vom 4. November 1925 eine Aufspaltung anklagen lassen, als es vom Entzug des Richterlichen Prüfungsrechts und seiner Übertragung auf eine andere Stelle sprach²⁶⁴. Bereits im nächsten Jahr griff die Reichsregierung das Thema auf. Der Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts vom 11. Dezember 1926²⁶⁵ sprach sich für eine Aufspaltung des Richterlichen Prüfungsrechts aus. Danach musste der erkennende Richter, wenn er die anzuwendende reichsrechtliche Vorschrift für verfassungswidrig hielt, das Verfahren aussetzen und das ihm übergeordnete höchste Gericht oder den Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich

²⁶¹ „Hat ein Gericht gegen die Anwendung einer Verordnung aus dem Grund einer Gesetzswidrigkeit Bedenken, so hat es das Verfahren zu unterbrechen und den Antrag auf Aufhebung dieser Verordnung beim Verfassungsgerichtshof zu stellen“ (Art. 89 Abs. 2 [i. V. m. Art. 139 Abs. 1] B-VG 1920, o. Fußn. 185). Gegenüber Gesetzen stand den Gerichten damals keine Prüfungsbefugnis zu (Art. 89 Abs. 1 B-VG 1920). Der Verfassungsgerichtshof war jedoch befugt, Bundes- und Landesgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit von Amtswegen oder auf Antrag einer Landes- oder der Bundesregierung zu prüfen (näher Art. 140 Abs. 1 B-VG 1920). Zur heutigen viel umfassenderen Regelung z. B. Heinz Mayer: Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht, 4. Aufl., Wien 2007, Art. 89 Abs. 2 und 140 Anm. III. 1. ff.

²⁶² Vgl. Wieland in: Dreier (Fußn. 210), Art. 93 Rdnr. 28 sowie Theo Öhlinger: Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Ludwig Adamovich, Wien 2002, S. 581 (589 ff.); ders., Verfassungsgerichtsbarkeit und parlamentarische Demokratie, in: Festschrift für Erwin Melichar, Wien 1983, S. 125 (128): „österreichisches System“ der Gesetzeskontrolle. Öhlinger weist redlicherweise daraufhin, dass die Tschechoslowakei bereits „rund ein halbes Jahr“ vor Österreich ein Verfassungsgericht geschaffen hatte, dem die Gesetzesprüfung oblag. Gleichwohl ist für die prinzipiale Gesetzesprüfung das österreichische und nicht das tschechoslowakische Modell vorbildlich geworden.

²⁶³ Oben Fußn. 237.

²⁶⁴ RGZ 111, 320 (323): „Da die Reichsverfassung selbst keine Vorschrift enthält, nach der die Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit der Reichsgesetze den Gerichten entzogen und einer bestimmten anderen Stelle übertragen wäre, muß das Recht und die Pflicht des Richters, die Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen zu prüfen, anerkannt werden.“

²⁶⁵ Entwurf eines Gesetzes über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts, Verhandlungen des Reichstags, III. Wahlperiode, Anlage Nr. 2855 zu den Stenographischen Berichten. Hierzu vgl. Wilhelm Külz [Reichsinnenminister]: Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrechts, DJZ 1926, Sp. 837 (841 ff.) und Wendenburg (Fußn. 240), S. 37 ff.

anrufen²⁶⁶. Dieser Entwurf scheiterte im Reichstag²⁶⁷, ebenso ein inhaltsgleicher Entwurf, den die Reichsregierung in der nächsten Legislaturperiode vorgelegt hatte²⁶⁸.

[3]. Nachkriegsregelungen der Aufspaltung, doch Misstrauen gegen ein unmittelbares Antragsrecht jedes erkennenden Richters

Auf den Diskussionen während der Weimarer Republik bauten nach dem Ende des Zweiten Weltkrieges diejenigen Überlegungen auf, die das materielle Richterliche Prüfungsrecht anerkannten und es in den Verfassungen regelten. Sie bejahten das Prüfungsrecht des erkennenden Richters und spalteten im Sinne der Weimarer Konzeptionen die Kompetenzen auf, indem sie ihm die Befugnis nahmen, selbst verbindlich die Verfassungswidrigkeit festzustellen; die Verwerfungsbefugnis hatte ausschließlich das Verfassungsgericht.

[a]. Modell der Zwanziger Jahre des letzten Jahrhunderts: Kein unmittelbares Antragsrecht jedes Richters und keine monopolisierte positive Entscheidungskompetenz des Verfassungsgerichts

Aus heutiger Sicht ist selbstverständlich, dass jeder erkennende Richter unmittelbar²⁶⁹ das Verfassungsgericht anruft, wenn er ein Gesetz für verfassungswidrig hält. Doch wie schon während der Weimarer Diskussionen²⁷⁰ misstraute man offensichtlich auch nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs einem solchen unmittelbaren Antragsrecht jedes Richters. Daher orientierte man sich am Modell der erwähnten²⁷¹ (gescheiterten) Gesetzesentwürfe der Reichsregierung der Zwanziger Jahre des letzten Jahrhunderts. Danach stand nur den höchsten Gerichten ein Antragsrecht beim Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich zu²⁷². Sämtlichen anderen Gerichten war ein solches Antragsrecht verwehrt.²⁷³ Sie hatten sich an das im Instanzenzug höchste Gericht zu wenden. Nur wenn dieses Ge-

²⁶⁶ „§ 6. (1)¹Hält ein Gericht eine von ihm anzuwendende, nach Inkrafttreten der Reichsverfassung vom 11. August 1919 als Gesetz oder Verordnung verkündete Rechtsvorschrift des Reichsrechts für unvereinbar mit der Reichsverfassung und daher für rechtsungültig, so hat es das Verfahren auszusetzen, bis diese Frage nach Maßgabe der folgenden Vorschriften entschieden ist.“ ...

„(2) ¹Ist das Gericht, bei dem das Verfahren ausgesetzt wird, das Reichsgericht oder ein anderes höchstes Gericht oder ein Oberlandesgericht, so hat es die Akten zur Entscheidung dieser Frage unter Begründung seiner Rechtsauffassung dem Staatsgerichtshofe für das Deutsche Reich vorzulegen.“ ...

„(3) ¹Gehört das Gericht nicht zu den in Abs. 2 bezeichneten Gerichten, so hat es dem höchsten ihm übergeordneten Gericht, an Stelle des Reichsgerichts jedoch dem Oberlandesgerichte die Akten unter Begründung seiner Rechtsauffassung vorzulegen. ²Schließt sich dieses Gericht der Auffassung des vorliegenden Gerichts an, so ist nach Abs. 2 zu verfahren; andernfalls entscheidet es durch Beschluß. ³Der Beschluß ist nebst den Akten dem Gerichte, das ihn veranlaßt hat, in Ausfertigung zu übermitteln.“

²⁶⁷ Anschütz (Fußn. 214), Art. 70 Anm. 5 a. E. (S. 375).

²⁶⁸ Verhandlungen des Reichstags, IV. Wahlperiode, Anlage Nr. 382 zu den Stenographischen Berichten.

²⁶⁹ Zur seinerzeitigen Kontroverse um die unmittelbare Vorlage des erkennenden Gerichts an das Bundesverfassungsgericht unten Fußn. 288.

²⁷⁰ Vgl. z. B. das signifikante Zitat von Stier-Somlo oben Fußn. 259 a. E.

²⁷¹ Oben Text bei Fußn. 265 ff.

²⁷² Vgl. den in Fußn. 266 zitierten Text des § 6 Abs. 2.

²⁷³ Vgl. den in Fußn. 266 zitierten Text des § 6 Abs. 3.

richt die Ansicht über die Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Norm teilte, kam es zur Anrufung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich. Falls es jedoch die Verfassungsmäßigkeit der betreffenden Vorschrift bejahte, endete das Vorlageverfahren und der erkennende Richter hatte sein Verfahren fortzusetzen und musste die von ihm als verfassungswidrig angesehene Norm anwenden.²⁷⁴ Ein solches Modell sollte das Misstrauen zerstreuen, das einem unmittelbaren Antragsrecht jedes Richters entgegenstand. Die beiden mit der Bayerischen Verfassung zeitgleich im ersten Halbjahr 1946 entstandenen Verfassungen folgten diesem Modell, entschieden sich allerdings für unterschiedliche Regelungen über das vom höchsten Landesgericht durchzuführende weitere Verfahren.

[b]. Die württemberg-badische Regelung: Kein unmittelbares Antragsrecht des erkennenden Gerichts und keine monopolisierte positive Entscheidungskompetenz des Verfassungsgerichts

Die Württemberg-Badische Verfassung anerkannte in Art. 92 Abs. 1 ausdrücklich die Richterliche Prüfungskompetenz des erkennenden Richters²⁷⁵. Sie sprach ihm aber für nachkonstitutionelle Gesetze sowohl die Verwerfungskompetenz als auch das Antragsrecht beim Staatsgerichtshof ab. Vielmehr hatte er sich an das im Instanzenzug höchste Landesgericht zu wenden.²⁷⁶ Nur wenn dieses Gericht die Auffassung des vorliegenden Richters teilte, legte es die Frage dem Verfassungsgericht vor.²⁷⁷

Sehr problematisch war vor allem die weitere Regelung: Falls das angerufene höchste Landesgericht keinen Verstoß gegen die Verfassung feststellte, war der erkennende Richter an diese Feststellung gebunden. Damit war die positive Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit nicht (nur) dem Verfassungsgericht übertragen, sondern (ebenso) den höchsten — in heutiger Terminologie — Fachgerichten des Landes. Auch wenn die Bejahung der Verfassungsmäßigkeit durch ein höchstes Gericht nur *inter partes* für den

²⁷⁴ Zu den Bedenken gegen dieses Modell sogleich der Text zu Fußn. 278 ff.

²⁷⁵ Art. 92 Abs. 1 Württemberg-Badische Verfassung (oben Fußn. 56) lautet: „Die Gerichte sind befugt, die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen sowie die Gesetzmäßigkeit von Rechtsverordnungen, behördlichen Verfügungen und Verwaltungsakten zu prüfen.“ Näher zur Entstehungsgeschichte z. B. Zacherl (Fußn. 252), S. 150 ff.

²⁷⁶ Art. 92 Abs. 2 Württemberg-Badische Verfassung hatte folgenden Wortlaut: „¹Hält ein Gericht ein nach Inkrafttreten dieser Verfassung ergangenes Gesetz, auf dessen Gültigkeit es ankommt, für verfassungswidrig, so führt es die Entscheidung des höchsten ihm übergeordneten Gerichts des Landes herbei. ²Bejaht dieses Gericht die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes, so hat das erkennende Gericht das Gesetz anzuwenden; verneint es die Verfassungsmäßigkeit, so legt es die streitige Frage dem Staatsgerichtshof vor.“

²⁷⁷ Art. 24 Abs. 3 des württemberg-badischen Gesetzes über den Staatsgerichtshof [StGHG] vom 18. August 1948 (W-B-RegBl. S. 121) gab in diesem Fall dem vorlegenden Richter sogar die prozessuale Stellung eines „Antragstellers“. Das StGHG gestaltete demnach die Richtervorlage (die konkreten Normenkontrolle) als kontradiktorischen Rechtsstreit aus (Zacherl [Fußn. 252], S. 155). Der zugrunde liegenden Verfassungsnorm (Art. 92 Abs. 2 [oben Fußn. 276]) entsprach eine solche Ausgestaltung zu einem subjektiven Verfahren kaum (vgl. Zacherl, a. a. O.). Sie harmoniert auch nicht mit dem deutschen Verfassungsprozessrecht, das in der konkreten Normenkontrolle ein objektives Verfahren erblickt (vgl. Ekkehard Schumann: Verfassungs- und Menschenrechtsbeschwerde gegen richterliche Entscheidungen, Berlin 1963, S. 63 ff.). An dem Normenkontrollverfahren ist der vorlegende Richter kein „Beteiligter“, er stößt es (nur) an.

konkreten Prozess wirken sollte²⁷⁸, liegt die Gefahr sich widersprechender Richtersprüche auf der Hand.²⁷⁹ Vor allem ist es nicht Aufgabe der Fachgerichtsbarkeiten, eine prinzipale Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit von Normen vorzunehmen, zumal eine Bejahung der Verfassungsmäßigkeit die Verfassungsgerichtsbarkeit ohnehin nicht bindet.²⁸⁰ Das Monopol der prinzipalen Entscheidung über die (vorhandene oder fehlende) Verfassungsmäßigkeit muss bei der Verfassungsgerichtsbarkeit liegen.²⁸¹

[c]. Die hessische Regelung: Kein unmittelbares Antragsrecht des erkennenden Richters, aber Monopol des Staatsgerichtshofs

Die Schöpfer der Hessischen Verfassung gingen (stillschweigend) vom Bestehen der Richterlichen Prüfungskompetenz des erkennenden Richters aus. Sie verneinten dagegen (wie die Württemberg-Badische Verfassung) sowohl die Verwerfungskompetenz des erkennenden Richters als auch das Recht, unmittelbar den Staatsgerichtshof anzurufen. Vielmehr hatte der erkennende Richter seine verfassungsrechtlichen Bedenken dem Präsidenten des für ihn zuständigen höchsten Gerichts mitzuteilen. Ihm, aber nicht dem erkennenden Richter, gestand die Verfassung die Antragsbefugnis gegenüber dem Staatsgerichtshof zu²⁸².

Gegenüber der Württembergisch-Badischen Verfassung war die hessische Regelung jedoch ein wesentlicher Fortschritt, weil sie vom Monopol des Staatsgerichtshofs bei der Beantwortung der Frage nach der Verfassungsmäßigkeit von Rechtssätzen ausging. Zwar hatte Walter Jellinek seinerzeit vorgeschlagen, dass das vom erkennenden Richter angerufene höchste Landesgericht eine eigene Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit

²⁷⁸ Art. 92 Abs. 3 Württemberg-Badische Verfassung sagte dies ausdrücklich; vgl. auch Robert Nebinger u. a.: Kommentar zur Verfassung von Württemberg-Baden, Stuttgart 1948, Art. 92 Anm. 8 (S. 257).

²⁷⁹ Vgl. BVerfGE 4, 358 (366 f.); BGHZ 5, 217 (238).

²⁸⁰ Letztlich verzögert ein solches Modell nur die endgültige Entscheidung der Verfassungsgerichtsbarkeit über die Verfassungsmäßigkeit von Rechtssätzen, vgl. Otto Bachof: Vorlagebeschlüsse an das Bundesverfassungsgericht: ein Anlaß zum Stillstand der Rechtspflege?, DÖV 1955, 492 (493).

²⁸¹ Dieselben Überlegungen verbieten die Anfechtung eines nach Art. 100 Abs. 1 GG ergangenen Aussetzungs- und Vorlagebeschlusses mittels Beschwerde (oder einem anderen innerprozessualen Rechtsbehelf). Die Beurteilungskompetenz gegenüber einem solchen Beschluss obliegt allein der Verfassungsgerichtsbarkeit (dem Bundesverfassungsgericht oder dem betreffenden Landesverfassungsgericht), Ekkehard Schumann in: Stein/Jonas: ZPO, 21. Aufl., Tübingen 1993, § 148 Rdnr. 107; vgl. BGHZ 5, 217 (238). Zu der alleinigen Beurteilungskompetenz auch u. Fußn. 288.

²⁸² Art. 133 Abs. 1 Hessische Verfassung (oben Fußn. 57) lautet: „¹Hält ein Gericht ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung, auf deren Gültigkeit es bei einer Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so teilt es seine Bedenken auf dem Dienstwege dem Präsidenten des höchsten ihm übergeordneten Gerichts mit. ²Dieser führt eine Entscheidung des Staatsgerichtshofes herbei. ³Die Entscheidung des Staatsgerichtshofes ist endgültig und hat Gesetzeskraft.“

sogar in einer „Vollversammlung“ zu treffen hätte.²⁸³ Doch gegen Ende der Verfassungsberatungen wurden solche Überlegungen verworfen, so dass am Schluss nur der jeweilige Präsident des höchsten Fachgerichts als die vom erkennenden Richter anzurufende Instanz übrig blieb.²⁸⁴ Weder der endgültige Verfassungstext noch das Staatsgerichtshofgesetz²⁸⁵ ließen allerdings deutlich erkennen, ob dem Gerichtspräsidenten eine eigene Entscheidungskompetenz eingeräumt war²⁸⁶ oder ob er den Staatsgerichtshof auch dann anzurufen hatte, wenn er die „Bedenken“ des erkennenden Richters nicht teilte.²⁸⁷

²⁸³ Walter Jellinek: Entwurf einer Verfassung für Großhessen (April 1946), Art. 123, abgedruckt bei Pfetsch (Fußn. 73), S. 409 (424) und bei Berding (Fußn. 46), S. 153 (173); vgl. Will (Fußn. 52), S. 104 [oben]. Ohne die Kompetenz der Vollversammlung übernahmen dieses Modell Georg August Zinn/Adolf Arndt: Entwurf einer Verfassung des Landes Hessen (Juli 1946), Art. 138, Pfetsch, a. a. O., S. 387 (407) und Berding, a. a. O., S. 220 (243). Noch in der 13. Sitzung vom 25. September 1946 hielt der Verfassungsausschuss der Verfassungsberatenden Landesversammlung Groß-Hessen an einer Regelung ohne ein unmittelbares Antragsrecht jedes Richters gegenüber dem Staatsgerichtshof — wie in Art. 92 Abs. 2 Württemberg-Badische Verfassung (Text Fußn. 276) — fest (Drucksachen der Verfassungsberatenden Landesversammlung Groß-Hessen, Abteilung III a, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Verfassungsausschusses der Verfassungsberatenden Landesversammlung Groß-Hessen, S. 198 [li. Sp.]). Im Gegensatz hierzu hatten bereits am 19. Juli 1946 die bayerischen Beratungen das heute gültigen Modell der konkreten Normenkontrolle mit einem unmittelbaren Antragsrecht gegenüber dem Verfassungsgerichtshof beschlossen (vgl. unten Fußn. 290).

²⁸⁴ 15. Sitzung des Verfassungsausschusses vom 1. Oktober 1946 (Drucksachen [Fußn. 283], S. 231 [li. Sp.]), vgl. Will (Fußn. 52), S. 113 Fußn. 375, S. 469 Fußn. 1076, S. 477 Fußn. 1118 und Günther (Fußn. 205), S. 471; vgl. auch S. 617.

²⁸⁵ Im hessischen Gesetz über den Staatsgerichtshof [HessStGHG] vom 12. Dezember 1947 (Hess-GVBl. 1948, S. 3) hieß es zu Beginn des Abschnitts über „Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verordnungen“ in § 41 Abs. 1 a. F. lediglich: „Der Antrag kann auch von dem Präsidenten eines höchsten Gerichts gestellt werden.“ Damit ergänzte das Gesetz den Kreis der in § 17 Abs. 2 a. F. genannten Antragsberechtigten, sagte aber nichts Näheres über die Stellung des Gerichtspräsidenten im Rahmen der an ihn gerichteten Vorlage des erkennenden Richters. — Auch hier zeigte sich die Berechtigung der Kritik am damaligen HessStGHG (z. B. „stärker lückenhaft“) von Walter Schmidt: Verfassungsrecht, in: Hans Meyer/Michael Stolleis: Hessisches Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1986, S. 43.

²⁸⁶ Wie bei dem in Fußnote 276 zitierten Art. 92 Abs. 2 Satz 2 der Württemberg-Badischen Verfassung.

²⁸⁷ Man kann wohl sagen, dass es in der Tendenz der Verfassungsberatungen in Hessen lag, dem Gerichtspräsidenten ein selbständiges Entscheidungsrecht über die „Bedenken“ des Gerichts (Art. 133 Abs. 1 Satz 1 Hess. Verfassung, Text o. Fußn. 282) zu versagen. Aber es lässt sich nicht übersehen, dass die Hessische Verfassung eine entsprechende klare Aussage dann doch nicht traf. Sie hat dann der HessStGH getroffen und der Tendenz der Verfassungsberatungen folgend verneint, dass § 41 Abs. 1 a. F. StGHG (Text o. Fußn. 285) dem Gerichtspräsidenten ein selbständiges Antragsrecht beim StGH einräumt. Nur wenn ein Gericht im Rahmen der konkreten Normenkontrolle des Art. 133 Abs. 1 Hess. Verfassung an ihn vorgelegt hat, darf er den StGH anrufen (HessStGH ESVG 11, II, Nr. 37 [S. 20 nur Leitsatz] = DÖV 1959, S. 101 [102 sub II. 2.]). Über den Vorlageantrag des Gerichts hat der Gerichtspräsident kein Entscheidungsrecht; vgl. Jürgen Gehb: Verfassung, Zuständigkeiten und Verfahren des Hessischen Staatsgerichtshofs, Baden-Baden 1987, S. 184 f. Er muss also an den StGH vorlegen, auch wenn er die Bedenken des vorlegenden Gerichts nicht teilt; auch sind ihm Stellungnahmen und sonstige Rechtsausführungen untersagt, vgl. Berthold Barwinski in: Georg August Zinn/Erwin Stein: Verfassung des Landes Hessen. Kommentar, Band 2, 16. Erg.-Lieferung, Baden Baden 1999, Art. 131 - 133, S. 15. „Er kann nur der Briefträger [sc. zum Staatsgerichtshof] sein.“ und ... „dann kann der Präsident des höchsten Gerichts nur der Briefträger zum Staatsgerichtshof hin sein“ (Abg. Caspary [SPD], Drucksachen [Fußn. 283], S. 231 [re. Sp.]; vgl. Günther [Fußn. 205], S. 477 Fußn. 51). Die Neufassung des § 41 Abs. 1 HessStGHG (Neufassung Hess-GVBl. I 2001, S. 78) erwähnt ein Antragsrecht des Gerichtspräsidenten nicht mehr und hat damit die Streitfrage beseitigt (vgl. auch Günther [Fußn. 205], S. 617 Rdnr. 3).

[4]. Die zwei Säulen der bayerische Regelung: Aufspaltung des Prüfungsrechts und unmittelbares Antragsrecht jedes Richters mit Entscheidungsmonopol des Verfassungsgerichts

Die parallel zu Hessen und Württemberg-Baden laufenden bayerischen Beratungen teilten nicht die Bedenken gegen ein unmittelbares Antragsrecht jedes Richters. Daher lösten sie sich von dem Modell aus der Weimarer Zeit und den Überlegungen der beiden anderen zeitgenössischen Verfassungen, die in unterschiedlicher Weise ein Recht des erkennenden Richters auf die unmittelbare Vorlage an die Verfassungsgerichtsbarkeit einschränkten und Zwischeninstanzen vorsahen. Der unmittelbare, direkte Weg des Richters zum Verfassungsgerichtshof erschien als die zutreffende Regelung.²⁸⁸

Auf diese Weise gründete der Verfassungs-Ausschuss das Modell des Richterlichen Prüfungsrechts auf zwei Säulen: Einerseits spaltete er dieses Recht in eine Prüfungskompetenz und eine ausschließlich dem Verfassungsgerichtshof zustehende Entscheidungs- und Verwerfungskompetenz²⁸⁹ und zweitens anerkannte er das Vorlagerecht jedes Richters unmittelbar an den Verfassungsgerichtshof. Damit war die Bayerische Verfassung die erste deutsche Konstitution, die sich zu einer äußerst klaren (und einfachen) Regelung bekannte: Der von der Verfassungswidrigkeit einer Norm überzeugte Richter hat das unmittelbare Vorlagerecht an den Bayerischen Verfassungsgerichtshof. Ihn — und nicht zwischengeschaltete Instanzen — hat der betreffende Richter im Wege der Richtervorlage anzurufen²⁹⁰. Jetzt heißt es kurz und bündig: „Hält ein Richter ein Gesetz für verfassungswidrig, so hat er die Entscheidung des Staatsgerichtshofs herbeizuführen.“²⁹¹

²⁸⁸ Zu den vielfältigen Versuchen, das Prüfungsrecht des erkennenden Richters einzuschränken, gehörte nach der Konstituierung des Bundesverfassungsgerichts die bereits in Fußn. 281 erwähnte Ansicht, sein Vorlage- und Aussetzungsbeschluss unterliege der Beschwerde (also der Kontrolle durch das höhere Gericht). In vergleichbarer Weise erschien das Prüfungsrecht bedroht, falls der erkennende Richter im Wege der Justizverwaltung (und nicht im Gerichtsweg) das Verfassungsgericht anzurufen hätte. Deshalb schrieb z. B. § 80 Abs. 1 [a. F.] BVerfGG den Weg „über das zuständige obere Bundesgericht“ vor, also ausdrücklich „unter Ausschluss des Justizverwaltungsweges“ (Willi Geiger: BVerfGG, Berlin-Frankfurt am Main 1952, § 80 Anm. 2), um die Möglichkeit von Einwirkungen der Justizverwaltung auf die Rechtsprechung auszuschließen“ (BVerfGE 1, 184 [189 sub 2]; 4, 358 [364 f.]). Doch es zeigte sich seinerzeit, dass die Regelung nicht genügte, um die ausschließliche Beurteilungskompetenz des BVerfG (zu ihr Fußn. 281) zu sichern. Insbesondere der BGH nahm für sich die Befugnis in Anspruch, die zu ihm im Gerichtsweg gelangten Vorlagen erst einmal zu kommentieren, bevor er sie an das BVerfG weiter leitete. Mit Recht verbat sich das BVerfG diesen Eingriff in seine Kompetenzen (BVerfGE 4, 358 [363 ff.]). Der Streit führte zur heutigen Fassung des § 80 Abs. 1 BVerfGG: Die Gerichte holen „unmittelbar die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein“ (näher hierzu z. B. Gerhard Ulsamer in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge: BVerfGG, München, § 80 [Stand 1985] Rdnr. 4 ff.).

²⁸⁹ Vgl. oben Text bei Fußn. 253 ff.

²⁹⁰ Maßgeblich war die 3. Sitzung des Verfassungs-Ausschusses der Verfassungsgebenden Landesversammlung vom 19. Juli 1946 (Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses [Fußn. 100], Band I, S. 68 – 72; hierzu z. B. Frank R. Pfetsch, Zweite Republik [Fußn. 55], S. 329 f.). Die zweite Lesung tastete diese wichtige Kehrtwende nicht an. Hans Ehard (CSU) [Berichterstatter] betonte: „Diese Fassung ist deshalb gewählt worden, um auf der einen Seite die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes allgemein prüfen zu können, auf der anderen Seite nicht jedem einzelnen Richter die Möglichkeit zu überlassen, die Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes nachzuprüfen und dadurch eine Reihe von verschiedenen Entscheidungen herbeizuführen.“ (Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses vom 21. August 1946 [Fußn. 100], Band II, S. 425).

²⁹¹ Art. 103 Entwurf des Verfassungs-Ausschusses der Verfassungsgebenden Landesversammlung (oben Fußn. 101); Verhandlungen des Verfassungs-Ausschusses (Fußn. 100), Band I, S. 72.

4. Die vierte Stufe der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs: Der Beschluss des Plenums der Verfassungsgebenden Landesversammlung

Das Plenum der Verfassungsgebenden Landesversammlung spielte für die Entstehungsgeschichte der bayerischen Verfassungsgerichtsbarkeit naturgemäß ebenfalls eine große Rolle.

a. Die Übernahme der Vorschläge des Verfassungs-Ausschusses

Das Plenum übernahm die soeben genannten Vorschläge des Verfassungs-Ausschusses. Es billigte sowohl die selbständige Regelung des (umbenannten) „Verfassungsgerichtshofs“ in einem eigenen Abschnitt der Verfassung sowie dessen Anerkennung als Verfassungsorgan²⁹² als auch die Einführung des materiellen Richterlichen Prüfungsrechts und dessen Konzentration beim Verfassungsgerichtshof²⁹³. Auch die Einführung einer Organklage²⁹⁴ und die Ausweitung der Anklageverfahren auf Abgeordnete²⁹⁵ wurden bestätigt. Im Übrigen übernahm das Plenum — genauso wie der Verfassungs-Ausschuss²⁹⁶ — die vom Vorbereitenden Verfassungsausschuss vorgelegten Entwürfe zur Verfassungsgerichtsbarkeit²⁹⁷.

b. Weitere grundlegende Änderungen in Bezug auf den Verfassungsgerichtshof

Darüber hinaus entschloss sich das Plenum, in einigen grundlegenden Punkten über die Vorschläge des Verfassungs-Ausschusses hinsichtlich des Verfassungsgerichtshofs noch hinauszugehen. Unübersehbar geschah dies auf Anregung der amerikanischen Militärregierung.

aa. Der neue Berufsrichtersentwurf für Normenkontrollverfahren

Die erste Erweiterung kann man als Konsequenz der Anerkennung des Richterlichen Prüfungsrechts und seiner Konzentration beim Verfassungsgerichtshof ansehen. Der Verfassungs-Ausschuss hatte für diejenigen Verfahren, in denen die Verfassungswidrigkeit einer Norm zu prüfen ist, keine besondere Besetzung des Verfassungsgerichtshofs vorgeschlagen, so dass die Richterbank in diesen Verfahren aus der üblichen Besetzung mit fünf vom Landtag gewählten Richtern und drei Berufsrichtern bestand. Die amerikanische Militärregierung hatte dies beanstandet: „Auf diese Weise könnten die

²⁹² Überschrift des 5. Abschnitts vor Art. 60 des Entwurfs der Verfassungsgebenden Landesversammlung, da im Plenum der 4. Abschnitt des Entwurfs des Verfassungsausschusses über den Staatspräsidenten (vgl. Fußn. 191) entfallen war. Vgl. auch Text zu Fußn. 193 f.

²⁹³ Art. 65 und 92 Entwurf der Verfassungsgebenden Landesversammlung.

²⁹⁴ Art. 64 Entwurf der Verfassungsgebenden Landesversammlung.

²⁹⁵ Art. 61 Abs. 1 und 3 bis 4 Entwurf der Verfassungsgebenden Landesversammlung.

²⁹⁶ Vgl. o. Fußn. 184.

²⁹⁷ Art. 59 und 61 Ministeranklage; Art. 66 und 120 Verfassungsbeschwerde; Art. 48 Abs. 3 Beschwerde bei Grundrechtssuspendierung; Art. 75 Abs. 3 Meinungsverschiedenheiten im Landtag, ob ein Gesetz die Verfassung ändern werde; Art. 33 Satz 2 und 3 und Art. 63 Wahlprüfung; Art. 15 Abs. 2 und Art. 62 Ausschluss von verfassungswidrigen Wählergruppen — jeweils Entwurf der Verfassungsgebenden Landesversammlung.

Landtagsmitglieder zunächst ein Gesetz beschließen und dann über die Verfassungsmäßigkeit selbst befinden.²⁹⁸ Diesen Mangel beseitigte das Plenum, indem es für die Normenkontrollverfahren einen neunköpfigen Senat ausschließlich aus Berufsrichtern vorschah.²⁹⁹

bb. Die neue zentrale Norm des Art. 98 BV, vor allem der vierte Satz dieses Artikels

Von weittragender Bedeutung hat sich eine zweite Änderung erwiesen. Auf „Wunsch der Militärregierung“³⁰⁰ leitete das Plenum den Zweiten Hauptteil der Verfassung („Grundrechte und Grundpflichten“) mit einer völlig neuen Norm ein³⁰¹: Seitdem steht am Beginn dieses Hauptteils die Vorschrift des Art. 98 BV, der in seinen ersten drei Sätzen überaus einprägsam das Grundrechtsverständnis der Bayerischen Verfassung erkennen lässt³⁰². Für die bayerische Verfassungsgerichtsbarkeit ist der vierte Satz des vom Plenum eingefügten Art. 98 BV wichtig. Er enthält die ausdrückliche Aussage der Verfassung, dass der Verfassungsgerichtshof verfassungswidrige Normen für nichtig zu erklären habe³⁰³.

Dass auf diese wichtige Aussage des Zweiten Hauptteils nicht im Katalog der Zuständigkeiten des Verfassungsgerichtshofs im betreffenden Abschnitt der Bayerischen Verfassung (Art. 60 bis 69 BV) verwiesen wird, erscheint auf den ersten Blick verwunderlich³⁰⁴, ist aber leicht zu erklären: Art. 98 BV ist, wie dargestellt, erst auf Wunsch der Amerikaner durch das Plenum und dann auch noch so spät am Schluss der Plenardiskussionen eingefügt worden, dass man übersah, auf ihn auch in Art. 65 BV hinzuweisen.³⁰⁵

c. Würdigung des Entwurfs der Verfassunggebenden Landesversammlung

aa. Umfassende Kompetenzen und Verfahren

Die von der Verfassunggebenden Landesversammlung vorgeschlagenen, in der Volksabstimmung angenommenen und in der Bayerischen Verfassung enthaltenen Vorschriften über die Verfassungsgerichtsbarkeit unterscheiden sich erheblich von den Entwürfen Hoegners sowie des Vorbereitenden Verfassungsausschusses. Bereits die Namensände-

²⁹⁸ BayVerfGHE 2, 61 (70); hierzu Hoegner u. Fußn. 372.

²⁹⁹ Art. 68 Abs. 2 Buchstabe b) Entwurf der Verfassunggebenden Landesversammlung. Zu dem auf diese Weise entstandenen „Drillingsgericht“ unten bei Fußn. 314.

³⁰⁰ Hoegner in der Ministerratssitzung vom 11. Dezember 1946 (Gelberg, Kabinett Hoegner I, Band 2 [Fußn. 59], S. 1033).

³⁰¹ Bisher begann der Zweite Hauptteil mit dem Text des heutigen Art. 99 BV, damals Art. 109 Entwurf des Verfassungs-Ausschusses der Verfassunggebenden Landesversammlung.

³⁰² Art. 98 Satz 1 – 3 BV: „Die durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte dürfen grundsätzlich nicht eingeschränkt werden. Einschränkungen durch Gesetz sind nur zulässig, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit und Wohlfahrt es zwingend erfordern. Sonstige Einschränkungen sind nur unter den Voraussetzungen des Artikels 48 zulässig.“

³⁰³ Art. 98 Satz 4: „Der Verfassungsgerichtshof hat Gesetze und Verordnungen für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken.“

³⁰⁴ Verweisungen auf andere Abschnitte der Verfassung finden sich in Art. 62, 63, 65 und 66 BV.

³⁰⁵ Vgl. Hoegner, Ministerratssitzung (Fußn. 300), a. a. O., S. 1032 f.; BayVerfGHE 2, 61 (71).

rung in „Bayerischer Verfassungsgerichtshof“ fällt auf. Drei weitere Änderungen, die den Gerichtshof selbst betreffen, sind von erheblicher Bedeutung: Die Verfassung des Freistaates Bayern sieht für ihn jetzt einen eigenen Abschnitt mit zahlreichen Artikeln³⁰⁶ vor, bezeichnet ihn allgemein als „oberstes Gericht in staatsrechtlichen Fragen“³⁰⁷ und erkennt ihn als weiteres Verfassungsorgan an³⁰⁸.

Das materielle Richterliche Prüfungsrecht bejaht der Entwurf und spaltet es in eine Prüfungskompetenz und die nur dem Verfassungsgerichtshof zustehende (bei ihm monopolisierte) Verwerfungskompetenz auf.³⁰⁹ Ausdrücklich ist sogar im Grundrechtsteil niedergelegt, dass der Verfassungsgerichtshof Gesetze und Verordnungen für nichtig zu erklären hat, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken³¹⁰. Die Verfassung sieht ferner als wichtiges gerichtliches Verfahren den Organstreit bei Streitigkeiten zwischen Staatsorganen vor³¹¹. Im Übrigen übernimmt die Verfassung sämtliche der in den früheren Entwürfen bereits enthaltenen Regelungen, natürlich auch die Verfassungsbeschwerde.³¹² Insgesamt zeigt sich das Bild eines Verfassungsgerichts „mit umfassenden Zuständigkeiten“³¹³.

bb. Gerichtsverfassung als „Drillingsgericht“

Von besonderer Bedeutung ist weiterhin eine von der Verfassungsgebenden Landesversammlung eingefügte richterverfassungsrechtliche Regelung, nämlich die Zusammensetzung des Verfassungsgerichtshofs. Die Verfassung sieht nunmehr drei verschiedene Spruchkörper vor, sozusagen ein „Drillingsgericht“, wie ich — in Anlehnung an den bekannten Ausdruck „Zwillingsgericht“³¹⁴ als Charakterisierung des Bundesverfassungsgerichts — formulieren will.³¹⁵ Für das Anklageverfahren gegen Minister oder Parlamentarier besteht eine Art große Schwurgerichtsbesetzung von 19 Berufs- und ehrenamtlichen Richtern³¹⁶. Für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Rechtssätzen

³⁰⁶ Erster Hauptteil, 5. Abschnitt, Art. 60 bis 69 BV.

³⁰⁷ Art. 60 BV.

³⁰⁸ Oben Text bei Fußn. 191 bis 195.

³⁰⁹ Art. 92 und 65 BV.

³¹⁰ Art. 98 Satz 4 BV, oben Fußn. 303.

³¹¹ Art. 64 BV.

³¹² Vgl. die Aufstellung in Fußn. 297. Wie Hoegner (vgl. oben Text bei Fußn. 143 bis 150) sahen auch die Mitglieder der Verfassungsgebenden Landesversammlung es als selbstverständlich an, die Verfassungsbeschwerde wieder einzuführen. Im zeitgenössischen Schrifttum gab es hingegen ablehnende Stimmen, z. B. Wegener (Fußn. 22), S. 41: Die Verfassungsbeschwerde „ist als sehr gefährlich anzusehen.“ Nicht ganz so kritisch Willibalt Apelt: Die bayerische Verfassung, DRZ 1947, S. 1 (4): „Sehr weit geht auch die Bestimmung“ über die Verfassungsbeschwerde.

³¹³ Nawiasky/Leusser (Fußn. 188), S. 40.

³¹⁴ Z. B. Ernst Benda in: Benda/Eckart Klein (Hrsg.), Verfassungsprozessrecht, Heidelberg 2001, S. 59 (Rdnr. 139); Klaus Kröger: Richterwahl, in: Festgabe BVerfG 1976, Band I (Fußn. 209), S. 76 (80).

³¹⁵ Da die beiden Senate des Bundesverfassungsgerichts mit ihren je acht Richtern selbständige Spruchkörper darstellen, hingegen die drei Spruchkörper des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs teilweise mit denselben Richtern besetzt sind, besteht keinerlei Parallele zwischen der Richterbesetzung beider Gerichtshöfe.

³¹⁶ Art. 68 Abs. 2 Buchstabe a) BV: Neun Berufsrichter und zehn vom Landtag gewählte Richter.

—also insbesondere bei der Richtervorlage — sind neun Berufsrichter³¹⁷ vorgesehen. Die übrigen Verfahren werden von vier Berufsrichtern und fünf ehrenamtlichen, vom Landtag gewählten Richtern entschieden³¹⁸.

5. Die fünfte Stufe der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs: Der Volksentscheid über die Bayerische Verfassung

Die fünfte Stufe der Entstehung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs bildet der Volksentscheid vom 1. Dezember 1946³¹⁹. In ihm nahm das bayerische Volk den von der Verfassungsgebenden Landesversammlung beschlossenen Verfassungstext³²⁰ ohne Änderungen an. Daher sind die Verfassungstexte der Verfassungsgebenden Landesversammlung, des Volksentscheids und der am 8. Dezember 1946 verkündeten Verfassung des Freistaates identisch.

6. Die weiteren Stufen der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs: Das Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof von 1947³²¹

Wie schon erwähnt³²², hörte die Tendenz zu einer immer umfangreicheren Ausgestaltung der verfassungsprozessualen Regelungen mit dem Inkrafttreten der Bayerischen Verfassung nicht auf. Das Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof führte zu einer weiteren Präzisierung des Verfassungsprozessrechts und zu einer gegenüber dem Verfassungstext noch umfassenderen Kompetenzordnung. Zu den dargestellten fünf Abschnitten der Entstehung der Verfassung kommen jetzt weitere Stufen hinzu.

a. Der Regierungsentwurf eines Verfassungsgerichtshofgesetzes

Die sechste Etappe der Entstehungsgeschichte des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs bildet der „Entwurf eines Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof“ vom 24. Januar 1947³²³. Das bei den Landtagswahlen (die zugleich mit dem Volksentscheid am 1. Dezember 1946 stattgefunden hatten) abgewählte Kabinett Hoegner hielt es für seine Pflicht, sich zügig mit dem Entwurf des Verfassungsgerichtshofgesetzes zu befassen und ihn — zehn Tage nach der Annahme der Verfassung durch das bayerische Volk — zu beschlie-

³¹⁷ Art. 68 Abs. 2 Buchstabe b) BV.

³¹⁸ Art. 68 Abs. 2 Buchstabe c) BV. Diese Zusammensetzung gilt insbesondere für Verfassungsbeschwerden.

³¹⁹ Oben Text zu Fußn. 106 ff.

³²⁰ Vgl. oben Fußn. 102.

³²¹ Die folgenden Ausführungen über die Entstehungsgeschichte des Bayerischen Verfassungsgerichtshofgesetzes beruhen auf einem Entwurf meines wissenschaftlichen Mitarbeiters Dr. Bastian Bohn. Seine Dissertation zum Thema „Das Verfassungsprozessrecht der Popularklage — zugleich eine Untersuchung der Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs der Jahre 1995 – 2010“, erscheint im Verlag Duncker & Humblot, Berlin.

³²² Oben Text bei Fußn. 121.

³²³ Beilage 13, Verhandlungen des Bayerischen Landtags. I. Tagung 1946/1947, Beilagen-Band I, München 1948, S. 19 ff.

ßen³²⁴. Das neue Kabinett Ehard übernahm den Entwurf mit „kleinen Änderungen“³²⁵. Nur etwa sechs Wochen waren seit dem Inkrafttreten der Verfassung vergangen, und — trotz Regierungsumbildung — schon war der vollständig ausgearbeitete Gesetzentwurf dem ersten Nachkriegslandtag zugeleitet. Bereits dieses zügige Vorgehen lässt erkennen, welch hohe Bedeutung man der Verfassungsgerichtsbarkeit beimaß. Bemerkenswert ist ferner, dass es sich um das erste große — 70 Paragraphen umfassende — Gesetzesvorhaben handelte, mit dem der neu gewählte Landtag befasst war³²⁶. Der äußerlich erkennbaren Bedeutung entsprach die Wertschätzung, die die Abgeordneten dem Verfassungsgerichtshofgesetz gaben.³²⁷

Entsprechend der Anweisung der Verfassung³²⁸ enthielt der Regierungsentwurf die Vorschriften über die Organisation und das Verfahren des Gerichtshofs sowie über die Vollstreckung seiner Urteile. Im Wesentlichen ließ der Entwurf die in der Verfassung enthaltenen Kompetenzen und Verfahrensarten unverändert.

Im Verfahren der Verfassungsstreitigkeiten sah er indes eine Ausweitung der Antragsberechtigung vor. So gibt die Bayerische Verfassung in Art. 64 dem Verfassungsgerichtshof die Zuständigkeit, über Verfassungsstreitigkeiten zwischen den obersten Staatsorganen oder in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgans zu entscheiden. § 54 Abs. 1 des Entwurfs zählte den Landtag, den Senat und die Staatsregierung als diese Staatsorgane auf. § 54 Abs. 2 erkannte die Antragsbefugnis den in Abs. 1 bezeichneten Körperschaften sowie deren Mitgliedern zu. Mit diesem Antragsrecht auch der einzelnen Mitglieder ging der Regierungsentwurf über das in Art. 64 BV vorgesehene Antragsrecht der mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgans hinaus. Denn eine Prozesstandschaft eines Mitglieds eines Organs für dieses Organ kennt die Bayerische Verfassung nicht.³²⁹ Da Art. 67 BV dem Gesetzgeber die Befugnis gibt, dem Verfassungsgerichtshof die Entscheidung in weiteren, nicht in der Verfassung vorgesehenen, Fällen zuzuweisen, stieß diese Regelung der Regierungsvorlage auf keine rechtlichen Bedenken.

³²⁴ Sitzung vom 11. Dezember 1946, TOP VI. (Gelberg, Kabinett Hoegner I, Band 2 [Fußn. 59], S. 1032 f.).

³²⁵ So Hans Ehard, vgl. Karl-Ulrich Gelberg: Das Kabinett Ehard I. 21. Dezember 1946 bis 20. September 1947, München 2000, S. 68 f. [Ministerratssitzung vom 15. Januar 1947, TOP VI.]. Eine der „kleinen“ Änderungen betraf eine durchaus entscheidende Frage. Die Hoegner-Regierung hatte vorgesehen, dass der Bayerische Verfassungsgerichtshof Normen *von Amts wegen* für nichtig erklären durfte. Diese Möglichkeit enthielt der Entwurf der Ehard-Regierung nicht mehr (vgl. hierzu ausführlich Bohn [Fußn. 321], § 2).

³²⁶ Vorausgegangen waren lediglich die Entwürfe für ein Gesetz über die Verjährungshemmung vom 31. Dezember 1946 (Beilage 5 der soeben in Fußn. 323 zitierten Verhandlungen), für ein Lohnausfallgesetz vom 23. Januar 1947 (Beilage 6) und für ein Versorgungsgesetz vom 20. Januar 1947 (Beilage 8). Gleichzeitig mit dem Entwurf des Verfassungsgerichtshofgesetzes erhielt der Landtag vom Ministerpräsidenten die Entwürfe für einige kleinere Gesetze (Beilage 11, 12, 14 und 15).

³²⁷ Vgl. auch unten die wörtlichen Zitate im Text bei und in den Fußn. 335 ff.

³²⁸ Art. 69 BV (Fußn. 121).

³²⁹ Christian Pestalozza: Verfassungsprozeßrecht, 3. Aufl., München 1991, § 23 Rdnr. 46; Heinrich Amadeus Wolff in: Lindner/Möstl/Wolff (Fußn. 59), Art. 64 Rdnr. 11.

b. Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Rechts- und Verfassungsfragen

Der Ausschuss für Verfassungsfragen des Bayerischen Landtages beriet den Regierungsentwurf des Verfassungsgerichtshofgesetzes ausführlich³³⁰ und legte dem Landtag einen überarbeiteten Text³³¹ vor, der die siebte Stufe der Entstehungsgeschichte des Verfassungsgerichtshofs darstellt. Der Ausschuss ließ die Entscheidungskompetenzen des Gerichtshofs unangetastet.³³² Sowohl im Verfahren der Verfassungsstreitigkeiten als auch im Verfahren der Wahlanfechtung arbeitete der Ausschuss jedoch Einschränkungen der Antragsberechtigung ein. Diese siebte Etappe der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs ist insofern ein besonderer Abschnitt, als sie die Tendenz zur weiteren Ausgestaltung der Kompetenzen und Verfahrensarten nicht fortsetzte, sondern sogar zu Einschränkungen führte.

aa. Die Antragsberechtigung bei Verfassungsstreitigkeiten

Die von der Staatsregierung bei Verfassungsstreitigkeiten vorgeschlagene Ausweitung der Antragsberechtigung auf ein einzelnes Organmitglied strich der Landtagsausschuss³³³. Jetzt blieb es bei der in Art. 64 BV enthaltenen Regelung, dass der Verfassungsgerichtshof von Landtag, Senat, der Staatsregierung und in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgans angerufen werden konnte (§ 43 Abs. 1).

bb. Die Antragsberechtigung bei Wahlanfechtungen

Ebenfalls strich der Landtagsausschuss die in § 51 Abs. 1 des Regierungsentwurfs vorgeschlagene Antragsbefugnis des einzelnen Wahlberechtigten bei Wahlanfechtungen. Der Landtagsausschuss gewährte das Antragsrecht nur dem Abgeordneten, dessen Mitgliedschaft beim Landtag bestritten ist, sowie dem Landtag und einer qualifizierten Landtagsminderheit (§ 42 Abs. 1).

c. Die erste Behandlung im Landtagsplenum

Das Plenum des Bayerischen Landtages hatte den Bericht des Ausschusses für Verfassungsfragen am 29. Mai 1947 auf der Tagesordnung.³³⁴ Die Abgeordneten unterstrichen,

³³⁰ Vgl. hierzu Bohn (Fußn. 321), § 2.

³³¹ Beilage 317, Verhandlungen des Bayerischen Landtags. I. Tagung 1946/1947, Beilagen-Band I, München 1948, S. 193 ff.

³³² Aus den Beratungen des Ausschusses für Rechts- und Verfassungsfragen des Bayerischen Landtags sei hier nur die treffende Charakterisierung der Verfassungsbeschwerde durch Hans Nawiasky als Sachverständiger zitiert: Die Verfassungsbeschwerde „soll eine Stätte da sein, von der sich der einzelne Bürger sagen kann, wenn ich in meinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt werde, so habe ich einen Schutz, an den ich mich wenden kann, der außerhalb der Politik steht und mir die Gewähr bietet, soweit überhaupt ein Mensch richtig urteilen kann, daß ich zu meinem Recht komme.“ (Protokoll der 5. Sitzung vom 9. April 1947, S. 82).

³³³ Vgl. Fußn. 331.

³³⁴ Verhandlungen des Bayerischen Landtags, I. Tagung 1946/1947, Stenographische Berichte, Band I, München 1948, 17. Sitzung vom 29. Mai 1947, S. 481 (483 ff.).

welch hohe Bedeutung sie dem Verfassungsgerichtshof selbst und daher auch dem Verfassungsgerichtshofsgesetz beimaßen. Das Gesetz sei eine „Ergänzung der Verfassung selbst“³³⁵, der Verfassungsgerichtshof sei „der oberste Garant der Demokratie“³³⁶ und „Angelpunkt unserer Verfassung; er ist die Zitadelle der Demokratie und der Freiheit“³³⁷. Die Redner verwiesen auf die äußerst ausführliche Beratung des Gesetzes im Ausschuss und dessen einstimmige Empfehlung. Der Landtag änderte den Entwurf des Ausschusses — abgesehen von einer kleinen redaktionellen Änderung³³⁸ — nicht ab³³⁹ und beendete mit der ersten Lesung den achten Abschnitt in der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs.

d. Die gescheiterte sofortige Schlussabstimmung

Die Abgeordneten des Bayerischen Landtags betrachteten die Entstehung des Verfassungsgerichtshofs mit der Erreichung der achten Stufe als abgeschlossen. Schon beim Aufruf des Tagesordnungspunktes in der Sitzung vom 29. Mai 1947 hatte Landtagspräsident Michael Horlacher dem Hause vorgeschlagen, die allgemeine und die besondere Erörterung miteinander zu verbinden, also auf die in der Geschäftsordnung vorgesehene mehrtägige Frist zwischen der ersten und der zweiten Lesung zu verzichten.³⁴⁰ Weil der Verfassungsgerichtshof dringend benötigt werde, war dies am Vortag im Ältestenrat beschlossen worden, obwohl die amerikanische Militärregierung bedeutet hatte, sie wünsche sich mit diesem Gesetz noch eingehender zu beschäftigen.³⁴¹

Nach dem Ende der ersten Lesung musste der Landtagspräsident jedoch eröffnen, dass der Plan der sofortigen zweiten Lesung gescheitert sei. Wie der Ministerpräsident mitgeteilt habe, wünsche die Militärregierung, dass die zweite Lesung zu einem späteren Zeitpunkt stattfände. Der Landtagspräsident bat deshalb das Plenum um die Zurückstellung der zweiten Lesung, das dieser Bitte nachkam.³⁴²

e. Die Intervention der amerikanischen Besatzungsmacht

In der folgenden Zeit fand eine gemeinsame Sitzung des Verfassungsausschusses des Bayerischen Landtags mit den Vertretern der Militärregierung von Bayern und von OMGUS-Berlin statt³⁴³. Daran schloss sich eine weitere Sitzung des Verfassungsausschusses

³³⁵ Franz Josef Huber (SPD) [Berichterstatter]: „Das“ ... „Gesetz über den Verfassungsgerichtshof bildet gewissermaßen eine Ergänzung der Verfassung selbst.“ (Landtags-Verhandlungen [Fußn. 334], S. 483). Ähnlich in der 2. Lesung Schebeck (CSU), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), 22. Sitzung vom 26. Juni 1946, S. 679 (681): „Dieses Gesetz ist neben der Verfassung das zweite Staatsgrundgesetz.“

³³⁶ Carl Lacherbauer (CSU), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), S. 486.

³³⁷ Thomas Dehler (FDP), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), S. 486.

³³⁸ Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), S. 488.

³³⁹ Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), S. 489.

³⁴⁰ Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), S. 483.

³⁴¹ Vgl. Präsident Horlacher, Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), S. 489.

³⁴² Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), S. 489.

³⁴³ Schebeck (CSU), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 334), 22. Sitzung vom 26. Juni 1946, S. 679. Zum OMGUS oben Text bei Fußn. 47 und 78.

an.³⁴⁴ Die Militärregierung war besorgt, dass der bisherige Entwurf des Verfassungsgerichtshofsgesetzes nicht ausreichend genug den Rechtsschutz der Bürger garantiere.³⁴⁵ Als Ergebnis der Beratungen der amerikanischen Anregungen reichten die vier Landtagsfraktionen gemeinsame Änderungsanträge ein.³⁴⁶ Der Verfassungsausschuss selbst konnte keine Änderungsanträge unterbreiten, weil das Gesetzgebungsverfahren bei ihm abgeschlossen und nunmehr beim Plenum anhängig war.³⁴⁷

f. Die Wiederaufnahme der Plenarberatungen und die Entstehung der Popularklage

Die wieder aufgenommenen Plenarberatungen — die zweite Lesung³⁴⁸ — bilden die neunte Etappe der Entstehung des Verfassungsgerichtshofs. Jetzt fanden die Beratungen zur alten Tendenz der bisherigen Diskussionen zurück, die verfassungsgerichtlichen Kompetenzen und Verfahrensarten zu erweitern. In dreifacher Beziehung kam es zu einer Stärkung des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes des einzelnen Bürgers. Mit diesen Ergebnissen entsprachen die Beratungen zugleich auch den Wünschen der amerikanischen Seite.

aa. Stärkung der Richtervorlage (konkrete Normenkontrolle)

Die Vorschriften über die Richtervorlage wurden um einen weiteren Absatz ergänzt, der klarstellt, dass „die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes“ ... „von jedem Gericht und jedem am Verfahren Beteiligten geltend gemacht werden“ kann (§ 45 Abs. 5).³⁴⁹ Diese Klarstellung war in doppelter Hinsicht bedeutsam:

[1]. Ausdrückliches Antragsrecht der Prozessbeteiligten

Erstens verdeutlicht das ausdrückliche Recht der Prozessbeteiligten, die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend machen zu dürfen, den Zweck der Richtervorlage, (auch) dem Schutz der Grundrechte der Prozessparteien zu dienen³⁵⁰. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil Verfassung und Verfassungsgerichtshofsgesetz die Richtervorlage (die konkrete Normenkontrolle) nicht als ein subjektives, sondern als objektives Verfahren³⁵¹ ansehen, wie dies dann auch das Grundgesetz in Art. 100 Abs. 1 übernommen hat.

³⁴⁴ Schebeck (CSU), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 343), S. 679 f.

³⁴⁵ Hille (SPD), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 343), S. 681 (682).

³⁴⁶ Beilage 415, Verhandlungen des Bayerischen Landtags. I. Tagung 1946/1947, Beilagen-Band I, München 1948, S. 253 f.

³⁴⁷ Schebeck (CSU), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 343), S. 680.

³⁴⁸ Landtags-Verhandlungen (Fußn. 343), S. 679 – 683; Abstimmung: S. 686 – 688.

³⁴⁹ Vgl. Schebeck (CSU), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 343), S. 680.

³⁵⁰ Zur konkreten Normenkontrolle: „Ähnlich effektives Mittel zum Schutz der Grundrechte wie die Verfassungsbeschwerde“: Hans-Jürgen Papier: Das Bundesverfassungsgericht als Hüter der Grundrechte, in: Merten/Papier, HGR, Band III (Fußn. 19), 2009, S. 1007 (1020); vgl. Schumann, Verfassungsbeschwerde (Fußn. 277), S. 67 bei Fußn. 30.

³⁵¹ Vgl. Schumann, Verfassungsbeschwerde (Fußn. 277), S. 63 ff.

[2]. *Ausdrückliche Anrufungsbefugnis jedes bayerischen Richters*

Zweitens ist die ausdrückliche Anrufungsbefugnis jedes bayerischen Gerichts eine deutliche Absage gegenüber den damaligen Vorstellungen, das Vorlagerecht an die Verfassungsgerichtsbarkeit auf einen kleinen Kreis privilegierter (höchster) Gerichte zu beschränken und den meisten Richtern das Recht zu verwehren, sich unmittelbar an das Verfassungsgericht zu wenden.³⁵² Von der Ablehnung einer solchen Konzeption gingen zwar die bisherigen Beratungen aus, seitdem sie die Kehrtwende³⁵³ vollzogen hatten und das materielle Richterliche Prüfungsrecht bejahten. Die ausdrückliche Formulierung, „jedes“ Gericht dürfe den Verfassungsgerichtshof anrufen, verdeutlichte die entschiedene Ablehnung des Modells einer auf einige privilegierte Richterämter eingegrenzten Anrufungsbefugnis.³⁵⁴

bb. Erleichterungen der Verfassungsbeschwerde

Um die Verfassungsbeschwerde leichter erheben zu können, änderten die Abgeordneten zwingende Verfahrensvoraussetzungen in Sollvorschriften.³⁵⁵ Niemanden dürfe nur wegen einer Formverletzung verwehrt werden, die Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgerichtshof anzubringen.³⁵⁶

cc. Die Einführung der Popularklage zum Schutz der Grundrechte

Die wichtigste Änderung in diesem neunten Abschnitt der Entstehung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs war die Einführung der Popularklage zum Schutz der Grundrechte. Indem die Abgeordneten des Bayerischen Landtags neben die altbewährte Verfassungsbeschwerde zusätzlich die Popularklage stellten, krönten sie das verfassungsprozessuale System des Schutzes der verfassungsmäßigen Rechte: Jetzt hieß es in § 54 Abs. 1 Satz 1: „Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes wegen unzulässiger Einschränkung eines Grundrechts (Art. 98 Satz 4 der Verfassung) kann von jedermann durch Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden.“

Die Einführung der Popularklage war die Geburtsstunde eines Verfahrens, das in Deutschland bis heute keine Parallele gefunden hat. Mit der Popularklage ist jedermann

³⁵² Die beiden anderen gleichzeitig entstandenen Verfassungen von Hessen und Württemberg-Baden verwirklichten derartige Pläne und führten auf diese Weise „zwei Klassen“ von Gerichten ein (vgl. Text bei Fußn. 278 bis 281): Innerhalb der Fachgerichtsbarkeiten gab es auf diese Weise Gerichte, die an die Verfassungsgerichtsbarkeit vorlegen durften, und andere Spruchkörper, denen dies verwehrt wurde.

³⁵³ S. o. Text bei Fußn. 223 ff.

³⁵⁴ Das heutige BayVerfGHG enthält in Art. 50, der die Richtervorlage regelt, bedauerlicherweise nicht mehr die damals als wichtig angesehenen beiden Klarstellungen.

³⁵⁵ So formulierte § 48 Abs. 1 des in erster Lesung beschlossenen Gesetzentwurfes, in Verfassungsbeschwerden „sind“ die Bestimmungen der Verfassung, deren Verletzung behauptet wird, sowie die Handlung oder Unterlassung der Behörde, durch welche der Beschwerdeführer verletzt worden sein soll, und das verfassungsmäßige Recht, dessen Verletzung der Beschwerdeführer geltend macht, zu bezeichnen. § 48 Abs. 2 sah zwingend die Vorlage des Nachweises vor, dass der Beschwerdeführer ohne Erfolg bei dem zuständigen Staatsministerium um Abhilfe gesucht hat, soweit eine Beschwerde gegen eine einem Staatsministerium untergeordnete Behörde erhoben wurde. Diese Regelungen wurden zu Soll-Vorschriften.

³⁵⁶ Hille (SPD), Landtags-Verhandlungen (Fußn. 343), S. 682.

die Möglichkeit gegeben, eine Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit bayerischer Rechtsvorschriften zu veranlassen. Die auffallende Besonderheit besteht im Verzicht auf eine Selbstbetroffenheit des Antragsstellers, die im (öffentlich-rechtlichen) Prozessrecht grundsätzlich gefordert wird³⁵⁷. Deshalb braucht die angefochtene Rechtsvorschrift den Antragsteller überhaupt nicht zu berühren. Die Erhebung ist außerdem — anders als etwa die unmittelbare Rechtsatzverfassungsbeschwerde des Bundes³⁵⁸ — an keine Frist gebunden.³⁵⁹

Das offene Verfahren der Popularklage spielt im politischen Leben Bayerns eine wichtige Rolle. Denn beinahe jede Rechtsvorschrift, die die Öffentlichkeit kontrovers diskutiert, wird über kurz oder lang mit der Popularklage angegriffen.³⁶⁰

g. Die zweite Lesung im Landtagsplenum und das Inkrafttreten des Gesetzes

In der zweiten Lesung vom 26. Juni 1947 stimmten 102 der 150 anwesenden Abgeordneten dem Entwurf des Verfassungsgerichtshofgesetzes zu; 26 Abgeordnete waren entschuldigt.³⁶¹ Das Gesetz Nr. 72 über den Verfassungsgerichtshof vom 22. Juli 1947 trat rückwirkend am 1. Juli 1947 in Kraft³⁶². Damit konnte der Bayerische Verfassungsgerichtshof als erstes Verfassungsgericht im Nachkriegsdeutschland seine Tätigkeit aufnehmen.³⁶³

h. Die amerikanischen Einflussnahmen auf die Ausgestaltung der bayerischen Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Entstehungsgeschichte des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs hat erkennen lassen, dass die amerikanische Militärregierung der deutschen Seite zwar einen großen

³⁵⁷ Vgl. vor allem § 42 Abs. 2 VwGO. Zum Schutz subjektiver Rechte im Prozessrecht vgl. Schumann in: Stein/Jonas (Fußn. 2), Einl. Rdnr. 7 f., 201 ff.

³⁵⁸ § 93 Abs. 3 BVerfGG.

³⁵⁹ Vgl. Karl Huber: Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zu den Grundrechten, BayVBl. 2010, 389 (393).

³⁶⁰ Huber (Fußn. 359), S. 393.

³⁶¹ Präsident, Landtags-Verhandlungen (Fußn. 343), S. 710; Kock (Fußn. 79), S. 39 Nr. 23.

³⁶² Bay-GVBl. 1947, S. 147.

³⁶³ Pestalozza, Verfassungsprozessrecht (Fußn. 329), § 23 (S. 403).

Spielraum gewährte³⁶⁴, über ihre Grundvorstellungen aber keinen Zweifel ließ.³⁶⁵ Einfluss hat sie mit formalen Vorgaben über Zeitabläufe, Abstimmungen und Wahlen genommen. Inhaltlich begleitete die Militärregierung die Entstehung der Verfassung eher informell durch Diskussionen mit den verantwortlichen Politikern, jedoch nur selten durch eigene Formulierungen.³⁶⁶ Im Allgemeinen griff, so erinnert sich Hoegner, die Besatzungsmacht „nur sehr vorsichtig in die Beratungen der Verfassung ein.“³⁶⁷ Die Richtigkeit dieses Urteils erkennt jeder, der den Text der drei süddeutschen Verfassungen miteinander vergleicht. Nicht nur die Bestimmungen über die Verfassungsgerichtsbarkeit weichen, wie teilweise erwähnt, deutlich voneinander ab. Noch viel mehr zeigen sich erhebliche Unterschiede in anderen Bereichen, vor allem in den Vorschriften über das Wirtschafts- und Arbeitsleben.³⁶⁸ Von der Uniformität der fünf Verfassungen der Sowjetischen Besatzungszone sind sie weit entfernt.

Wie immer man die Rolle der damaligen Besatzungsmacht sieht, jedenfalls beim Abschnitt über den Verfassungsgerichtshof machte sich — so Wilhelm Hoegner im Rückblick — der Einfluss der Amerikaner stark geltend³⁶⁹. So haben bei den Diskussionen um das Richterliche Prüfungsrecht die amerikanischen Vorstellungen unübersehbar eine bedeutende Rolle gespielt³⁷⁰. In zwei weiteren wichtigen Punkten sind die direkten Einwirkungen der Amerikaner klar zu erkennen, und zwar jeweils am Ende der maßgebenden Beratungen: Auf amerikanische Interventionen ist einerseits das Grundrechtsbekennt-

³⁶⁴ Hoegner (Fußn. 226), BayVBl. 1956, S. 353: „Der Einfluß der Besatzungsmacht auf die Gestaltung der bayerischen Verfassung von 1946 wird häufig überschätzt. Es ist nicht so, als ob die Amerikaner unsere Verfassung nach ihrem Bilde gemacht hätten.“ Ähnlich lautet das Urteil von Adolf M. Birke: Der Beitrag der Alliierten zur Neuordnung der Kommunal- und Länderverfassungen in Deutschland, in: Bernhard Diestelkamp u. a. (Hrsg.): Zwischen Kontinuität und Fremdbestimmung. Zum Einfluß der Besatzungsmächte auf die deutsche und japanische Rechtsordnung 1945 bis 1950, Tübingen 1996, S. 79 (91): „Die insgesamt erstaunlich geringen Einmischungen der Militärregierung lassen keinen Zweifel daran, daß die Länderverfassungen in der amerikanischen Besatzungszone von deutschen Repräsentanten autonom entwickelt und beschlossen wurden.“ Vgl. z. B. auch Dietmar Willoweit: Deutsche Verfassungsgeschichte, 5. Aufl., München 2005, S. 413.

³⁶⁵ So war den Amerikanern die doppelte demokratische Legitimierung der Verfassung unverzichtbar, vgl. oben Text bei Fußn. 65 f. Zum Einfluss der amerikanischen Militärregierung auf die Verfassungsentstehung z. B. Fait (Fußn. 88), passim und dies.: Der Weg der Bayerischen Verfassung, in: Boenke/von Zwehl (Fußn. 78), S. 205 (225 ff.) sowie Zimmer (Fußn. 47), S. 161 ff.

³⁶⁶ Vgl. Diestelkamp (Fußn. 38), NJW 1989, S. 1316.

³⁶⁷ Hoegner, Der schwierige Außenseiter (Fußn. 79), S. 256.

³⁶⁸ Genau betrachtet, zeigt die Verschiedenheit nur, dass es eine einheitliche amerikanische Konzeption für die süddeutschen Verfassungen nicht gab. Die Verschiedenartigkeit dieser Verfassungen beruht zum Teil wohl auch darauf, dass die Militärinstanzen der drei Länder unterschiedliche Schwerpunkte setzten. Anders als bei den beiden anderen Ländern war es in Bayern besonders die Verfassungsgerichtsbarkeit, s. sogleich der Text.

³⁶⁹ Hoegner (Fußn. 226), BayVBl. 1956, S. 354 (li. Sp.).

³⁷⁰ Hierzu oben Text zu Fußn. 249 ff. Dass das Grundgesetz in Art. 100 Abs. 1 das materielle Richterliche Prüfungsrechts (indirekt) bejaht, ist (wie in Bayern) sicher auch von der Judikatur des amerikanischen Supreme Court beeinflusst gewesen; vgl. Heinrich Wilms: Die Vorbildfunktion des United States Supreme Court für das BVerfG, NJW 1999, S. 1527 ff.; ders.: Ausländische Einwirkungen auf die Entstehung des Grundgesetzes, Stuttgart 1999, S. 166 ff., 283.

nis des Art. 98 BV³⁷¹ bei der Abschlussdiskussion um die Bayerische Verfassung und andererseits die Einführung der Popularklage nach Unterbrechung der Schlussberatungen zum Verfassungsgerichtshofgesetz³⁷² zurückzuführen.

IV. VIERTER TEIL. DIE VORREITERROLLE BAYERNS FÜR DIE VERFASSUNGSGERICHTSBARKEIT

1. Bayerns Einfluss auf die Vorschriften des Grundgesetzes

Der bedeutende Einfluss Bayerns bei der Entstehung des Grundgesetzes ist vielfach dargestellt worden.³⁷³ Leicht erkennbar ist er beim Thema „Verfassungsgerichtsbarkeit“³⁷⁴. Als die Beratungen der Sachverständigen für Verfassungsfragen in Herrenchiemsee begannen³⁷⁵, gab es für die Teilnehmer nur einen einzigen schriftlichen Entwurf — aus bayerischer Feder.³⁷⁶

³⁷¹ Vgl. Hoegner (Fußn. 226), BayVBl. 1956, S. 353 (re. Sp.) sowie oben Text bei Fußn. 300 bis 305.

³⁷² Oben Text bei Fußn. 342 bis 359. Hoegner (Fußn. 226), BayVBl. 1956, 354 (li. Sp.) erwähnt ferner die amerikanische Intervention bei der Frage, ob Mitglieder des Landtags als Richter im Verfassungsgerichtshof über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen entscheiden dürfen, vgl. oben Text bei Fußn. 298.

³⁷³ Vgl. z. B. Johannes Volker Wagner: Vorgeschichte des Parlamentarischen Rates, in: Kurt Georg Wernicke (Hrsg.): Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949. Akten und Protokolle, Band 1, Vorgeschichte, Boppard 1975, S. XI (LVI bei und in Fußn. 213); Peter Bucher: Der Bayerische Entwurf eines Grundgesetzes für den Verfassungskonvent, in: Deutscher Bundestag u. a.: Der Parlamentarische Rat 1948 – 1949. Akten und Protokolle, Band 2, Der Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, Boppard 1981, S. LVII ff. (z. B. S. LXI, XCV bei Fußn. 8, S. CII).

³⁷⁴ Hierzu Horst Säcker: Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Konvent von Herrenchiemsee, in: Festschrift für Wolfgang Zeidler, Band 1, Berlin-New York 1987, S. 265 ff. und z. B. Sabine Hain: Die Individualverfassungsbeschwerde nach Bundesrecht. Von den Vorarbeiten zu einer deutschen Verfassung bis zur Aufnahme der Verfassungsbeschwerde im Grundgesetz, Baden-Baden 2002, S. 39 f., 141.

³⁷⁵ Die Ministerpräsidenten-Konferenz der drei Westzonen hatte im Sommer 1948 einen Ausschuss von Sachverständigen für Verfassungsfragen eingesetzt. Auf Einladung des bayerischen Ministerpräsidenten Hans Ehard tagte der Ausschuss auf Herrenchiemsee (näher Bucher [Fußn. 373], S. VII ff.; vgl. auch Säcker [Fußn. 374], S. 266 ff.). Die Beratungen fanden vom 10. bis 23. August 1948 statt.

³⁷⁶ Bayerischer Entwurf eines Grundgesetzes für den Verfassungskonvent, Deutscher Bundestag (Fußn. 373), Band 2, S. 1 ff. Bei dem Entwurf handelte es sich nicht um einen Beschluss der Bayerischen Staatsregierung, sondern um eine von ihr in Auftrag gegebene „Besprechungsgrundlage“ (vgl. Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee, Plenarsitzung vom 10. August 1948, Deutscher Bundestag, a. a. O., Band 2, S. 53 [64]). Dieser ausformulierte Entwurf wurde flankiert von zwei weiteren Dokumenten: Bayerische Leitgedanken für die Schaffung des Grundgesetzes, Deutscher Bundestag, a. a. O., Band 2, S. 53 ff. sowie Ergänzung eines Grundgesetzes zu den Bayerischen Leitgedanken für die Schaffung, a. a. O., S. 44 ff. Zu dem Entwurf Karl-Ulrich Gelberg: Bayerische Strategien für den Konvent, in: Peter März/Heinrich Oberreuter (Hrsg.): Weichenstellung für Deutschland. Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee, München 1999, S. 53 (62 f.); Barbara Fait: Potsdam – Herrenchiemsee – Bonn. Aspekte der politischen, gesellschaftlichen und staatlichen Entwicklung 1945 – 1948, in: Haus der Bayerischen Geschichte (Hrsg.): Auf dem Weg zum Grundgesetz. Verfassungskonvent Herrenchiemsee 1948, Augsburg 1998, S. 7 (33).

a. Die Bayerische Verfassung von 1946 als Ausgangspunkt für den bayerischen Grundgesetzentwurf

Der bayerische Grundgesetzentwurf orientierte sich deutlich an den umfangreichen Vorschriften der Bayerischen Verfassung über den Verfassungsgerichtshof.³⁷⁷ Wie sehr sich die bayerischen Vorschläge zur Verfassungsgerichtsbarkeit die Bayerische Verfassung von 1946 zum Ausgangspunkt nahmen, zeigt sich am besten bei einem vergleichenden Blick zunächst auf die entsprechenden Vorschriften über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof und sodann auf den bayerischen Grundgesetzentwurf.

5. Abschnitt des Ersten Hauptteils der Verfassung des Freistaates Bayern von 1946

„Der Verfassungsgerichtshof

Art. 60

Als oberstes Gericht für staatsrechtliche Fragen besteht der Bayerische Verfassungsgerichtshof.

Art. 61

- (1) Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über Anklagen gegen ein Mitglied der Staatsregierung oder des Landtags.
- (2) Die Anklage gegen ein Mitglied der Staatsregierung ist darauf gerichtet, daß die Verfassung oder ein Gesetz von ihm vorsätzlich verletzt worden ist.
- (3) Die Anklage gegen ein Mitglied des Landtags ist darauf gerichtet, daß es in gewinnsüchtiger Absicht seinen Einfluß oder sein Wissen als Mitglied des Vertretungskörpers in einer das Ansehen der Volksvertretung gröblich gefährdenden Weise mißbraucht hat oder daß es vorsätzlich Mitteilungen, deren Geheimhaltung in einer Sitzung des Landtags oder einer seiner Ausschüsse beschlossen worden ist, in der Voraussicht, daß sie öffentlich bekannt werden, einem anderen zur Kenntnis gebracht hat.
- (4) Die Erhebung der Anklage erfolgt durch den Landtag auf Antrag von einem Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl und bedarf einer Zweidrittelmehrheit dieser Zahl. Jedes Mitglied der Staatsregierung oder des Landtags kann Antrag gegen sich selbst stellen.

Art. 62

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über den Ausschluß von Wählergruppen von Wahlen und Abstimmungen (Art. 15 Abs. 2).

Art. 63

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über die Gültigkeit der Wahl der Mitglieder des Landtags und den Verlust der Mitgliedschaft zum Landtag (Art. 33).

Art. 64

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über Verfassungsstreitigkeiten zwischen den obersten Staatsorganen oder in der Verfassung mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Staatsorgans.

Art. 65

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen (Art. 92).

Art. 66

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet über Beschwerden wegen Verletzung der verfassungsmäßigen Rechte durch eine Behörde (Art. 48 Abs. 3, Art. 120).

Art. 67

³⁷⁷ Vgl. z. B. Kau (Fußn. 68), S. 27 mit weit. Nachw.

Der Verfassungsgerichtshof entscheidet ferner in den besonderen ihm durch Gesetz zugewiesenen Fällen.

Art. 68

(1) Der Verfassungsgerichtshof wird beim Oberlandesgericht in München gebildet.

(2) Der Gerichtshof setzt sich zusammen:

a) in den in Art. 61 geregelten Fällen aus einem der Präsidenten der Bayerischen Oberlandesgerichte, acht Berufsrichtern, von denen drei dem Verwaltungsgerichtshof angehören, sowie zehn weiteren Mitgliedern, welche vom Landtag gewählt werden;

b) in den Fällen des Art. 65 aus dem Präsidenten und acht Berufsrichtern, von denen drei dem Verwaltungsgerichtshof angehören;

c) in den übrigen Fällen aus dem Präsidenten, drei Berufsrichtern, von denen zwei dem Verwaltungsgerichtshof angehören, und fünf vom Landtag gewählten Mitgliedern.

(3) Der Präsident und die Berufsrichter werden vom Landtag gewählt. Sie können nicht Mitglieder des Landtags oder des Senats sein.

Art. 69

Die weiteren Bestimmungen über die Organisation des Gerichtshofs und über das Verfahren vor ihm sowie über die Vollstreckung seiner Urteile werden durch Gesetz geregelt.“

Aus dem 8. Abschnitt des Ersten Hauptteils der Verfassung des Freistaates Bayern von 1946

„Die Rechtspflege“³⁷⁸

Art. 92

Hält der Richter ein Gesetz für verfassungswidrig, so hat er die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs herbeizuführen.“

Aus dem Zweiten Hauptteil der Verfassung des Freistaates Bayern von 1946

„Grundrechte und Grundpflichten

Art. 98

Die durch die Verfassung gewährleisteten Grundrechte dürfen grundsätzlich nicht eingeschränkt werden. Einschränkungen durch Gesetz sind nur zulässig, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit und Wohlfahrt es zwingend erfordern. Sonstige Einschränkungen sind nur unter den Voraussetzungen des Art. 48 zulässig. Der Verfassungsgerichtshof hat Gesetze und Verordnungen für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken.

Art. 120

Jeder Bewohner Bayerns, der sich durch eine Behörde in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt fühlt, kann den Schutz des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes anrufen.“

³⁷⁸ Ein eigener Abschnitt „Rechtspflege“ knüpft an die Tradition der WRV an, Ekkehard Schumann: Der Einfluß des Grundgesetzes auf die zivilprozessuale Rechtsprechung, in: 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band III, München 2000, S. 3 (5).

b. Aus dem Bayerischen Entwurf eines Grundgesetzes³⁷⁹

Der 7. Abschnitt des I. Teils des bayerischen Grundgesetzentwurfes³⁸⁰ war eigens dem „Bundesverfassungsgerichtshof“ gewidmet. Nach dem Vorbild der Bayerischen Verfassung bejahte der Entwurf das materielle Richterliche Prüfungsrecht und regelte es im Abschnitt über die Rechtspflege genau nach den zwei Säulen³⁸¹ des Modells der Bayerischen Verfassung erstens durch eine Trennung der Prüfungskompetenz von der Verwerfungskompetenz und zweitens durch das unmittelbare Vorlagerecht jedes Richters an die Verfassungsgerichtsbarkeit.³⁸²

„I. Teil: Aufgaben und Aufbau der Bundesstaatsgewalt

7. Abschnitt: Der Bundesverfassungsgerichtshof

Art. 61

Als Oberstes Gericht für Fragen des Bundesstaatsrechts besteht der Bundesstaatsgerichtshof.

Art. 62

Der Gerichtshof entscheidet

1. über Anklagen gegen den Bundespräsidenten oder die Mitglieder der Bundesregierung (Art. 47 und 60);
2. über den Ausschluß von Wählergruppen von Wahlen und Abstimmungen (Art. 13);
3. über die Gültigkeit der Wahl der Abgeordneten des Bundestags und den Verlust der Mitgliedschaft zum Bundestag (Art. 31);
4. über Verfassungsstreitigkeiten zwischen den obersten Bundesorganen oder in dem Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestatteten Teilen eines obersten Bundesorgans;
5. über die Verfassungsmäßigkeit von Bundesgesetzen (Art. 89);
6. über Meinungsverschiedenheiten darüber, ob durch ein Gesetz das Grundgesetz abgeändert wird oder ob ein Antrag auf eine unzulässige Änderung des Grundgesetzes vorliegt (Art. 67 Abs. 3);
7. über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern und zwischen den Ländern untereinander;
8. über Beschwerden wegen Verletzung der durch die Bundesverfassung gewährten Rechte der Bürger durch eine Bundes- oder Landesbehörde;
9. in besonderen, ihm durch Gesetz zugewiesenen Fällen.

Art. 63

(1) Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtshofs werden zur Hälfte durch den Bundestag auf Vorschlag der Bundesregierung, zur Hälfte durch den Bundesrat gewählt. Gliedert sich der Gerichtshof in Senate, so müssen deren Beisitzer sich in der gleichen Art zusammensetzen. Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichtshofs dürfen weder dem Bundestag noch dem Bundesrat noch der Bundesregierung angehören.

³⁷⁹ S. o. Fußn. 376.

³⁸⁰ Art. 61 bis 63, Deutscher Bundestag (Fußn. 373), Band 2, S. 24 f. Hierzu Bayerische Leitgedanken (Fußn. 376), S. 37: Bundesstaatsgerichtshof als eines der „Hauptorgane des Bundes“; S. 40 sowie Ergänzung eines Grundgesetzes (Fußn. 376), S. 46 f.: Verwirkung der Grundrechte; S. 48: Verfassungsbeschwerde. Abgedruckt auch bei Hans-Peter Schneider (Hrsg.): Das Grundgesetz. Dokumentation seiner Entstehung, Band 23, Teilband I (Bearbeitet von Rainer Schuckart), Art. 92 bis 96, Frankfurt am Main 1999, S. 332 ff.

³⁸¹ S. o. Text bei Fußn. 288, 291 und 309.

³⁸² Art. 88 (Wortlaut sogleich), Deutscher Bundestag (Fußn. 373), Band 2, S. 32.

(2) Die näheren Bestimmungen über die Organisation des Gerichtshofs und das Verfahren vor ihm sowie über die Vollstreckung seiner Urteile werden durch Gesetz geregelt.“

II. Teil: Ausübung der Bundesstaatsgewalt Aus dem 3. Abschnitt: „Die Rechtspflege

Art. 88

Hält der Richter ein Gesetz für verfassungswidrig, so hat er, wenn es sich um ein Gesetz seines Landes handelt, die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs seines Landes, wenn es sich um ein Bundesgesetz handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtshofs herbeizuführen.“

c. Die weitgehende Übernahme der bayerischen Vorschläge im Herrenchiemseer Entwurf

Nur wenig verändert, übernahmen die Teilnehmer³⁸³ des Verfassungskonvents die bayerischen Vorschläge in ihrem Herrenchiemseer Entwurf.³⁸⁴ Dies zeigt sich bei den zentralen Artikeln:

Herrenchiemseer Entwurf³⁸⁵

„VIII. Das Bundesverfassungsgericht

Artikel 97

Bundesverfassungsgericht ist das oberste Bundesgericht oder eines der obersten Bundesgerichte. Es ist zuständig für Fragen des Bundesstaatsrechts.

Artikel 98

Das Bundesverfassungsgericht entscheidet:

1. über Anklagen gegen den Bundespräsidenten (Mitglieder des Bundespräsidiums) (Art. 85);
2. über Verfassungsstreitigkeiten zwischen obersten Bundesorganen oder Teilen von solchen, die in diesem Grundgesetz mit eigenen Rechten ausgestattet sind;
3. über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen dem Bund und den Ländern und zwischen den Ländern (Art. 44);
4. über die Unvereinbarkeit von Bundesgesetzen oder Landesgesetzen mit diesem Grundgesetz oder die Unvereinbarkeit von Landesgesetzen mit Bundesgesetzen auf Antrag eines Gerichts (Art. 137);
5. über Meinungsverschiedenheiten darüber, ob ein Gesetz gemäß dem Grundgesetz zustande gekommen ist oder ob ein beantragtes Gesetz unter die Art. 105 bis 108 fällt (Art. 110);
6. über die Verfassungswidrigkeit einer politischen Partei (Art. 47 Abs. 4);

³⁸³ Wie bereits bei den bayerischen Verfassungsberatungen nahm am Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee und den vorbereitenden Gesprächen auch Hans Nawiaskey als Sachverständiger teil (vgl. Bucher in: Deutscher Bundestag [Fußn. 373], Band 2, z. B. S. LX, LXII und Gelberg, Strategien [Fußn. 376], S. 60 sowie Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen: Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948, München o. J. [1948], S. 8: „Sachverständiger“).

³⁸⁴ Eingehend zur „Sonderrolle Bayerns“ und zum bayerischen Entwurf als „Vorlage“ für die Herrenchiemseer Beschlüsse: Angela Bauer-Kirsch: Herrenchiemsee. Der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee — Wegbereiter des Parlamentarischen Rates, Diss. Bonn 2005, vor allem S. 188 ff. sowie S. 20 ff., 60 ff., 253 ff. mit Synopse und weit. Nachw.

³⁸⁵ Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen (Fußn. 383), Art. 97 – 100 sowie Art. 137 Entwurf eines Grundgesetzes, S. 75 und 83, abgedruckt z. B. bei Deutscher Bundestag (Fußn. 373), Band 2, S. 504 (S. 599 f., S. 611) und Schneider/Schuckart (Fußn. 380), S. 370 ff.

7. über die Gültigkeit von Wahlen zum Bundestag und über den Verlust der Mitgliedschaft beim Bundestag (Art. 51);

8. über Beschwerden wegen Verletzung der durch dieses Grundgesetz gewährleisteten Grundrechte (Art. ...);

9. über die Verwirkung des Rechts, sich auf Grundrechte zu berufen (Art. 57 Abs. 5);

10. über Beschwerden gegen einen Untersuchungsausschuß (Art. 57 Abs. 5); 11.

in besonderen ihm durch Bundesgesetz zugewiesenen Fällen.

Artikel 99

(1) Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts und seine zu ihrer Durchführung erlassenen Anordnungen sind für alle Gerichte und sonstigen Behörden bindend.

(2) Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, durch welche die Nichtigkeit eines Gesetzes oder eines Teiles eines solchen festgestellt wird, haben Gesetzeskraft. Sie werden auf Anordnung des Vorsitzenden des Bundesverfassungsgerichts im Bundesgesetzblatt verkündet.

Artikel 100

(1) Die Richter des Bundesverfassungsgerichts werden gleichmäßig durch den Bundestag und den Bundesrat (Senat), der Vorsitzende vom Bundestag und Bundesrat (Senat) gewählt und vom Bundespräsidenten ernannt. Auf die Wahl des Vorsitzenden findet Art. 75 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

(2) Die Senate des Bundesverfassungsgerichts sind mit den vom Bundestag und Bundesrat (Senat) gewählten Richtern gleichmäßig zu besetzen.

(3) Die Mitglieder des Bundesverfassungsgerichts dürfen weder dem Bundestag, dem Bundesrat (Senat), der Bundesregierung noch den entsprechenden Körperschaften eines Landes angehören.

(4) Die Hälfte der Richter des Bundesverfassungsgerichts müssen Richter der obersten Bundesgerichte und höchsten Gerichtshöfe der Länder sein. Der Vorsitzende muß die Befähigung zum Richteramt haben.

(5) Die weiteren Bestimmungen werden durch Bundesgesetz getroffen.“

Wie die Bayerische Verfassung und der bayerische Grundgesetzentwurf bejahte der Herrenchiemseer Entwurf das materielle Richterliche Prüfungsrecht³⁸⁶, übernahm entsprechend den zwei Säulen³⁸⁷ des bayerischen Modells die Aufspaltung in die Prüfungs- und in die Verwerfungskompetenz sowie das unmittelbare Antragsrecht jedes Richter unmittelbar an das Bundesverfassungsgericht und siedelte die Regelung im Abschnitt „Rechtspflege“ an.

Herrenchiemseer Entwurf

Aus dem Abschnitt „XII. Rechtspflege“³⁸⁸

Artikel 137

(1) Hält ein Gericht ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei seiner Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig, so hat es das Verfahren auszusetzen und, wenn es sich um die Ver-

³⁸⁶ Säcker (Fußn. 374), S. 273 erblickt „eine der großen Leistungen des Konvents“ in der „endgültigen Absage an die Lehre von der Beschränkung des richterlichen Prüfungsrechts auf die formelle Verfassungsmäßigkeit der Gesetze“. Diese Absage hatte aber doch wohl bereits der bayerische Verfassungs-Ausschuss mit seiner Kehrtwende zur Bejahung des materiellen Richterlichen Prüfungsrechts erteilt, vgl. o. Text bei Fußn. 223 ff.

³⁸⁷ S. o. Text bei Fußn. 288, 291 und 309.

³⁸⁸ Zu diesem Abschnitt: Schumann in: BGH-Festgabe (Fußn. 378), S. 5 f.

letzung der Verfassung eines Landes handelt, die Entscheidung des Verfassungsgerichtes des Landes, wenn es sich um die Verletzung dieses Grundgesetzes handelt, die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen. Das letztere gilt auch, wenn ein Gericht ein Landesgesetz mit einem Bundesgesetz für unvereinbar hält.

(2) Die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz kann bei jedem Gericht und von jedem am Verfahren Beteiligten geltend gemacht werden. Im Verfahren vor dem Verfassungsgericht hat diejenige Partei, die sich auf die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder die Unvereinbarkeit eines Landesgesetzes mit einem Bundesgesetz berufen hat, das Recht auf Gehör.

(3) Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz.“

Neben diesen ausformulierten Artikeln veröffentlichte der Herrenchiemseer Verfassungskonvent einen „Darstellenden Teil“ über „die wichtigsten Probleme und Lösungsvorschläge“. Dessen Ahtes Kapitel ist dem Bundesverfassungsgericht gewidmet.³⁸⁹ Das Zwölfte Kapitel über die Rechtspflege behandelt auch „die Vorlagepflicht des Richters“.³⁹⁰ Im „Kommentierenden Teil“ erläutern die Herrenchiemsee-Teilnehmer ausführlich die einzelnen von ihnen vorgeschlagenen Verfassungsbestimmungen.³⁹¹

d. Keine wesentlichen Änderungen bis zum endgültigen Grundgesetz

Von diesen Herrenchiemseer Vorschlägen bis zum endgültigen Text des Grundgesetzes ergaben sich (ausgenommen die Nichtübernahme der Verfassungsbeschwerde in den Text des Grundgesetzes³⁹²) keine wesentlichen Änderungen in den verfassungsgerichtlichen Vorschriften.³⁹³ So lässt sich eine klare Linie von der Bayerischen Verfassung über den bayerischen Herrenchiemseer Entwurf und die Herrenchiemseer Beschlüsse bis zum Grundgesetz erkennen.³⁹⁴

³⁸⁹ Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen (Fußn. 383), Darstellender Teil, S. 13 (45 f.), abgedruckt z. B. Deutscher Bundestag (Fußn. 373), Band 2, S. 506 (S. 554 f.).

³⁹⁰ Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen (Fußn. 383), Darstellender Teil, S. 13 (57), abgedruckt z. B. Deutscher Bundestag (Fußn. 373), Band 2, S. 506 (S. 574 f.).

³⁹¹ Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen (Fußn. 383), Kommentierender Teil, S. 86 (88 ff. und 94), abgedruckt z. B. Deutscher Bundestag (Fußn. 373), Band 2, S. 615 (S. 620 ff. und 629 f.).

³⁹² S. unten Fußn. 407. Dass das Grundgesetz — entgegen dem Herrenchiemseer Entwurf — keinen eigenen Abschnitt für das Bundesverfassungsgericht enthält und zu dessen Qualität als Verfassungsorgan nichts sagt (näher unten bei Fußn. 475 und 477), sind keine wesentlichen Abweichungen. Säcker (Fußn. 374), S. 278 sagt zutreffend, dass die Bundesverfassungsgerichtsbarkeit den „Geist des Herrenchiemseer Entwurfs atmet“, „auch wenn der Parlamentarische Rat in manchem hinter der Herrenchiemseer Konzeption zurückgeblieben ist“.

³⁹³ „Der Konvent von Herrenchiemsee hatte seinen Verfassungsentwurf nur als Arbeitsgrundlage verstanden, es zeigte sich jedoch, daß dieser Form und Inhalt des Grundgesetzes schon weitgehend vorgezeichnet hatte“ (Manfred Bothenhardt: Deutsche Verfassungsgeschichte 1806 – 1949, Stuttgart-Berlin-Köln 1995, S. 205.); „In den meisten Fällen kreiste die Arbeit des Parlamentarischen Rates um den Herrenchiemseer Entwurf.“ ... „Schließlich gleichen Aufbau und zahlreiche Formulierungen des vom Parlamentarischen Rat verabschiedeten Grundgesetzes“ ... „dem Entwurf von Herrenchiemsee“ (Bauer-Kirsch [Fußn. 384], S. 257). Ähnlich Schneider/Schuckart (Fußn. 380), S. XVII ff., XXXII und Mußnug in: HStR, Band I (Fußn. 67), S. 320 (Rdnr. 43).

³⁹⁴ Vgl. z. B. Wieland in: Dreier (Fußn. 210), Art. 93 Rdnr. 15 f.; Stern in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK (Fußn. 69), Art. 93 Rdnr. 5.

e. Das Vorbild der bayerischen Konzeption einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit

Da Bayern naturgemäß über keine Mehrheit bei den Grundgesetzberatungen verfügte, war der Erfolg der bayerischen Konzeption vor allem der Überzeugungskraft zu verdanken, die von dem Modell einer umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit ausging. Hierbei handelte es sich nicht um ein theoretisches Modell. Vielmehr beruhten die bayerischen Vorschläge auf der in Bayern errichteten und gelebten Verfassungsgerichtsbarkeit. Nicht zu übersehen ist allerdings auch das politische Geschick der bayerischen Repräsentanten, die als einzige Delegation einen ausformulierten Verfassungsentwurf vorgelegt hatten. Obwohl als „Besprechungsgrundlage“ bewusst in seiner Bedeutung heruntergespielt³⁹⁵, konnten die Diskussionen an dem bayerischen Entwurf nicht vorbeigehen³⁹⁶.

Die Vorreiterrolle Bayerns beschränkt sich nicht nur auf die vom Grundgesetz und vom Bundesverfassungsgerichtsgesetz gestaltete Gerichtsbarkeit des Bundesverfassungsgerichts. Mittelbar betrifft sie auch die Verfassungsgerichtsbarkeiten der deutschen Länder, die sich das Modell der weitgespannten Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts zum Vorbild nahmen. Dies gilt insbesondere für die deutschen Länder, die nach dem Zusammenbruch der DDR³⁹⁷ wieder entstanden sind und sich eigene Verfassungen gaben.³⁹⁸

2. Die Vorreiterrolle für das Bundesverfassungsgericht

Die folgenden Hinweise begnügen sich mit Ausblicken auf das Bundesverfassungsgericht. Den sechzehn Landesverfassungsgerichtsbarkeiten ebenfalls nachzugehen, würde den Rahmen sprengen und ist übrigens nicht erforderlich, weil viele Aussagen zum Bundesverfassungsgericht auch auf die Verfassungsgerichtshöfe der deutschen Länder zutreffen. Soweit sie für Streitfälle zuständig sind, die das Bundesstaatsrecht nicht kennt, handelt es sich im Allgemeinen um besondere Verfahren, die nur selten tatsächlich oder rechtlich von größerer Bedeutung sind.

³⁹⁵ S. o. Fußn. 376.

³⁹⁶ Vgl. Bauer-Kirsch (Fußn. 384), S. 192: „Obwohl sich bereits in der ersten Plenarsitzung deutliche Widersprüche dagegen regten, den bayerischen Entwurf als offizielle Vorlage für die Arbeit des Konvents zu betrachten, wurden diese Vorarbeiten eben doch — neben, möglicherweise auch vor den Landesverfassungen und der Weimarer Reichsverfassung — zur maßgeblichen Vorlage für den Konvent. Und auch für den bayerischen Entwurf sollte sich wiederum herausstellen, welche normative Kraft einer ausgearbeiteten Vorlage zukommt.“

³⁹⁷ Zu ihrem faktischen Ende im Jahr 1952 oben Fußn. 23.

³⁹⁸ Zu den Landesverfassungsgerichtsbarkeiten vor allem Jörg Menzel: Landesverfassungsrecht, Stuttgart u. a. 2002, S. 520 ff. und auch Pestalozza, Verfassungsprozessrecht (Fußn. 329), §§ 21 ff. (S. 372 ff.) sowie Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilbände I bis III (Fußn. 21). Die Landesverfassungen und Landesverfassungsgerichtsgesetze sind abgedruckt bei Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fußn. 288), A 20 – A 35a.

a. Das Bundesverfassungsgericht als eigenständiges Verfassungsgericht

Geradezu selbstverständlich gingen die bayerischen Vorschläge für den Herrenchiemseer Konvent von einem eigenständigen „Bundesverfassungsgerichtshof“ aus³⁹⁹. Da von Anbeginn der bayerischen Verfassungsberatungen ein eigener Staats- oder Verfassungsgerichtshof gefordert und schließlich auch in der Bayerischen Verfassung verankert worden war, lag die Vorstellung fern, es könnten die verfassungsgerichtlichen Aufgaben bei einem auch für sonstige Rechtsfragen zuständigen Gericht angesiedelt sein. Dem bayerischen Vorschlag nicht folgend, ließ der Herrenchiemseer Konvent in Art. 97⁴⁰⁰ offen, ob ein eigenständiges, (nur) für verfassungs-(staats-)rechtliche Streitgegenstände zuständiges Gericht geschaffen werden oder ob die Verfassungsgerichtsbarkeit von einem obersten Bundesgericht ausgeübt werden sollte⁴⁰¹. Gegen Widerstände setzte sich im Parlamentarischen Rat dann aber doch die (bayerische) Konzeption eines eigenständigen Verfassungsgerichts durch⁴⁰².

b. Die Zuständigkeiten und Verfahrensarten des Bundesverfassungsgerichts

aa. Die Verfassungsbeschwerde

Bei keinem anderen verfassungsgerichtlichen Verfahren ist die bayerische Vorreiterrolle so bekannt wie bei der Verfassungsbeschwerde.⁴⁰³ In Bayern seit 1818 in den Bayerischen Verfassungen verankert⁴⁰⁴, war ihre Wiederbelebung in der Bayerischen Verfassung des Jahres 1946 unumstritten⁴⁰⁵. Obwohl als „großer Wurf“⁴⁰⁶ in Herrenchiemsee empfohlen, übernahmen sie die Schöpfer des Grundgesetzes nicht⁴⁰⁷, wohl aber die Bundestagsabgeordneten beim Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Blick auf die bayerische Verfas-

³⁹⁹ S. oben Text des Art. 61 des bayerischen Vorschlags (nach Fußn. 382).

⁴⁰⁰ S. oben Text nach Fußn. 385.

⁴⁰¹ Vgl. Verfassungsausschuß der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen (Fußn. 391), Kommentierender Teil, S. 88 „Zu Art. 97“, abgedruckt z. B. Deutscher Bundestag (Fußn. 391), Band 2, S. 620.

⁴⁰² Vgl. z. B. Stern in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK (Fußn. 69), Art. 93 Rdnr. 11.

⁴⁰³ Vgl. z. B. Hans Lechner/Rüdiger Zuck: BVerfGG, 6. Aufl., München 2011, § 90 Rdnr. 1.

⁴⁰⁴ Hierzu Rumschöttel in: FS-BayVerfGH 1997 (Fußn. 17), S. 137 ff.; Schumann, Landesverfassungsbeschwerde in: Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II (Fußn. 146), S. 149 (162 ff.). Häufig wird nur die Verbürgung der Verfassungsbeschwerde in der Bamberger Verfassung (Fußn. 66) erwähnt, aber übersehen, dass sie bereits ein Jahrhundert früher in der Verfassungsurkunde von 1818 verankert war.

⁴⁰⁵ Vgl. oben Text bei Fußn. 141, 143 ff., 312 u. ö.

⁴⁰⁶ Säcker (Fußn. 374), S. 269, ferner S. 271 f.

⁴⁰⁷ Angesichts der umfassenden Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG war den Mitgliedern des Parlamentarischen Rats nicht klar, ob eine Verfassungsbeschwerde noch notwendig sei, vgl. Wieland in: Dreier (Fußn. 210), Art. 93 Rdnr. 75. Argumente zum damaligen Für und Wider der Verfassungsbeschwerde z. B. bei Geiger, BVerfGG (Fußn. 288), Anm. 1 – 3 vor § 90 (S. 272 ff.).

sungsbeschwerde⁴⁰⁸; „Und Wirkung hatte das bayerische Vorbild. Ihm ist man weitgehend gefolgt.“⁴⁰⁹

Im Rahmen der Notstandsgesetzgebung des Jahres 1968⁴¹⁰ kam die Verfassungsbeschwerde dann doch noch in das Grundgesetz⁴¹¹. Nach der Wiedervereinigung trat die Verfassungsbeschwerde einen Siegeszug in den wieder entstandenen deutschen Ländern an⁴¹².

bb. Die Popularklage

So sehr die Verfassungsbeschwerde zum selbstverständlichen Bestandteil der Verfassungsgerichtsbarkeit gehört, so wenig hat die bayerische Popularklage Anklang gefunden. Offenkundig wird die hervorragende Funktion, die dieser verfassungsgerichtliche Rechtsbehelf in Bayern hat⁴¹³, nicht immer wahrgenommen.

[1]. Der fehlende bayerische Vorschlag für eine bundesrechtliche Popularklage

Angesichts der Dominanz der bayerischen Vorschläge ist es nicht verwunderlich, dass die bayerische Popularklage eine Vorreiterrolle bei den Beratungen für das künftige Grundgesetz schon deshalb nicht einnehmen konnte, weil die bayerische Delegation sie in ihrem Entwurf nicht aufnahm. Aus den mir vorliegenden Quellen ist nicht erkennbar, weshalb der bayerische Entwurf⁴¹⁴ dies unterließ, nachdem er jede wesentliche Kompetenz des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs in seinen Vorschlag übernahm. Jedenfalls findet sich weder im Herrenchiemseer Entwurf noch im Grundgesetz eine Popularklage. Die Vermutung liegt nicht fern, dass die bayerischen Autoren des Entwurfs in Erinnerung hatten, dass der Bayerische Landtag und die Staatsregierung eine Popularklage nicht gewollt hatten und dass es der amerikanische Druck gewesen war, der zur Verankerung dieses Rechtsbehelfs führte.⁴¹⁵

⁴⁰⁸ Hierzu Reinhard Schiffers: Grundlegung der Verfassungsgerichtsbarkeit. Das Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Düsseldorf 1984, S. XXIII, 177 f., 179, 202 f.; Säcker (Fußn. 374), S. 271 f.

⁴⁰⁹ Wolfgang Knies: Auf dem Weg in den „verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat“, in: Festschrift für Klaus Stern, München 1997, S. 1155 (1170), der allerdings diesen Schritt bedauert.

⁴¹⁰ Siebzehntes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 24. Juni 1968, BGBl. I, S. 709.

⁴¹¹ Als nunmehr im Grundgesetz verankert, wurde die Verfassungsbeschwerde dem Zugriff des vereinfachten Bundesgesetzgebungsverfahrens im Verteidigungsfalle (Art. 115d GG) entzogen; zur Stellung des BVerfG im Verteidigungsfalle Art. 115g GG; vgl. Rüdiger Zuck: Das Recht der Verfassungsbeschwerde, 3. Aufl., München 2006, Rdnr. 4, 5.

⁴¹² Vgl. z. B. Christian Pestalozza: Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: HGR, Band III (Fußn. 19), § 86 Rdnr. 130 und 3; Klaus Stern: Der Aufschwung der Landesverfassungsbeschwerde im wiedervereinigten Deutschland, in: FS-BayVerfGH 1997 (Fußn. 17), S. 241 ff. Zur Übernahme der Verfassungsbeschwerde in einigen westdeutschen Ländern in der Zeit bis 1983: Schumann, Landesverfassungsbeschwerde, in: Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II (Fußn. 146), S. 149 (180 - 191).

⁴¹³ S. o. Text bei Fußn. 360.

⁴¹⁴ Text oben nach Fußn. 379.

⁴¹⁵ Vgl. o. Text nach Fußn. 356.

[2]. *Die Sensibilität des Bundesverfassungsgerichts für Ausweitungen des verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes*

Die in der bayerischen Popularklage enthaltene (und erfolgreiche) Ausweitung des Grundrechtsschutzes ist vergleichbar mit der Sensibilität des Bundesverfassungsgerichts für eine Ausweitung des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes. So hat die Elfes-Rechtsprechung⁴¹⁶ — übrigens nach dem Vorbild der Judikatur des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs⁴¹⁷ — zwar keine Popularklage eingeführt, aber die Verfassungsbeschwerde zu einer allgemeinen (verdeckten) Rechtssatzverfassungsbeschwerde ausgeweitet⁴¹⁸. Genauso wie zunächst das Elfes-Urteil auf den (einmütigen) Widerspruch der Wissenschaft stieß⁴¹⁹, ist es dem Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ergangen⁴²⁰, als es die Kompetenzverfassungsbeschwerde jedes deutschen Wahlbürgers aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG ableitete. Die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Kompetenzverfassungsbeschwerde hat starke Ähnlichkeiten zu einer Popularklage.⁴²¹ Zwar bleibt sie eine echte Verfassungsbeschwerde, weil sie wegen Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG eine Selbstbetroffenheit des Beschwerdeführers voraussetzt, was eine Popularklage gerade nicht verlangt⁴²². Aber im Ergebnis kann quivis ex populo zur Verfassungsbeschwerde greifen; denn ausnahmslos jeder deutsche Wahlbürger⁴²³ kann die Verfassungsbeschwerde einlegen, und zwar mit der Behauptung, er sei durch einen ausbrechenden EU-Hoheitsakt in seinen Rechten aus Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG verletzt.

⁴¹⁶ BVerfGE 6, 32 (Elfes-Urteil); zur Elfes-Rechtsprechung des BVerfG vgl. Ekkehard Schumann: Die Aufwertung der Verfassungsbeschwerde im Elfes-Urteil und im Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Festschrift zum 50-jährigen Bestehen der Assistententagung Öffentliches Recht, Baden-Baden 2011, bei Fußn. 22.

⁴¹⁷ „Auch hier hat das bayerische Vorbild Wirkung getan.“ (Knies [Fußn. 409], S. 1172 Fußn. 84, ebenfalls [vgl. Fußn. 409] bedauernd; näher zur Übernahme der bayerischen Rechtsprechung durch das BVerfG: Schumann, Elfes-Urteil (Fußn. 416), bei Fußn. 16 ff.

⁴¹⁸ Schumann, Elfes-Urteil (Fußn. 416), bei Fußn. 51 – 56.

⁴¹⁹ Es ist daher ein Irrtum, es sei „einhellig diese Rechtsprechung [sc. das Elfes-Urteil] seinerzeit begrüßt und von der herrschenden Staatsrechtslehre unterstützt worden“ (so allerdings Rupert Scholz: Karlsruhe im Zwielficht – Anmerkungen zu den wachsenden Zweifeln am BVerfG, in: Festschrift für Klaus Stern (Fußn. 409), S. 1201 [1214]). Nachweise zur damaligen einhelligen Kritik an der Elfes-Rechtsprechung bei Schumann, Elfes-Urteil (Fußn. 416), bei Fußn. 10).

⁴²⁰ Vgl. z. B. die Denkschrift: Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: Auswege aus dem drohenden Justizkonflikt, zitiert bei Ekkehard Schumann: Die vorbildliche Rolle des Bundesverfassungsgerichts als Verteidiger und Vollzugshelfer Europäischer Gerichtshöfe, in: Festschrift für Ulrich Spellberg, München 2010, S. 729 (730 f.).

⁴²¹ Vgl. (jeweils ablehnend) Elmar Brok/Martin Selmayr: Per Popularklage zurück nach Nizza? Zu den Verfassungsklagen gegen den Reformvertrag von Lissabon, EuZW 2008, S. 487 ff.; Martin Nettesheim: Ein Individualrecht auf Staatlichkeit? Die Lissabon-Entscheidung des BVerfG, NJW 2009, S. 2867 ff.

⁴²² Vgl. Art. 98 Satz 4 BV, Art. 55 Abs. 1 BayVerfGHG.

⁴²³ Da sich die Kompetenzverfassungsbeschwerde auf Art. 38 GG gründet, steht sie juristischen Personen angesichts deren fehlenden Wahlrechts nicht offen (arg. Art. 19 Abs. 3 GG).

cc. Das Richterliche Prüfungsrecht und die konkrete Normenkontrolle

[1]. Die bayerische Vorreiterrolle beim Richterlichen Prüfungsrecht

Wie bei der Verfassungsbeschwerde hatte die bayerische Verfassungsgerichtsbarkeit auch beim Richterlichen Prüfungsrecht eine Vorreiterrolle. Während die Weimarer Verfassung zu dieser Problematik schwieg, bejahte das bayerische Verfassungsrecht ausdrücklich bereits in der Bamberger Verfassung von 1919⁴²⁴ das materielle Richterliche Prüfungsrecht. Die reichsrechtliche Entwicklung hinkte hinterher. Eine Verankerung des Prüfungsrechts im Text der Reichsverfassung gab es nicht. Immerhin bekannte sich das Reichsgericht im Jahre 1925 zum Richterlichen Prüfungsrecht⁴²⁵; aber weder bestand danach in der Wissenschaft eine übereinstimmende Anerkennung, noch gelang es dem Reichsgesetzgeber, die notwendigen Regelungen zu erlassen⁴²⁶. Indem die Bayerische Verfassung von 1946 das Richterliche Prüfungsrecht bejaht, knüpft sie nicht nur an die Tradition der Bamberger Verfassung an, sondern bekennt sich zugleich zur richterlichen Verfassungskontrolle der Gesetzgebung. Dieses Bekenntnis ist deswegen überzeugend, weil es auf einem Modell der richterlichen Kontrolle aufbaute, das die Stellung des demokratisch legitimierten Parlaments achtet⁴²⁷ (nicht jeder Richter hat die Verwerfungskompetenz) und zugleich den praktikablen direkten Weg zur Verfassungsgerichtsbarkeit eröffnet, ohne dass — wie in der hessischen und in der württemberg-badischen Verfassung⁴²⁸ — Zwischeninstanzen eingeschaltet sind.

[a]. Die zwei Säulen des bayerischen Modells des Richterlichen Prüfungsrechts

Das in Bayern zum ersten Mal verwirklichte Modell des Richterlichen Prüfungsrechts mit seinen zwei Säulen⁴²⁹ war ein erfolgreicher Vorreiter für zahlreiche Regelungen.

[aa]. Gespaltenes Richterliches Prüfungsrecht

Die Aufspaltung der richterlichen Vorfragenkompetenz hat im deutschen und später im europäischen Prozessrecht einen Siegeszug angetreten.⁴³⁰ In einem ersten Schritt bleibt die Vorfragenkompetenz unangetastet: Jeder Richter ist zur Prüfung sämtlicher Vorfragen aufgerufen, auch wenn er, wäre sie Hauptfrage (Streitgegenstand), für sie nicht kompetent ist (Prüfungskompetenz). Kommt der Richter bei dieser Prüfung zum Ergebnis, dass der Rechtssatz verfassungswidrig ist, darf er ihm aber nicht den Gehorsam verweigern, sondern muss in einem zweiten Schritt das Verfassungsgericht anrufen (Verwerfungskompetenz der Verfassungsgerichtsbarkeit). Prozessual handelt es sich um eine Aussetzung des anhängigen Rechtsstreites. Sie dauert an, bis das Verfassungsgericht entschieden hat. Anschließend geht der Rechtsstreit weiter und das Gericht, das vorgelegt

⁴²⁴ Text oben bei Fußn. 246 ff.

⁴²⁵ Zum Folgenden s. o. Text bei Fußn. 237 ff.

⁴²⁶ S. o. Text zu Fußn. 265 ff.

⁴²⁷ Vgl. oben Text zu Fußn. 254 ff.

⁴²⁸ Oben Text zu Fußn. 275 ff.

⁴²⁹ Oben Text nach Fußn. 288.

⁴³⁰ S. o. Fußn. 253.

hat, ist an die verfassungsgerichtliche Entscheidung gebunden, die den Rechtsatz entweder für verfassungswidrig oder für verfassungsgemäß erklärt hat.

[bb]. Unmittelbares Antragsrecht jedes Richters

Dieses Modell wird vollendet durch das unmittelbare Antragsrecht jedes Richters. Zwischen ihm und der Verfassungsgerichtsbarkeit sind keine Zwischeninstanzen eingeschaltet.⁴³¹

[2]. Das Vorbild für das Grundgesetz und die westdeutschen Länderverfassungen

Dieses bayerische Modell war Inhalt der bayerischen Vorschläge für Herrenchiemsee als dortiger Art. 88⁴³² und wurde im Herrenchiemseer Entwurf in Art. 137 und Art. 98 Nr. 4 übernommen⁴³³. Es war sodann Vorbild für sämtliche westdeutschen Länderverfassungen und für das Grundgesetz in Art. 100 Abs. 1.⁴³⁴ Das Verfahren wird in der Bundesverfassungsgerichtsbarkeit allerdings nicht — wie in Bayern — als „Richtervorlage“, sondern weniger anschaulich als „konkrete Normenkontrolle“ bezeichnet⁴³⁵. Wegen der grundgesetzlichen Regelung (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 [1. Alternative] GG) besteht dieses Modell auch in sämtlichen deutschen Ländern, wenn es um den Widerspruch einer Norm gegen die Landesverfassung geht. Dies ist eine der seltenen Vorgaben des Grundgesetzes an die Landesverfassungsgerichtsbarkeit, die zu gestalten, dem Verfassungsgeber der deutschen Länder obliegt.⁴³⁶ Gleichwohl möchte ich die landesverfassungsrechtlichen Vorschriften über Richtervorlagen oder konkrete Normenkontrollverfahren nicht als nur (noch) deklaratorisch bezeichnen⁴³⁷. Dies zeigt sich schon daran, dass es zur Kompetenz des Landesverfassungsgebers gehört, wie er den in Art. 100 Abs. 1 GG enthaltenen Begriff „Gesetz“ definiert: ob als das formelle⁴³⁸, nachkonstitutionelle⁴³⁹ Gesetz oder

⁴³¹ Text oben vor und nach Fußn. 288.

⁴³² Text oben nach Fußn. 379.

⁴³³ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee (Fußn. 376).

⁴³⁴ „Art. 100 Abs. 1 GG ist hervorgegangen aus Art. 137 Abs. 1 des Herrenchiemsee-Entwurfs“ ... , „mit dem er sich weitgehend im Wortlaut deckt.“ (BVerfGE 1, 184 [192]; Säcker [Fußn. 374], S. 274).

⁴³⁵ Zur Terminologie Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht (Fußn. 329), § 13 Rdnr. 2 (S. 202); Stern in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK (Fußn. 69), Art. 100 Rdnr. 19.

⁴³⁶ Eine weitere Regelung enthält Art. 100 Abs. 3 GG.

⁴³⁷ So aber Klaus Stern: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/2, München 1994, § 93 VII 2 Fußn. 424 (S. 1503); ebenso Sodan in: HGR, Band III (Fußn. 19), § 84 Rdnr. 41. Zutreffend hingegen Wieland in: Dreier (Fußn. 210), Art. 100 Rdnr. 25.

⁴³⁸ BVerfGE 1, 184 (189 ff.) für die Vorlage zum BVerfG.

⁴³⁹ BVerfGE 2, 124 (128 ff.) für die Vorlage zum BVerfG.

als jeden materiellen Rechtssatz, also auch die Rechtsverordnung⁴⁴⁰ und das vorkonstitutionelle⁴⁴¹ Gesetz.

[3]. *Das Vorbild für das Unionsrecht*

Als die Europäische Gerichtsbarkeit geschaffen wurde, bot sich dieses System der Vorlage an, um die Einheitlichkeit der Auslegung der supranationalen Rechtssätze zu sichern. So konnte man auf einen Rechtszug von den nationalen Gerichten zum Europäischen Gerichtshof verzichten. Was in Bayern „Richtervorlage“ heißt und im Bund „konkrete Normenkontrolle“ genannt wird, erhielt in Europa den Namen „Vorabentscheidung“⁴⁴² und lebt nunmehr in Art. 19 Abs. 3 Buchst. b) EUV, Art. 267 AEUV weiter. Die Verwerfungsbefugnis (Gültigkeitsvorlage) gegenüber sekundären Unionsakten ist beim Europäischen Gerichtshof monopolisiert und den letztinstanziellen nationalen Gerichten genommen⁴⁴³. Da es — wie schon gesagt — keinen Rechtsmittelzug zum Europäischen Gerichtshof gibt, wurde das Vorlagemodell auf die Auslegungsfrage erweitert: Das Monopol des Europäischen Gerichtshofs erstreckt sich auch auf die Interpretation des Unionsrecht und wird durch die Interpretationsvorlage gesichert. In den genannten Bereichen ist dem deutschen Richter die Vorfragenkompetenz genommen⁴⁴⁴. Von dieser Regelung ist auch die Verfassungsgerichtsbarkeit nicht ausgenommen, so dass z. B. das Bundesverfassungsgericht oder der Bayerische Verfassungsgerichtshof den Europäischen Gerichtshof anrufen müssen, wenn dies die unionsrechtlichen Regelungen verlangen.⁴⁴⁵

dd. Die Organklage

[1]. *Die bayerische Organklage als seinerzeitiges Unikat*

Zum Kernbestand heutiger deutscher Verfassungsgerichtsbarkeit gehört die Organklage⁴⁴⁶. Häufig wird nicht wahrgenommen, dass die Ausgestaltung dieser zentralen Kom-

⁴⁴⁰ Z. B. in Bayern, Hessen, BayVerfGHE 22, 136 (137); HessStGH EGVGH 19, 140 (141 f.); vgl. BVerfGE 4, 178 (188); Otto Groschupf: Richtervorlagen, in: Starck/Stern, Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Teilband II (Fußn. 146), S. 85 (95); Christian Pestalozza: Bundesverfassungsgerichtsbarkeit und Landesverfassungsgerichtsbarkeit, in: HGR, Band III (Fußn. 19); Sodan in: HGR, Band III (Fußn. 19), § 84 Rdnr. 42; Wieland in: Dreier (Fußn. 210), Art. 100 Rdnr. 25.

⁴⁴¹ Z. B. in Bayern, Baden-Württemberg, BayVerfGHE 9, 158 (163); 10, 15 (18); vgl. Groschupf (Fußn. 440), S. 94.

⁴⁴² Ursprungsnorm war Art. 41 des EGKS-(Montan)-Vertrages von 1951, ihm folgten Art. 177 EWG-Vertrag und Art. 150 EAG-Vertrag von 1957; vgl. Ekkehard Schumann: Das Verhältnis des deutschen Richters zum Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, ZZP 78 (1965), S. 77 (92, 96, 97 ff.) sowie ders., Kompetenzen (Fußn. 236), S. 220 ff.

⁴⁴³ Art. 267 Abs. 3 AEUV. Das nicht-letztinstanzielle nationale Gericht kann an den EuGH vorlegen (Art. 267 Abs. 2 AEUV).

⁴⁴⁴ Schumann, Gerichtshof (Fußn. 442), ZZP 78 (1965), S. 92; vgl. auch o. Fußn. 255.

⁴⁴⁵ Vgl. Ekkehard Schumann: Einwirkungen des Bundesrechts auf die Bayerische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Festschrift 1972 (Fußn. 156), S. 281 (304); Hans Lindner: Bayerisches Staatsrecht, Stuttgart-München u. a. 2011, Rdnr. 540 Fußn. 600 (S. 198) und Rdnr. 581 ff. (S. 209 f.); vgl. auch Rdnr. 570 ff. (S. 207 f.).

⁴⁴⁶ S. o. die Zitate in Fußn. 210.

petenz des Bundesverfassungsgerichts auf die Regelung in der Bayerischen Verfassung zurückgeht. Sie hatte sich als erste deutsche Konstitution von der unpräzisen verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit für „Verfassungsstreitigkeiten“ gelöst, die sich in ihrer Unschärfe und Uferlosigkeit als prozessual unbrauchbar erwiesen hatte⁴⁴⁷. Die bayerische Organklage blieb allerdings zunächst ein verfassungsprozessuales Unikat.⁴⁴⁸

[2]. Keine Organklage in den zeitgenössischen Landesverfassungen

Die beiden gleichzeitig erlassenen Verfassungen kennen die Organklage nicht: Die Hessische Verfassung hielt an der allgemeinen Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs für „Verfassungsstreitigkeiten“ fest⁴⁴⁹. Die Verfassung von Württemberg-Baden verzichtete auf eine derartige verfassungsprozessuale Verfahrensart und hielt sich ohnehin beim Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit deutlich zurück.⁴⁵⁰ Die in der Folgezeit noch vor dem Grundgesetz in Kraft getretenen Verfassungen⁴⁵¹ von Baden, Bremen, des Saarlands und von Württemberg-Hohenzollern sahen übrigens keine Organklage vor. Nur Rheinland-Pfalz führte ein Verfahren ein, das einer Organklage gleichkam.⁴⁵²

[3]. Die volle Rezeption der bayerischen Organklage im Grundgesetz

Das Modell der bayerischen Organklage enthielt naturgemäß der bayerische Entwurf für den Herrenchiemseer Konvent in Art. 62 Nr. 4⁴⁵³; er war sichtlich so überzeugend, dass

⁴⁴⁷ S. o. Text bei Fußn. 201 bis 210.

⁴⁴⁸ Diese Aussage darf historisch nicht missverstanden werden. Gerade die deutsche Verfassungsgeschichte zeichnet sich durch eine Vielfalt rechtlich geordneter Verfahren bei Streitigkeiten oder Meinungsverschiedenheiten zwischen staatlichen Institutionen und Organen aus (Nachweise bei Goessl [Fußn. 209], S. 19 ff.). Die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 und die Reichsverfassung von 1871 (jeweils Art. 76) sowie der in Fußn. 133 wiedergegebene Art. 19 Abs. 1 WRV verwendeten für solche Auseinandersetzungen den schon mehrfach angesprochenen Begriff „Verfassungsstreitigkeiten“, ohne hinzuzufügen, um welche Beteiligten es sich hierbei handelte. Das bayerische Verdienst war es, sich für die klare Begrenzung zu entscheiden, dass nur Verfassungsorgane (und bestimmte Teile von ihnen) taugliche Prozessparteien solcher Verfassungsstreitigkeiten sind.

⁴⁴⁹ Art. 131 Abs. 1 Hessische Verfassung nannte die Verfahren, über die der Staatsgerichtshof zu entscheiden hat, und spricht hierbei u. a. von „Verfassungsstreitigkeiten“, ohne zu sagen, über welchen Gegenstand und zwischen welchen Beteiligten oder Organen. Art. 131 Abs. 2 HessVerfassung enthielt eine allgemeine Aufzählung der Antragsberechtigten, ohne anzugeben, auf welches der sehr verschiedenen Verfahren des ersten Absatzes sich jeweils die Antragsberechtigung bezog (vgl. Günther [Fußn. 205], S. 655 f.). Erst das Hessische Gesetz über den Staatsgerichtshof vom 12. Dezember 1947 (Hess-GVBl. 1948, 3) schränkte den Kreis der zulässigerweise an „Verfassungsstreitigkeiten“ Beteiligten ein (vgl. Barwinski in: Zinn/Stein [Fußn. 287], Art. 131 - 133, S. 20), und zwar — wie in Bayern — auf „Staatsorgane“ (vgl. § 44 Satz 2 dieses Gesetzes, der auf den Katalog der Antragsberechtigten [§ 17 Abs. 2 a. F.] verwies). Dass in § 44 Satz 2 a. F. statt richtigerweise auf den 2. Absatz auf den 3. Absatz des § 17 a. F. verwiesen wurde, war ein „offenbares Redaktionsversehen“ (Jürgen Gehb: Verfassung, Zuständigkeiten und Verfahren des Hessischen Staatsgerichtshofs, Baden-Baden 1987, S. 196); vgl. jetzt die genauere Regelung in § 42 Abs. 1 und 2 n. F. HessStGHG [Neufassung Hess-GVBl. I 2001, S. 78] und Günther [Fußn. 205], S. 650 ff.

⁴⁵⁰ Vgl. Art. 91 und 92 Verfassung Württemberg-Baden.

⁴⁵¹ S. o. Text vor und bei Fußn. 60.

⁴⁵² Art. 130 Abs. 1 Verfassung für Rheinland-Pfalz: Verfahren bei Verfassungswidrigkeit der „Handlung eines Staatsorgans“.

⁴⁵³ Text oben nach Fußn. 379.

ihn der Herrenchiemseer Entwurf für ein Grundgesetz als Nr. 2 des Art. 98 übernahm. „Die Schaffung einer verfassungsgerichtlichen Zuständigkeit für Streitigkeiten zwischen den Organen des Bundes war von Anfang an ein fester Bestandteil der Pläne für die Errichtung einer mit weit reichenden Kompetenzen ausgestatteten Bundesverfassungsgerichtsbarkeit.“⁴⁵⁴ Die weiteren Beratungen zum Grundgesetz hielten an der Einführung einer Organklage fest⁴⁵⁵. Sprachlich gegenüber dem ersten Entwurf leicht verändert, sachlich aber im Kern unverändert, steht sie als Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG auch heute noch und zwar als die erste Verfahrensform im Katalog der Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts. Das Bundesverfassungsgerichtsgesetz vollendete in seinen Vorschriften über die Organklage (§§ 63 ff.) die Konzeption einer auf bestimmte Verfassungsorgane und deren Teile eindeutig beschränkten Verfahrensart. Soweit es parlamentarische Vorstöße gab, die Organklage zu erweitern,⁴⁵⁶ richteten sie sich keineswegs gegen die klare Eingrenzung der Beteiligten. Das Modell der auf bestimmte Antragsteller und Antragsgegner beschränkten bayerischen Organklage stand nicht zur Diskussion.⁴⁵⁷ Die Vorstöße wollten vielmehr die Organklage über Streitentscheidungen hinaus auch für Zweifelsfragen und Unsicherheiten öffnen⁴⁵⁸.

[4]. *Das bayerische Vorbild in der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts*

In seiner ersten grundlegenden⁴⁵⁹ Entscheidung — im Streit zwischen der Regierungskoalition und der Opposition über den Vertrag zur Europäischen Verteidigungsgemeinschaft [EVG] — bezog sich das Bundesverfassungsgericht zur Begründung seiner (restriktiven) Haltung mehrfach auch auf die bayerische Organklage⁴⁶⁰ und verdeutlichte dadurch die Kontinuität zwischen ihr und der grundgesetzlichen Regelung des Organstreits.

⁴⁵⁴ Grote (Fußn. 138), S. 89; vgl. etwa Geiger, BVerfGG (Fußn. 288), § 63 Anm. 3 (S. 208).

⁴⁵⁵ Vgl. BVerfGE 2, 143 (153 f.) — EVG-Organstreit; Grote (Fußn. 138), S. 90 f. mit weit. Nachw. Über die Diskussionen im Parlamentarischen Rat, die Organklage aus dem Zuständigkeitskatalog zu streichen, vgl. Pestalozza, Verfassungsprozeßrecht (Fußn. 329), § 7 Rdnr. 5 (S. 98); Wieland in: Dreier (Fußn. 210), Art. 93 Rdnr. 16.

⁴⁵⁶ Z. B. Entwurf eines Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht. Antrag der Bundestagsfraktion der SPD, Verhandlungen des Deutschen Bundestages, I. Wahlperiode, Anlagen zu den Stenographischen Berichten, Band I, Nr. 328, abgedruckt auch bei Schiffers (Fußn. 408), S. 21 ff.

⁴⁵⁷ Es wäre auch merkwürdig gewesen, wenn die SPD das Modell der auf bestimmte Beteiligte begrenzten Organklage zu verwässern versucht hätte, nachdem ein so prominenter Sozialdemokrat wie Zinn mit Recht vor der Gefahr einer „Uferlosigkeit“ von Verfassungsstreitigkeiten gewarnt hatte (vgl. o. Fußn. 209).

⁴⁵⁸ § 36 Abs. 1 Satz 1 des in Fußn. 456 zitierten Entwurfes: „Das Bundesverfassungsgericht entscheidet, wenn Streit, Zweifel oder Unsicherheit über die Auslegung oder Anwendung des Grundgesetzes herrschen.“ Vgl. hierzu BVerfGE 2, 143 (155) — EVG-Organstreit.

⁴⁵⁹ Grote (Fußn. 138), S. 96. Vorangegangen waren die vier Organstreitigkeiten BVerfGE 1, 115; 1, 144 und 1, 351 sowie 1, 372.

⁴⁶⁰ BVerfGE 2, 143 (152 [zweiter Absatz], 156 [zweiter Absatz], 175 f. [sub b]); vgl. auch S. 150 [sub 3] mit dem Hinweis auf die „neuen süddeutschen Landesverfassungen“ — EVG-Organstreit.

*ee. Das Anklage- und das Verbotsverfahren**[1]. Das Parteiverbotsverfahren*

Vom Anbeginn der bayerischen Verfassungsberatungen stand fest, dass die neue Staatsordnung als „wehrhafte Demokratie“⁴⁶¹ staatsgerichtliche Verfahren haben müsse, um verfassungsfeindliche Wählergruppen von Wahlen und Abstimmungen auszuschließen.⁴⁶² Es war für die Verfasser des bayerischen Entwurfs für den Herrenchiemseer Konvent selbstverständlich, die entsprechende Kompetenz des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (Art. 15 Abs. 2, Art. 62 BV) in ihr Dokument aufzunehmen (Art. 62 Nr. 2⁴⁶³). In Herrenchiemsee wurde hieraus das Parteiverbotsverfahren (Art. 98 Nr. 6, Art. 47 Abs. 4), eng zusammenhängend mit dem schon dort entworfenen Parteienprivileg (Art. 47 Abs. 4 Satz 3)⁴⁶⁴. Ohne inhaltliche Änderungen ist diese Materie jetzt in Art. 21 GG geregelt.⁴⁶⁵

[2]. Die Abgeordnetenanklage

Auch für die in einigen deutschen Ländern verankerte, praktisch allerdings bisher unbedeutende⁴⁶⁶ Abgeordnetenanklage wird die bayerische Verfassungsgerichtsbarkeit als „Vorbild“ genannt⁴⁶⁷. Diese Aussage ist insoweit richtig, als in der Weimarer Zeit Bayern das erste größere deutsche Land war, das die Abgeordnetenanklage im Jahr 1925 einführte⁴⁶⁸, während sie vorher zunächst nur „an zwei entlegenen Stellen“⁴⁶⁹ — in den Verfassungen von Anhalt und Mecklenburg-Schwerin — vorgesehen war⁴⁷⁰. Dieses Anklageverfahren übernahm die Bayerische Verfassung von 1946 in Art. 61 BV.⁴⁷¹ Bereits der bayerische Entwurf für Herrenchiemsee verzichtete auf dieses Verfahren⁴⁷², folgerichtig auch der Herrenchiemseer Entwurf⁴⁷³ und dann auch das Grundgesetz.

⁴⁶¹ S. o. Fußn. 162.

⁴⁶² S. o. Text bei Fußn. 157 ff. sowie Fußn. 181, 184, 297.

⁴⁶³ Text oben nach Fußn. 379.

⁴⁶⁴ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee (Fußn. 376).

⁴⁶⁵ Zum Verhältnis der bayerischen Verbotbestimmungen gegenüber Wählergruppen (Art. 15 Abs. 2, Art. 62 BV) zu Art. 21 GG vgl. Schumann in: Bayerischer Verfassungsgerichtshof, Festschrift 1972 (Fußn. 445), S. 282 f., 285 f.

⁴⁶⁶ Zur Staatspraxis bei der Abgeordnetenanklage: Katrin Stein (Fußn. 156), S. 453 f.

⁴⁶⁷ So Peter Badura: Die Stellung des Abgeordneten nach dem Grundgesetz und den Abgeordnetengesetzen in Bund und Ländern, in: Hans-Peter Schneider/Wolfgang Zeh (Hrsg.): Parlamentsrecht und Parlamentspraxis in der Bundesrepublik Deutschland, Berlin-New York 1989, S. 489 (515 [Rdnr. 76]).

⁴⁶⁸ Vgl. o. Text bei Fußn. 219 ff.

⁴⁶⁹ So Hans Erbler: Der innere Ehrenschatz der altständischen und neueren Vertretungskörperschaften, Leipzig 1935, S. 108.

⁴⁷⁰ Vgl. Erbler (Fußn. 469), S. 108 ff.; v. Jan (Fußn. 220), AöR 48 (1925), S. 315, 332 ff.; Scheel (Fußn. 137), S. 9.

⁴⁷¹ Vgl. oben Text zu Fußn. 217 ff., 295, 316.

⁴⁷² Bayerischer Entwurf eines Grundgesetzes für den Verfassungskonvent (Fußn. 379).

⁴⁷³ Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee (Fußn. 376).

c. Die Gerichtsverfassung des Bundesverfassungsgerichts

aa. Kein eigener Abschnitt des Grundgesetzes für das Bundesverfassungsgericht

Vergleicht man die Texte der Bayerischen Verfassung und des Grundgesetzes muss man beim Thema „Verfassungsorgan und eigener Abschnitt“ von einer leider fehlenden bayerischen Vorreiterrolle sprechen. Das bayerische Vorbild, den Verfassungsgerichtshof in einem eigenen Abschnitt der Verfassung verankert zu haben⁴⁷⁴, blieb — trotz dessen Übernahme durch den Herrenchiemsee Konvent⁴⁷⁵ — dem Bundesverfassungsgericht versagt; es ist im Abschnitt „Rechtsprechung“ des Grundgesetzes neben den anderen Gerichten des Bundes und neben weiteren justiziellen Bestimmungen aufgeführt — immerhin an erster Stelle (vgl. Art. 93 f.).⁴⁷⁶

bb. Keine grundgesetzliche Anerkennung des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan

Damit hängt ein weiterer Schönheitsfehler eng zusammen. Während in Bayern aus der Verfassung klar erkennbar ist, dass es sich beim Bayerischen Verfassungsgerichtshof um ein Verfassungsorgan handelt⁴⁷⁷, findet sich im Text und Aufbau des Grundgesetzes keine ausdrückliche Anerkennung des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan⁴⁷⁸. Doch der *lex scripta* ist dadurch Genüge getan, dass der „einfache“ Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 BVerfGG bekundet hat, auch das Bundesverfassungsgericht sei ein Verfassungsorgan.⁴⁷⁹

Diese sicher nicht schwerwiegenden Fehler werden durch die klare Konzeption des Parlamentarischen Rates über die Rechtsprechung aufgewogen. In Vollendung des Herrenchiemseer Entwurfs, der die „Gerichtsbarkeit“ als „dritte Staatsfunktion“ neben Gesetzgebung und Verwaltung bezeichnete, sieht nunmehr Art. 92 GG „die rechtspre-

⁴⁷⁴ Vgl. o. Text bei Fußn. 189 f.

⁴⁷⁵ S. o. Text nach Fußn. 385.

⁴⁷⁶ Hierzu z. B. Stern in: Dolzer/Kahl/Waldhoff/Graßhof, BK (Fußn. 69), Art. 93 Rdnr. 12. Vorbild war wohl die Verfassung von Württemberg-Baden, die für den Staatsgerichtshof keinen eigenen Abschnitt vorsah, sondern ihm nur einen der Artikel (Art. 91) im Abschnitt „Rechtspflege“ widmete.

⁴⁷⁷ Vgl. o. Text bei und in Fußn. 191.

⁴⁷⁸ Anders als heute war zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes nicht selbstverständlich, dass das Bundesverfassungsgericht ein Verfassungsorgan des Bundes ist. So sah Hans Nawiasky als Bundesorgane (nur) das Volk, den Bundestag, den Bundesrat, die Bundesregierung und den Bundespräsidenten an (Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart-Köln 1950, S. 77 und 54); im Bundesverfassungsgericht erblickte er kein Bundesorgan. Zur Qualität als Verfassungsorgan z. B. Herbert Bethge in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge (Fußn. 288), § 1 [Stand Juli 2007] Rdnr. 16 ff.

⁴⁷⁹ Aus der Eigenschaft als Verfassungsorgan ergeben sich nicht unwichtige protokollarische, haushalts- sowie richter- und sonstige dienstrechtliche Folgen. Andererseits lassen sich aus dieser Eigenschaft „keine weiteren Kompetenzen ableiten, die sich nicht schon aus dem Grundgesetz selbst ergeben“ (Andreas Voßkuhle in: v. Mangoldt/Klein/Starck: GG, 6. Aufl., München 2010, Art. 93 Rdnr. 28 ff.; genauso Bethge, [Fußn. 478], § 1 Rdnr. 33 ff.; Christian Hillgruber in: Hillgruber/Christoph Goos: Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2006, Rdnr. 8 f. [S. 4]).

chende Gewalt“ als dritte Staatsgewalt⁴⁸⁰ an, die (ausschließlich) den Richtern anvertraut ist.

cc. Berufsrichter – Drillings- oder Zwillingsgericht

Wie in Bayern unterscheidet der Verfassungstext des Bundes zwei Arten von Verfassungsrichtern, einerseits die als Bundesrichter bereits tätigen Volljuristen⁴⁸¹, andererseits weitere Richter⁴⁸²; sämtliche Richter sind — wie in Bayern — parlamentarisch legitimiert⁴⁸³. Damit erschöpft sich allerdings die Verwandtschaft. Das nicht überzeugende Modell des bayerischen Drillingsgerichts (unterschiedliche Richterbesetzung je nach dem Streitgegenstand⁴⁸⁴) hat mit dem (ebenso nicht glücklichen⁴⁸⁵) Zwillingsgericht des Bundes — zwei parallele Spruchkörper (§ 2 Abs. 1 BVerfGG) — nichts gemein. Die Besetzung des Bundesverfassungsgerichts ausnahmslos mit Volljuristen (§ 3 Abs. 2 BVerfGG) entspricht der bayerischen Regelung⁴⁸⁶, dass jedenfalls über die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen nur Berufsrichter und nicht Parlamentarier entscheiden dürfen.

V. FÜNFTER TEIL. ZUSAMMENFASSUNG

Der Zeitraum vom Ende des Zweiten Weltkriegs bis zu der Entstehung des neuen, geteilten Deutschlands gehört zu den bedeutendsten Abschnitten der jüngeren deutschen Geschichte. Nach zwölfjähriger Diktatur begann der Aufbau, auch in juristischer Hinsicht.

1. Grundlegendes Ziel der Rechtsentwicklung in den drei Westzonen war die Wiederbelebung der von den Nationalsozialisten beseitigten rechtsstaatlichen Traditionen. Hervorzuheben sind die Wiedereinführung und Stärkung einer unabhängigen Justiz⁴⁸⁷, der Rechtsschutz gegen den Staat⁴⁸⁸ sowie die Wiedereinführung und Erweiterung einer unabhängigen Verfassungsgerichtsbarkeit⁴⁸⁹.

2. Trotz des von den Siegermächten am 30. April 1945 eingesetzten Kontrollrats, der für alle Fragen zuständig war, die Deutschland als Ganzes betrafen, kam es nicht zu ei-

⁴⁸⁰ Vgl. Schumann in: BGH-Festgabe (Fußn. 378), S. 5 f. mit weit. Nachw.

⁴⁸¹ Art. 94 Abs. 1 Satz 1 (1. Alt.) GG. Von den acht Mitglieder jedes Senats (§ 2 Abs. 2 BVerfGG) sind jeweils drei Bundesrichter (§ 2 Abs. 3 Satz 1 BVerfGG).

⁴⁸² Art. 94 Abs. 1 Satz 1 (2. Alt.) GG.

⁴⁸³ Je zur Hälfte von Bundestag und Bundesrat gewählt, Art. 94 Abs. 1 Satz 2 GG. Zur nicht unproblematischen Praxis des Wahlverfahrens vor allem Voßkuhle in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Fußn. 479), Art. 94 Rdnr. 14 f.

⁴⁸⁴ S. o. Text bei Fußn. 314 ff.

⁴⁸⁵ Hans Hugo Klein: Gedanken zur Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Festschrift für Klaus Stern (Fußn. 409), S. 1135 (1150).

⁴⁸⁶ S. o. Text bei Fußn. 299.

⁴⁸⁷ Oben Text bei Fußn. 2.

⁴⁸⁸ Oben Text bei Fußn. 9.

⁴⁸⁹ Oben Text bei Fußn. 15.

ner einheitlichen deutschen Rechtsentwicklung; Aufgrund der unterschiedlichen Interessen der Besatzungsmächte war die Entwicklung vielmehr durch eine Regionalisierung gekennzeichnet.⁴⁹⁰

3. Ende des Jahres 1946 traten in den drei Ländern der amerikanischen Besatzungszone in bemerkenswert kurzer Zeit verschiedene Verfassungen in Kraft, am 8. Dezember 1946 die Bayerische Verfassung.⁴⁹¹

4. Die Bayerische Verfassung besitzt — wie die Hessische und Württemberg-Badische Verfassung als die beiden anderen gleichzeitig entstandenen Länderverfassungen in der amerikanischen Zone — eine doppelte demokratische Legitimation:⁴⁹² Zunächst wurde der Entwurf von einem nur für den verfassungsgebenden Zweck vom Volk gewählten Gremium, der Verfassungsgebenden Landesversammlung, beschlossen. Daran anschließend fand außerdem eine Volksabstimmung über die Verfassung statt. Dem Grundgesetz fehlt demgegenüber eine derartige demokratische Legitimation.⁴⁹³

5. Die Entstehung der Bayerischen Verfassung lässt sich in fünf Stufen einteilen:⁴⁹⁴

a) Die erste Stufe bildet der Entwurf Wilhelm Hoegners für eine „Verfassung des Volksstaates Bayern“, der sog. Hoegner-Entwurf.⁴⁹⁵

b) Der am 8. März 1946 unter Hoegners Vorsitz zusammentretende Vorbereitende Verfassungsausschuss markiert die zweite Stufe.⁴⁹⁶ Er legte am 24. Juni 1946 einen vollständigen Entwurf für eine Bayerische Verfassung vor.

c) Am 30. Juni 1946 fanden in Bayern Wahlen für die Mitglieder der Verfassungsgebenden Landesversammlung statt. Sie trat am 15. Juli 1946 zusammen und setzte einen Verfassungs-Ausschuss ein. Dieser Ausschuss übernahm die eigentliche Sacharbeit und entwarf eine Verfassung. Mit dem Abschluss seiner Beratungen am 22. Oktober 1946 endete die dritte Stufe.⁴⁹⁷

d) Auf der vierten Stufe beschäftigte sich das Plenum der Verfassungsgebenden Landesversammlung am 26. Oktober 1946 mit der von dem Verfassungs-Ausschuss ausgearbeiteten Verfassung und billigte sie.⁴⁹⁸ Die amerikanische Militärregierung genehmigte sie anschließend.

e) Der Volksentscheid vom 1. Dezember 1946 bildet schließlich die fünfte Stufe. Mit einer Mehrheit von 70,6 % der gültigen Stimmen nahm das bayerische Volk die Verfas-

⁴⁹⁰ Oben Text bei Fußn. 27.

⁴⁹¹ Oben Text bei Fußn. 55.

⁴⁹² Oben Text bei Fußn. 65.

⁴⁹³ Oben Text bei Fußn. 67.

⁴⁹⁴ Oben Text bei Fußn. 71.

⁴⁹⁵ Oben Text bei Fußn. 73.

⁴⁹⁶ Oben Text bei Fußn. 75.

⁴⁹⁷ Oben Text bei Fußn. 97.

⁴⁹⁸ Oben Text bei Fußn. 102.

sung an. Nach ihrer Ausfertigung durch Wilhelm Hoegner am Folgetag wurde die Verfassung am 8. Dezember 1946 verkündet und trat damit in Kraft.⁴⁹⁹

6. Diesen fünf Stufen entsprechend gestaltet sich auch die Entstehung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs. Hierbei zeigt sich von Stufe zu Stufe eine deutliche Tendenz, die verfassungsprozessualen Regelungen sowohl zu verfeinern als auch die Zuständigkeiten zu erweitern.⁵⁰⁰

a) Bereits der Hoegner-Entwurf auf der ersten Stufe sah eine weitgespannte Verfassungsgerichtsbarkeit vor.⁵⁰¹ Hoegner knüpfte dabei an den Bayerischen Staatsgerichtshof der Bamberger Verfassung von 1919 an und verankerte einen Gerichtshof mit den Zuständigkeiten des früheren Bayerischen Staatsgerichtshofs für Verfassungsstreitigkeiten, Verfassungsbeschwerden und Ministeranklagen.⁵⁰² Hoegner fügte diesen Zuständigkeiten die Kompetenzen für den Ausschluss von verfassungsfeindlichen Wählergruppen und für das Wahlprüfungsverfahren hinzu, schloss aber ein materielles Richterliches Prüfungsrecht und damit die verfassungsgerichtliche Normenprüfung durch den erkennenden Richter ausdrücklich aus.⁵⁰³

b) Der Vorbereitende Verfassungsausschuss auf der zweiten Stufe änderte den Hoegner-Entwurf kaum ab.⁵⁰⁴

c) Der Verfassungs-Ausschuss auf der dritten Stufe befürwortete weitere wesentliche Kompetenzen; die Tendenz ist erkennbar, eine möglichst umfassende Verfassungsgerichtsbarkeit einzuführen.⁵⁰⁵ Neben formalen Änderungen anerkannte der Verfassungsausschuss den Verfassungsgerichtshof als Verfassungsorgan.⁵⁰⁶ Historisch verdienstvoll war die Einführung des Verfahrens der Organklage⁵⁰⁷. Außerdem weitete der Ausschuss die Anklageverfahren auf die Abgeordnetenanklage aus⁵⁰⁸. Eine weitere herausragende Leistung des Verfassungs-Ausschusses betraf das Richterliche Prüfungsrecht. Anders als die bisherigen Vorschläge sah der Entwurf des Verfassungs-Ausschusses ein materielles Richterliches Prüfungsrecht vor und spaltete es auf in eine Prüfungscompetenz (die jedem Richter zusteht) und eine Verwerfungscompetenz (die dem Verfassungsgerichtshof vorbehalten ist); gleichzeitig bejahte der Verfassungs-Ausschuss das Recht jedes Richters, den Verfassungsgerichtshof unmittelbar anzurufen.⁵⁰⁹ Auf diese Weise gründete sich das Modell des Richterlichen Prüfungsrechts auf die zwei Säulen einer Aufspaltung dieses Rechts und einer Vorlagebefugnis jedes Richters unmittelbar an den Verfassungs-

⁴⁹⁹ Oben Text bei Fußn. 105.

⁵⁰⁰ Oben Text bei Fußn. 121.

⁵⁰¹ Oben Text bei Fußn. 122.

⁵⁰² Oben Text bei Fußn. 123.

⁵⁰³ Oben Text bei Fußn. 157.

⁵⁰⁴ Oben Text bei Fußn. 179.

⁵⁰⁵ Oben Text bei Fußn. 182.

⁵⁰⁶ Oben Text bei Fußn. 191.

⁵⁰⁷ Oben Text bei Fußn. 199.

⁵⁰⁸ Oben Text bei Fußn. 217.

⁵⁰⁹ Oben Text bei Fußn. 223.

gerichtshof⁵¹⁰. Damit verwirklichte der Verfassungs-Ausschuss erstmals ein prozessuales Modell, das zum Vorbild zunächst für die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit wurde und später für das Europäische Prozessrecht.⁵¹¹

d) Auf der vierten Stufe übernahm das Plenum der Verfassungsgebenden Landesversammlung zunächst die Vorschläge des Verfassungs-Ausschusses.⁵¹² Zusätzlich entschloss es sich, in Normenprüfungsverfahren nur Berufsrichter judizieren zu lassen⁵¹³ und dem Verfassungsgerichtshof die allgemeine Aufgabe zu übertragen, Rechtssätze für nichtig zu erklären, die ein Grundrecht verfassungswidrig einschränken (Art. 98 Satz 4 BV als Grundlage der Popularklage).⁵¹⁴

e) Als fünfte Stufe nahm das bayerische Volk mit dem Volksentscheid vom 1. Dezember 1946 diese Regelungen an.⁵¹⁵

7. Mit den verfassungsprozessualen Regelungen in der Verfassung hörte die Tendenz zu einer immer umfangreicheren Ausgestaltung des Verfassungsprozessrechts in Bayern nicht auf. Das Gesetz über den Bayerischen Verfassungsgerichtshof von 1947 präzisierte und erweiterte die ohnehin schon umfassende Kompetenzordnung insbesondere durch die Einführung der Popularklage.⁵¹⁶

8. Die Entstehungsgeschichte der bayerischen Verfassungsgerichtsbarkeit lässt erkennen, dass die amerikanische Militärregierung dem bayerischen Verfassungs- und Gesetzgeber inhaltlich weitgehend freie Hand gelassen hat. Ihr Einfluss lag eher auf der formalen Ausgestaltung des Verfahrens der Entstehung der Verfassung. Bei den Vorschriften über die Verfassungsgerichtsbarkeit ist jedoch die amerikanische Einflussnahme gleichermaßen unübersehbar wie erheblich.⁵¹⁷

9. Die bayerischen verfassungsgerichtlichen Regelungen übten einen großen Einfluss auf die Entstehung der entsprechenden Teile des Grundgesetzes aus.⁵¹⁸ Offenkundig war die Überzeugungskraft, die von dem bayerischen Modell mit seiner umfassenden Verfassungsgerichtsbarkeit ausging, erheblich⁵¹⁹. So sind die Entwicklungslinien von der Bayerischen Verfassung über die Entwürfe für das Grundgesetz bis zur heutigen Ausgestaltung der Zuständigkeiten des Bundesverfassungsgerichts unübersehbar⁵²⁰. Die Vorreiterrolle Bayerns für das Bundesverfassungsgericht betrifft vor allem die Verfassungs-

⁵¹⁰ Oben Text bei Fußn. 288.

⁵¹¹ Oben Text bei Fußn. 253.

⁵¹² Oben Text bei Fußn. 292.

⁵¹³ Oben Text bei Fußn. 298.

⁵¹⁴ Oben Text bei Fußn. 300.

⁵¹⁵ Oben Text bei Fußn. 319.

⁵¹⁶ Oben Text bei Fußn. 322.

⁵¹⁷ Oben Text bei Fußn. 364.

⁵¹⁸ Oben Text bei Fußn. 373.

⁵¹⁹ Oben Text bei Fußn. 395.

⁵²⁰ Oben Text bei Fußn. 373.

beschwerde⁵²¹, das Richterliche Prüfungsrecht (die konkrete Normenkontrolle)⁵²², die Organklage⁵²³ und das Parteiverbotsverfahren⁵²⁴ sowie die Anerkennung des Bundesverfassungsgerichts als Verfassungsorgan⁵²⁵. Mittelbar kommt Bayern auch gegenüber den Verfassungsgerichtsbarkeiten der anderen deutschen Länder insoweit eine Vorreiterrolle zu, als sie sich am Beispiel des Bundesverfassungsgerichts orientieren.⁵²⁶

⁵²¹ Oben Text bei Fußn. 403.

⁵²² Oben Text bei Fußn. 424.

⁵²³ Oben Text bei Fußn. 446.

⁵²⁴ Oben Text bei Fußn. 461.

⁵²⁵ Oben Text bei Fußn. 479.

⁵²⁶ Oben Text bei Fußn. 397.

Rechtsstaat im (Wieder-) Aufbau

Udo Steiner

I. DER ANFANG

„Angesichts des Trümmerfeldes, in das eine Staats- und Gesellschaftsordnung ohne Gott, ohne Gewissen und ohne Achtung vor der Würde des Menschen die Überlebenden des Zweiten Weltkriegs geführt hat“, formuliert die Präambel der Bayerischen Verfassung von 1946. Vom „Blick auf Deutschland in Trümmern und Tränen“ spricht Carlo Schmid als Mitglied des Herrenchiemseer Konvents noch 1948.¹ Das ist der moralische, militärische und rechtliche Ausgangspunkt der auf 1945 folgenden Jahre, die Vieles sind, aber vor allem eben auch Jahre des Wiederaufbaus des Rechtsstaats im westlichen Deutschland. Staatsrechtlich ist es – anscheinend oder scheinbar – die berühmte Stunde „Null“. Der bedingungslosen militärischen Kapitulation vom 8. Mai 1945 folgt am 5. Juni 1945 die in der sog. Berliner Erklärung² verkündete politische Kapitulation, mit der die Alliierten Siegermächte die oberste Regierungsgewalt in Deutschland übernehmen.³ Alle Befugnisse der deutschen Regierung, des Oberkommandos der Wehrmacht und der Regierungen, Verwaltungen und Behörden der Länder, Städte und Gemeinden, gehen auf die Alliierten Siegermächte über.⁴ In nichts mehr sind die Deutschen Herr in ihrem Haus, und sie sind es auch nicht in Bezug auf ihr Rechtswesen. Nicht nur die Amerikaner in ihrer Besatzungszone, die westlichen Alliierten allgemein wollen Deutschland auf den Weg des Rechtsstaates bringen. Die Proklamation Nr. 3 des Kontrollrats der Besatzungsmächte vom 26. Oktober 1945 formuliert, was die fundamentalen Grundsätze der Rechtsreform als Grundlage eines demokratischen Gemeinwesens sein sollen: Es ist vor allem eine Rechtsprechung in Übereinstimmung mit den Grundsätzen der Gleichheit vor dem Gesetz, des öffentlichen Prozesses ohne Aufschub, des Rechtsbeistandes zur Verteidigung. Schließlich, nahe liegend: Kein Verbrechen darf aufgrund des sog. gesunden Volksempfindens definiert werden.

Dieser Aufbruch in den Rechtsstaat, von den Besatzungsmächten erzwungen und doch auch von den Deutschen gewollt, soll im Folgenden skizziert werden in drei Schwer-

¹ Zit. nach Horst Sacker, in: Fürst/Herzog/Umbach (Hrsg.), Festschrift Wolfgang Zeidler, 1987, Bd. 1, S. 268.

² Dazu Michael Stolleis, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. 1, 3. Aufl. 2003, § 7 Rn. 25 ff.

³ Einzelheiten zur Situation des deutschen Staates unter der Besatzungsherrschaft bei Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V: Die geschichtlichen Grundlagen des Staatsrechts, 2000, S. 909 ff.; Stolleis (Fn. 2), § 7 und Georg-Christoph von Unruh, Der Weg zur Bundesrepublik Deutschland, in: Deutsche Verwaltung zwischen 1945 und 1949, 1987, S. 87 ff. (dort jeweils mit Nachweisen zu den im Folgenden zitierten besatzungsrechtlichen Rechtsgrundlagen).

⁴ Dazu und zum Folgenden Dieter Waibel, Von der wohlwollenden Despotie zur Herrschaft des Rechts. Entwicklungsstufen der amerikanischen Besatzung Deutschlands 1944 – 1949, 1996, S. 1. Siehe auch Stern (Fn. 3), S. 1021 ff.

punkten von unterschiedlichem Gewicht, aber keiner ganz unwichtig als Schritt auf dem Weg zum Rechtsstaat: Juristenausbildung und Rechtswissenschaft, die Rechtsentwicklung, insbesondere der Weg zum verfassten Rechtsstaat, sowie institutionelle Entwicklungen und dabei insbesondere der Aufbau der Gerichte.

1. Juristenausbildung und Rechtswissenschaft

a. Juristenbedarf und Bedarfsdeckung

(1) Deutschland benötigt nach 1945 Juristen. Rechtsstaat ohne Juristen kann es nicht geben. Die Juristischen Fakultäten nehmen zum WS 1945/1946 und danach ihren Lehrbetrieb wieder auf, soweit es die räumliche Situation ermöglicht und Lehrpersonal zur Verfügung steht. Die Studierenden – meist Kriegsteilnehmer – sitzen in Mänteln in ungeheizten Räumen, arbeiten mit hektographierten Skripten auf dünnstem Papier, hören Römisches Recht und Sachenrecht, mehr Verfassungsgeschichte als Verfassungsrecht. Um die sog. Kriegsassessoren und deren kriegsbedingten Verlust an Wissen kümmert sich die gerichtliche Praxis. Nicht wenige der Hochschullehrer sind politisch belastet. Aber man benötigt sie für den Lehr- und Forschungsbetrieb. Anders als bei der Deutschen Wiedervereinigung 1990 kann man nicht auf rechtsstaatlich ausgebildete Universitätsjuristen aus Westdeutschland zurückgreifen. Nicht selten gehören die belasteten Professoren zu den besten Köpfen ihres Faches. Auch darin ist ein Unterschied zwischen 1945 und 1990 begründet. Die juristischen Ausbildungsstätten in der Deutschen Demokratischen Republik haben regelmäßig keine Rechtslehrer hervorgebracht, deren Qualität einer differenzierten und komplexen Rechtsordnung wie der der Bundesrepublik Deutschland 1990 gerecht werden konnte. 1945 steht keine unbelastete Nachfolge- oder Ersatzgeneration zur Verfügung.⁵ Die Amerikaner erkennen übrigens relativ früh, dass die Erziehung der jüngeren deutschen Juristen zu Rechtsstaatlichkeit und Achtung der Menschenrechte eine Schlüsselfrage der nachhaltigen Demokratisierung Deutschlands ist. Sie legen allerdings erst im Februar 1949 ein geeignetes „Cultural Exchange Program“ auf.⁶ Es gehört zu den Paradoxien der deutschen Nachkriegsstaatsrechtslehre, dass das erste Lehrbuch zum neuen deutschen demokratischen und rechtsstaatlichen Staatsrecht aus der Feder von Theodor Maunz stammt,⁷ den man wegen seiner wissenschaftlichen Veröffentlichungen wohl zu den belasteten Staatsrechtslehrern des Dritten Reichs rechnen muss. 1945/1946 hilft er in den Senaten des BayVGH als Hilfsrichter aus. Er berät

⁵ Dazu Walter Pauly, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Verfassungs- und Verfassungsprozessrecht, in: Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 883 ff.

⁶ Waibel (Fn. 4), S. 282.

⁷ Pauly (Fn. 5), S. 887.

als Hochschullehrer in Freiburg das Land Baden in Staatsrechtsfragen.⁸ In Bayern gelingt ihm eine glänzende akademische und politische Karriere.⁹

(2) Es fehlt der Juristenausbildung nicht nur an Räumen, Literatur und Sachmitteln. Es fehlt auch an Ausbildungs- und Prüfungsordnungen für Studierende und Referendare. Es gibt also zunächst noch keine Staatsprüfungen für Juristen¹⁰ (was nur vordergründig ein angenehmer Zustand zu sein scheint). Das Problem des Juristenmangels haben allerdings auch bis 1948 die amerikanischen Militärgerichte, die, weil die deutsche Gerichtsbarkeit aufgelöst ist, an die Stelle deutscher Gerichte treten und als Straferichte überlastet sind. Die Militärgerichte sprechen zunächst Recht durch juristisch nicht ausgebildete Militärs, und dies führt zu beachtlichen rechtsstaatlichen Mängeln: Nichtbeachtung von Verfahrensgarantien, uneinheitliche Strafzumessung, ein offenbar nicht selten völlig überzogenes Strafmaß.¹¹ Dies ist für die amerikanische Besatzungsmacht eine unangenehme Erfahrung, weil gerade ihre Gerichtsbarkeit den Deutschen auch vermitteln soll, was im Gerichtsverfahren rechtsstaatliche Bedingungen bedeuten. Man kann es deshalb durchaus als eine historische Pointe bezeichnen, dass die zuständigen Stellen in Washington und Berlin im Juli 1947 ein Programm für die amerikanische Justiz in Deutschland mit dem Ziel starten: „The return to rule of law“.¹²

2. Die juristischen Fachzeitschriften

(1) Die bedeutende Tradition der juristischen Fachzeitschriften in Deutschland wird 1945 und in den folgenden Jahren trotz schwierigster äußerer Bedingungen wieder belebt. Einige Fachzeitschriften starten neu, andere knüpfen zumindest an die Tradition früherer Fachzeitschriften an. Redaktionen haben es schwer. Briefe dauern über die Besatzungszonen hinweg fünf Tage und mehr.¹³ Will man sich treffen, muss man sich Einreiseerlaubnisse in die jeweiligen Besatzungszonen verschaffen. Es soll in jedem Fall Neustart sein und zugleich Anknüpfung an die gute Rechtstradition. Die MDR erinnert 1947 in Heft 1 an das große Prinzip: *Justitia regnorum fundamentum. Zur Übersicht wollen die Fachzeitschriften beitragen in einem höchst unübersichtlichen Rechtsraum. Herausgeber und Verlag der NJW klagen im Geleitwort vom Oktober 1947: Der Kontrollrat erlässt Gesetze mit Wirkung für alle Länder. Die Militärregierung in jeder der vier Zonen behält sich vor, Gesetze für ihren Zonenbereich zu dekretieren. Die deutschen Regierungen geben für ihre Länder Gesetze, soweit Militärregierung und Kontrollrat ihnen das Recht hierzu be-*

⁸ Siehe dazu Säcker (Fn. 1), S. 267.

⁹ Zum Ganzen siehe Bettina Limperg, in: E.-W. Böckenförde (Hrsg.), Staatsrecht und Staatsrechtslehre im Dritten Reich, 1985, S. 44 ff.; Birgit von Bülow, Die Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit (1945-1952); 1996, 166ff. Horst Dreier/Walter Pauly, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStRL Bd. 60 (2001), S. 9 ff. und Eva Schumann (Hrsg.), Kontinuitäten und Zäsuren, Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit, 2008.

¹⁰ Siehe dazu Benno Vogel, JR 1947, S. 1 (2 ff.).

¹¹ Waibel (Fn. 4), S. 250 ff.

¹² Waibel (Fn. 4), S. 1, 255.

¹³ Siehe dazu Alfred Flemming, Aus der Gründungsgeschichte der NJW, in: NJW 50 Jahre. Jubiläumsheft 1997, S. 14.

lassen. Der Weg zum Rechtsstaat, der Übersicht voraussetzt über das, was rechtens ist, muss auch ein Weg zur Rechtseinheit werden.

(2) In den Beiträgen geht es naturgemäß um zeitnahe Themen, nicht immer grundsätzlich, aber doch oft existenziell: die Firma des Flüchtlings,¹⁴ die Doppelhehe des vermeintlich Verwitweten,¹⁵ Haftung der Gemeinden für Ruineneinstürze.¹⁶ Es gehört in der juristischen Literatur aber auch die Auseinandersetzung mit Fragen dazu, die man die Volkskriminalität dieser Tage und Jahre nennen könnte: die zivilrechtlichen Wirkungen von Schwarzmarktgeschäften,¹⁷ die listige Sachverschaffung auf dem Schwarzen Markt¹⁸ und natürlich: Schwarzschlachtungen und kein Ende.¹⁹ Es geht um die tägliche Bewältigung von Mangel. Gewissensprobleme hat man deshalb nicht, eher Furcht vor der Entdeckung. Ein Hindernis auf dem Weg zum Rechtsstaat ist es nicht. Es finden sich in den Fachzeitschriften aber auch schon früh Grundsatzbeiträge zum Aufbau von Recht und Rechtsstaat: zur Legitimität der Verfassung,²⁰ zum Aufbau der Gerichtsbarkeit in allen Zweigen, über den Wiederaufbau einer freien Anwaltschaft und über das Verhältnis von Staat und Recht, und natürlich Begrüßungsaufsätze zur Bayerischen Verfassung von 1946 und dann später zum deutschen Grundgesetz.²¹

II. DIE ENTWICKLUNG DES RECHTS UND INSBESONDERE DER WEG ZUM VERFASSTEN RECHTSSTAAT

I. Der Wiederaufbau der staatlich-demokratischen Ordnung

(1) Die amerikanische Besatzungsmacht will den Wiederaufbau des deutschen Rechtsstaats auf demokratischer Grundlage, die Herrschaft des Rule of law. Dies ist eine der primären amerikanischen Besatzungsziele.²² Aber auch die zur Neugestaltung der politischen und rechtlichen Verhältnisse in Deutschland berufenen Deutschen wollen es. Historiker weisen darauf hin, dass auswärtige Mächte an der inneren Gestaltung Deutschlands mehrfach mitgewirkt haben: 1648 schon, weiter in der Zeit von 1800 bis 1815, dann 1918/1919,²³ und nach 1945 zum unstreitigen Vorteil Deutschlands und seiner Rechtsentwicklung. Vor allem die amerikanische Besatzungsmacht leistet Hilfe zur Selbsthilfe, unterstützt die unbelasteten Kräfte des guten Willens, nimmt aber auch Einfluss auf die spä-

¹⁴ Bertermann, NJW 1949, S. 284.

¹⁵ Grund, NJW 1949, S. 293; dazu auch Däubler, NJW 1949, S. 857.

¹⁶ Hans Diester, NJW 1949, S. 538.

¹⁷ Heinz Brandt, MDR 1948, S. 165, 201.

¹⁸ August Wimmer, NJW 1947/48, S. 241.

¹⁹ Günther Witte, NJW 1949, S. 526; Die Notare waren u.a. mit Umstellungs- und Lastenausgleichsverfahren befasst. Siehe Ludwig Röhl, in: DNotzZ Sonderheft 2001, S. 105, 143.

²⁰ Siehe etwa Karl Schmid, DRZ 1946, S. 1.

²¹ Siehe etwa Wilhelm Grewe, DRZ 1949, S. 313.

²² Waibel (Fn. 4), S. 124.

²³ Karl Michaelis, Die Deutschen und ihr Rechtsstaat, 1980, S. 6.

tere Bayerische Verfassung bis zum Abschluss des Verfahrens der Verfassungsgebung.²⁴ Der Rechtsstaat soll einen demokratisch legitimierten Rechtsrahmen erhalten. Rechtsstaat und Demokratie gehören zusammen. Im Verfassungskonvent von Herrenchiemsee stellt Hermann Drexelius²⁵ klar: In einer Demokratie ist das gesetzte Recht grundsätzlich so geartet, dass es keinen Konflikt mit einem demokratischen Gewissen auslösen kann. Er reagiert damit auf Vorschläge im Konvent, den künftigen rechtsstaatlichen Richter – in Abkehr zur (angeblich) formalen Gesetzesanwendung im Dritten Reich – auch auf das Gewissen und nicht nur auf das Gesetz zu verpflichten.²⁶ Die Formulierung von der „Stunde Null“ suggeriert – so Walter Pauly – in ahistorischer Metaphorik einen voraussetzungslosen Neuanfang ohne geschichtliche Vorprägung und Vorbelastung.²⁷ Diesen Neuanfang gibt es 1945 natürlich dankenswerterweise auch in Bezug auf Staat und Recht nicht. Es herrscht zwar das Gefühl des absoluten rechtsstaatlichen Beginns vor. Das liest sich im Geleitwort der Deutschen Richterzeitung vom Januar 1946 so: „Wir müssen neu beginnen, ganz von vorn beginnen mit dem Aufbau der Rechtsgrundlagen, Rechtsetzung, der Justiz, der Verwaltung. Es gibt nichts, das einfach fortgesetzt werden könnte.“ Aufbau des Rechtsstaats in Deutschland nach 1945 ist aber Wiederaufbau des Rechtsstaats der Weimarer Reichsverfassung, ist durchaus Kontinuität. Die Verfassungen der Länder zwischen 1946 und 1949 lehnen sich zumindest redaktionell an das Vorbild der Reichsverfassung von 1919 an.²⁸

(2) Die deutschen Gerichte werden nach dem Kontrollratsgesetz Nr. 4 vom 30. Oktober 1945 in Übereinstimmung mit dem GVG von 1877 umgestaltet. Es ist die Rechtsstaatsidee der WRV: das Gesetz, das die Befugnisse der öffentlichen Gewalt vom Rechtsstatus des Bürgers abgrenzt, seine Rechte und Freiheiten gegenüber dem Staat fixiert, und die Kontrolle der Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns – so drückt es die Staatsrechtslehre 1930/1932, kurz vor Beginn des Dritten Reiches, als den zentralen Gedanken des Rechtsstaats.²⁹ Nichts anderes wollen die deutschen Juristen nach 1945: eine feste Rechtsordnung, unabhängige Richter, Rechtseinheit. Dies ist Rechtsstaat – so formuliert es die Juristische Rundschau „Zum Geleit“ im Juli 1947 aus, als sie erstmals erscheint. Es kommt aber etwas Neues gegenüber den Weimarer Zeiten hinzu, die Verfassungsgerichtsbarkeit, die mehr sein soll als Staatsgerichtsbarkeit und Staatsgerichtshof, und der Staatsrechtslehrer Willibald Apelt³⁰ formuliert es 1947 so, wenn er die Bayerische Verfassung und

²⁴ Dieser Einfluss ist im Einzelnen nachgezeichnet in: Barbara Fait, Demokratische Erneuerung unter dem Sternenbanner. Amerikanische Kontrolle und Verfassungsgebung in Bayern 1946, 1998; Wilhelm Högnér, Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts, 1949, S. 20 ff.; Manfred Tremel, Geschichte des modernen Bayern. Königreich und Freistaat, 3. Aufl. 2006, S. 422 ff.

²⁵ zit. nach Säcker (Fn. 1), S. 273 Rn. 28.

²⁶ Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Nationalsozialismus an wichtigen Stellen gerade die Gesetzesbindung gelöst und auf „höhere Werte“ (Überzeugung der Rechts- und Volksgemeinschaft, Führerentscheidungen) gesetzt hat und sich dabei bevorzugt der im Dritten Reich ausgebildeten Juristen bediente.

²⁷ Pauly (Fn. 5), S. 885.

²⁸ Christian Pestalozza, Verfassungen der deutschen Bundesländer, 8. Aufl. 2005, Einf. Rn. 25.

²⁹ Vgl. Gerhard Anschütz/Richard Thoma, Handbuch des DtStR, 1930, Bd. I, § 16, S. 198; Bd. II, 1932, § 71, S. 131.

³⁰ Willibald Apelt, DRZ 1947, S. 1 (4).

den Bayerischen Verfassungsgerichtshof vorstellt: „Es ist eine Einrichtung, die der Vollendung des Rechtsstaatsprinzips dient und aus einer neuen deutschen Verfassung nicht mehr hinweg zu denken ist.“ Es ist der Verfassungskonvent von Herrenchiemsee, der dann die verfassungsgerichtliche Brücke bildet zwischen der Bayerischen Verfassung und dem deutschen Grundgesetz. Einberufen als „Sachverständigenausschuss für Verfassungsfragen“ von der Ministerkonferenz der drei Westzonen (das entspricht elf Ländern) tagt er vom 10. bis 23. August 1948 im Kloster Herrenchiemsee und erarbeitet Richtlinien für ein künftiges Grundgesetz.³¹ Eingeladen hatte die Bayerische Staatsregierung, traditionell gastfreundlich, aber auch traditionell politisch. Man will das „Heimspiel“ nutzen, um Einfluss auf das künftige Grundgesetz zu nehmen. Die Verfassungsbeschwerde für jedermann, kombiniert aus der Jedermann-Normenkontrolle des Art. 98 Satz 4 BV und der Verfassungsbeschwerde nach Art. 120 BV, gilt als der „große Wurf“ des Konvents von Herrenchiemsee.³² Bekanntlich sieht dann der Parlamentarische Rat davon ab, die Verfassungsbeschwerde in den Zuständigkeitskatalog des BVerfG (Art. 93 GG) aufzunehmen. Sie hat erst im Zuge der Notstandsgesetzgebung 1969 den Zugang zum Text des Grundgesetzes gefunden. Ganz allgemein setzen die Jahre zwischen 1945 und 1949 auf den unabhängigen, nur an Gesetz und Recht gebundenen Richter als Säule des Rechtsstaats. Kein anderer juristischer Berufsstand wird dann in Deutschland so aufsteigen wie der Stand der Richter, wird allerdings später aufgrund seiner Kompetenzen und seines Selbstbewusstseins in den Verdacht geraten, Deutschland – als Richterstaat in einem Rechtswegestaat – zu regieren.

(3) Man gibt den Deutschen zunächst die Selbstverwaltung von Städten und Gemeinden aus vornationalsozialistischer Zeit zurück.³³ Die ersten Deutschen, die wieder politische Verantwortung tragen dürfen, sind die Oberbürgermeister und Bürgermeister. Wenn später Art. 11 Abs. 2 Satz 1 der Bayerischen Verfassung – einzigartig in Deutschland – die Gemeinden als ursprüngliche Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts bezeichnet, wird an diese Erfahrung angeknüpft, und nicht etwa die Vorstellung verfassungsrechtlich bestätigt, dass die Gemeinden durch einen staatsrechtlichen Urknall entstanden seien und danach erst der Freistaat Bayern und die Staatskanzlei geschaffen wurden (ein ohnehin ziemlich blasphemischer Gedanke).³⁴

2. Der entscheidende Schritt: Die Entstehung von Landesverfassungen und insbesondere der Bayerischen Verfassung

(1) In den Besatzungszonen der westlichen Alliierten entstehen Landesverfassungen, soweit nicht – wie in der Britischen Zone – die jeweilige Militärregierung davon absieht, weil das Grundgesetz in Sicht ist, die Landesverfassungen deshalb zunächst Nachrang

³¹ Siehe dazu Reinhard Mußgnug, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. I, 3. Aufl. 2003, § 8 Rnrn. 39 ff.; 50 Jahre Herrenchiemseer Verfassungskonvent – Zur Struktur des deutschen Föderalismus, hrsg. v. Bundesrat, 1999.

³² Siehe Säcker (Fn. 1), S. 269.

³³ Siehe Waibel (Fn. 4), S. 116; Albert v. Mutius, Kommunalverwaltung und Kommunalpolitik, in: Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bd. I, 1987, S. 312 ff.

³⁴ Dazu Udo Steiner, BayVBl. 2010, S. 161.

haben sollen. In Bayern ist der Weg zur Bayerischen Verfassung – der zweitältesten Verfassung nach der von Württemberg-Baden (1. Dezember 1946) – der wichtigste Schritt zur Rechtsstaatlichkeit.³⁵ Wilhelm Högner, Bayerischer Ministerpräsident 1945/1946 (und später noch einmal 1954 – 1957) erklärt vor dem Vorbereitenden Verfassungsausschuss im Juni 1946: „Die künftige Verfassung muss dafür Sorge tragen, dass Bayern wieder ein Rechtsstaat wird. Alle Staatsbürger, insbesondere auch die Regierungen und die Polizei, müssen unter dem Gesetz stehen, das für alle Staatsbürger zu gelten hat: Die Verfassung muss die oberste Quelle allen Rechts sein.“³⁶ Er ist es, den die amerikanische Besatzungsmacht beauftragt, die Bayerische Verfassung vorzubereiten.³⁷ Von Mai bis Juni 1946 ist er Vorsitzender des Vorbereitenden Verfassungsausschusses³⁸, leitet dessen 15 Sitzungen³⁹, ist von Juni bis November d.J. dann Mitglied der Verfassungsgebenden Versammlung, dessen Beratungen vom Arbeitsergebnis des Vorbereitenden Verfassungsausschusses geprägt sind. Das Verfahren der Verfassungsgebung in Bayern entspricht Maximalanforderungen an die demokratische Legitimität: Vorberatung von Fachleuten und Politikern, beraten und beschlossen durch eine speziell vom Staatsvolk für den Zweck der Verfassungsgebung gewählten Versammlung und schließlich Abstimmung über die Verfassung durch Volksentscheid. In Fragen der Legitimität ist die Bayerische Verfassung dem Grundgesetz weit voraus. Es ist das erste Mal in der bayerischen Verfassungsgeschichte, dass das Volk unmittelbar als Verfassungsgeber auftritt und sich eine (demokratische) Verfassung gibt.⁴⁰ Auch eine Änderung der Bayerischen Verfassung ist nur durch Volksentscheid möglich (Art. 75 BV).

(2) Bayern ist ein Rechtsstaat, so formuliert der Verfassungsgeber in Art. 3 Satz 1 BV.⁴¹ Einer der geistigen Väter dieser Verfassung, Hans Nawiasky⁴², erläutert dazu zusammen mit Claus Leusser knapp: Der nationalsozialistische Staat hat die Rechtsidee, d.h. die Herrschaft objektiver Rechtsnormen, die Rechtssicherheit und die Rechtsgleichheit, aber auch die Gerechtigkeit mit Füßen getreten. Nunmehr soll die Rechtsidee wieder zu Ehren kommen. Heute umfasst die Kommentierung des Rechtsstaatsprinzips in der Bayerischen Verfassung durch Josef Franz Lindner⁴³ immerhin 15 dicht bedruckte Seiten, die

³⁵ Zur Verfassungsgenese siehe Josef Franz Lindner, in: Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, Kommentar, 2009, Vorbem. A Rn. 8 ff. und Karl Schweiger, in: Nawiasky/Leusser/Schweiger/Zacher, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Kommentar, Einl. III, S. 1 ff.

³⁶ Mittelbayerische Zeitung vom 18.6.1946.

³⁷ Siehe dazu näher Fait (Fn. 24), S. 122 ff.

³⁸ Näheres in: Die Protokolle des Vorbereitenden Verfassungsausschusses in Bayern (8.3. bis 24.6.1946, eingeleitet und kommentiert von Karl-Ulrich Gelberg, 2004).

³⁹ Dazu Gelberg (Fn. 38), Vorwort S. 5.

⁴⁰ Schweiger (Fn. 35), III, S. 4.

⁴¹ Im Verfassungsentwurf des Vorbereitenden Verfassungsausschusses war eine entsprechende Formulierung noch nicht enthalten. Auch in den anderen deutschen Landesverfassungen findet sich überwiegend keine entsprechende Rechtsstaatsklausel.

⁴² Hans Nawiasky/Claus Leusser, Die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946, 1948, S. 80; Siehe auch zu Hans Nawiaskys Rolle bei der Verfassungsgebung Wilhelm Hoegner, in: Staat und Wirtschaft, Festgabe zum 70. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1950, S. 1 ff.

⁴³ Lindner (Fn. 35), S. 43 - 62.

Darstellung des Rechtsstaatsprinzips des Grundgesetzes im Handbuch des Staatsrechts durch Eberhard Schmidt-Aßmann⁴⁴ sogar über 70 Druckseiten, und alles ist eindrucksvoll ausgestaltet: Verfassungs- und Gesetzesbindung der Staatsorgane, Gewaltenteilung, Justizgewährleistungsanspruch, rechtsstaatliche Verfahrensgarantien, Beschränkung der rückwirkenden Gesetzgebung. Die Juristen haben längst ihre Rolle „im kommenden Rechtsstaat“ gefunden, wie die Deutsche Richterzeitung 1946⁴⁵ voraussagt.

(3) Willibald Apelt⁴⁶ berichtet, als er die Bayerische Verfassung den Lesern der Deutschen Richterzeitung vorstellt, über „gründliche Beratungen“ in der Verfassungsgebenden Landesversammlung, aber auch darüber, dass „an heftigen Auseinandersetzungen zwischen den Parteien und überraschenden Wendungen kein Mangel war“. Die Bayerische Verfassung wird in Erwartung einer deutschen Verfassung erarbeitet⁴⁷, aber man weiß noch nicht, was die Bayern mit dieser Verfassung erwartet, und so ist man vorsichtig. Im Verfassungsausschuss besteht zwar beim Zusammentritt am 16. Juli einstimmig die Auffassung, Bayern bekenne sich zur Einheit des Deutschen Volkes und sei bereit zum Eintritt in ein bundesstaatliches und demokratisch geordnetes Deutschland.⁴⁸ Andererseits kommt der 21. September 1946, an dem die SPD vor der Schlussabstimmung über den Gesamtentwurf die Aufnahme einer offenbar als bedrohlich empfundenen Bestimmung in die Bayerische Verfassung beantragt: „Eine künftige deutsche Verfassung setzt die widersprechenden Artikel der Bayerischen Verfassung außer Kraft.“⁴⁹ Die CSU-Fraktion lehnt mit ihrer Mehrheit in der Verfassungsgebenden Versammlung diese Bestimmung geschlossen ab, und die Mittelbayerische Zeitung berichtet am 24. September 1946, bei dieser Ablehnung habe sich die gesamte CSU-Fraktion erhoben.⁵⁰

III. DER AUFBAU DER GERICHTSBARKEIT

1. Die Rekonstruktion der Gerichtsbarkeit

Mit dem Einmarsch der Alliierten Truppen in Deutschland werden zwar zunächst alle deutschen Gerichte geschlossen. Es ist aber gleichzeitig Aufgabe der „Legal Division“ der amerikanischen Besatzungsmacht, das deutsche Gerichtswesen unter Berücksichtigung der alliierten Ziele und Vorgaben wieder in Gang zu setzen.⁵¹ Es kommt nur zu einem kurzen Stillstand der deutschen Rechtspflege. Man liest, dass schon im Frühjahr 1945 die ersten Amtsgerichte ihre Arbeit in der amerikanischen Besatzungszone wieder aufge-

⁴⁴ Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 26.

⁴⁵ DRZ 1946, S. 36.

⁴⁶ Apelt, DRZ 1947, S. 1.

⁴⁷ Apelt, aaO.

⁴⁸ Mittelbayerische Zeitung vom 17.7.1947.

⁴⁹ Siehe dazu Högner (Fn. 25), S. 196.

⁵⁰ Mittelbayerische Zeitung vom 24.9.1946.

⁵¹ Waibel (Fn. 4), S. 239 ff.

nommen haben. Die Justizminister der Länder erhalten bereits im Herbst 1945 die Verantwortung für den Wiederaufbau des deutschen Gerichtswesens. Es wird berichtet, dass die Zahl der wieder- oder weiterbeschäftigten Richter und Staatsanwälte mit Mitgliedschaft in der NSDAP (meist seit 1937) kontinuierlich zugenommen hat. 1949 sind 81% der Richter und Staatsanwälte (insgesamt 752) ehemalige Parteigenossen.⁵² Auch in der deutschen Staatsrechtslehre stehen Solidarität und Kollegialität bei der Behandlung der belasteten Rechtslehrer im Vordergrund.⁵³ In der Deutschen Demokratischen Republik verläuft die Entwicklung bekanntlich anders. Hier wird der Bedarf an Rechtsprechungspersonal durch die Absolventen der neu eingerichteten Volksrichterurse gedeckt.⁵⁴

Der Entwurf einer neuen Besatzungsdirektive der Amerikaner⁵⁵ sieht die weitgehende Unabhängigkeit der deutschen Rechtspflege als Teil des amerikanischen Besatzungsprogramms vor. Alliierte Eingriffe in die richterliche Unabhängigkeit sollen nur noch ausnahmsweise dann erlaubt sein, wenn die Gerichte in ihrer Rechtsprechung sozusagen schwere Verstöße gegen den amerikanisch-westlichen *ordre public* begehen,⁵⁶ beispielsweise auf nationalsozialistisches Gedankengut zurückgreifen. Das Militärregierungsgesetz Nr. 2⁵⁷ eröffnet zudem die Möglichkeit, jeden deutschen Richter, Staatsanwalt, Notar oder Rechtsanwalt aus seinem Amt oder seiner Funktion zu entlassen. Solche Eingriffe, auch solche in die Rechtskraft von Entscheidungen deutscher Gerichte, erfolgen aber nur selten.⁵⁸ Es bleibt gleichwohl zumindest ein theoretischer Widerspruch zwischen dem Rechtsstaatsanspruch der amerikanischen Besatzungsmacht und den dargestellten Vorbehalten gegenüber der richterlichen Unabhängigkeit. Es ist dann das Besatzungsstatut, das im Mai 1949 ziemlich zeitgleich mit dem Grundgesetz in Kraft tritt und die Unabhängigkeit des deutschen Richters praktisch vollendet.⁵⁹

2. Das Rechtsleben „vor Ort“

Die Arbeit der Justiz „vor Ort“ setzt bald nach der Kapitulation wieder ein, insbesondere durch die Tätigkeit der Amtsgerichte.⁶⁰ Diese Entwicklung lässt sich am Beispiel Regensburgs nachzeichnen. Im März 1946 wird der bisherige Oberbürgermeister der Stadt Regensburg, Gerhard Titze, von der amerikanischen Besatzungsmacht als Präsident des LG Regensburg vereidigt. Die Ernennung gilt als ein markantes Zeichen zum „Neuaufbau des Rechtslebens“.⁶¹ Im April 1946 nimmt die Strafkammer ihre Tätigkeit auf und

⁵² Waibel (Fn. 4), S. 279 Fn. 174.

⁵³ Siehe dazu von Bülow (Fn. 9), S. 168; Horst Dreier, Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus, VVDStL 60, 2000, S. 9 (69 Fn. 291).

⁵⁴ Waibel (Fn. 4), S. 279 f. Fn. 174.

⁵⁵ SWNCC 327 (State-War-Navy-Coordinating-Committee) vom 4.11.1946.

⁵⁶ Waibel (Fn. 4), S. 123.

⁵⁷ Dazu und zum Folgenden Waibel (Fn. 4), S. 268 ff.

⁵⁸ Waibel (Fn. 4), S. 270.

⁵⁹ Waibel (Fn. 4), S. 354 f.

⁶⁰ Waibel (Fn. 4), S. 267.

⁶¹ Mittelbayerische Zeitung vom 15.3.1946.

hat gut zu tun. Ein rechtsstaatlich ganz wichtiges Signal kommt hinzu. Im Oktober 1947 wird vor dem Landgericht Regensburg der Prozess wegen des Mordes an dem Domprediger Dr. Johannes Maier eröffnet. Dr. Maier hatte sich am 23. April 1945 öffentlich für eine kampflöse Übergabe Regensburgs an die Amerikaner ausgesprochen, und er war in einem standgerichtlichen Verfahren wegen Wehrkraftzersetzung zum Tode verurteilt und hingerichtet worden.⁶² Es ist für die Entwicklung des deutschen Rechtsbewusstseins in dieser Phase wichtig, dass unfassbares Staatsunrecht vor Ort sichtbar gesühnt wird. Auf der großen Gerichtsbühne sind es die Nürnberger Prozesse, die den Menschen den Eindruck vermitteln oder vermitteln sollen, dass Recht über Unrecht siegt.⁶³ Die Tätigkeit der sog. Spruchkammern scheint demgegenüber in der Bevölkerung schon weniger überzeugend zu sein.⁶⁴

3. Die Rückkehr der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Zentraler Baustein der Wiederherstellung einer rechtsstaatlichen Ordnung ist der (Wieder-)Aufbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit.⁶⁵ Sie ist der Prüfstein für den Rechtsstaat schlechthin, weil der Bürger vor den Verwaltungsgerichten sein Recht gegen den Staat im Streitfall durchsetzen kann.⁶⁶ Wie auch auf anderen Gebieten beginnt die amerikanische Besatzungsmacht überraschend bald nach der Kapitulation, in die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit Vertrauen zu fassen.⁶⁷ Die Militärregierung ordnet an, dass die Verwaltungsgerichte in Bayern ihre Tätigkeit mit dem 15. November 1945 wieder aufnehmen. Dies ist aber jedenfalls dem BayVGH, der noch formell besteht⁶⁸, nicht ohne Weiteres möglich. Nur zwei Richter sind greifbar. Akten und Bibliotheken in München sind vollständig zerstört. Es tritt dann am 15. Oktober 1946 das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 25. September 1946⁶⁹ – das VGG – in Kraft. Es steht für einen beachtlichen Schritt in eine neue Qualität des Verwaltungsrechtsschutzes. Zum Einen enthält es die von Vielen ersehnte verwaltungsgerichtliche Generalklausel (schon 1925 hatte Walter Jellinek auf der Staatsrechtslehrertagung prophezeit, der Generalklausel gehöre die Zukunft)⁷⁰, ferner die abstrakte Normenkontrolle, die Trennung von Gerichtsbarkeit und Verwaltung, und vor allem die Einrichtung unabhängiger Verwaltungsgerichte in allen Instanzen. Vor 1933 war nur der BayVGH ein echtes Gericht. Jetzt sind

⁶² Der Sachverhalt und das Verfahren sind eingehend dokumentiert. Siehe Christian Feldmann, *Der Domprediger Dr. Johann Maier – ein Leben im Widerstand*, 1995; Werner Chrobak, *Wie der Krieg in Regensburg zu Ende ging*, in: *Regensburger Almanach 1995*, S. 45; Andreas Eichmüller, *Regensburger NS-Präminenz vor dem Strafrichter*, aaO, S. 53 ff.

⁶³ Siehe dazu Stern (Fn. 3), S. 965 ff.

⁶⁴ Siehe dazu Stern (Fn. 3), S. 981 ff.

⁶⁵ Siehe Georg Christoph von Unruh, in: *Deutsche Verwaltung zwischen 1945 und 1949*, 1987, II. Kapitel, S. 70 (86).

⁶⁶ Siehe Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 2. Aufl. 1984, S. 839: Fehlt die Verwaltungsgerichtsbarkeit, ist der Rechtsstaat unvollendet.

⁶⁷ Michael Steiner, *BayVBl.* 1998, S. 263. Siehe auch Classen, *JA* 2010, S. 487, 491.

⁶⁸ Dazu Klaus Werner Lotz, *BayVBl.* 2006, S. 719 (720).

⁶⁹ *GVBl.* S. 281.

⁷⁰ Vgl. Walter Jellinek, *VVStRL* 2 (1925), S. 8 ff., 121.

die Gerichte auf der unteren Instanz getrennt von der Verwaltung. Das sind große, bedeutende Schritte in Richtung Rechtsstaatlichkeit, beachtliche rechtsstaatliche Innovationen, auch wenn man die Rechtsqualität der früheren Rechtsspruchstellen, etwa der Landesversicherungsämter und des Reichsversicherungsamtes in sozialrechtlichen Angelegenheiten, nicht unterschätzen darf, vor allem deren knappe Entscheidungen genießt. Bescheiden startet die Verwaltungsgerichtsbarkeit an zunächst fünf Standorten mit ein bis zwei Kammern. Der BayVGh macht deutlich, dass er gewillt ist und sich auch aufgerufen fühlt, in dem neuen Rechtsstaat neues Verwaltungsrecht zu judizieren.⁷¹ Aber auch die Einzelfallgerechtigkeit in existenziellen Fragen hat Gewicht. 1948 sind 41% der Klagen beim BayVGh Fälle zum Wohnrecht und speziell zum Wohnungseinweisungsrecht.⁷² Das heute vergessene Grundrecht auf angemessenen Wohnraum in Art. 106 BV wird konkretisiert, bei Bedarf auch feinfühlig, wenn der Gerichtshof 1948 judiziert, ein Schriftsteller bedürfe „eines Raumes, in dem er ungestört und ungehindert seiner Arbeit nachgehen kann“.⁷³ Auch sonst sind es die Tagessorgen der Deutschen, die sie vor Gericht bringen: Fürsorgerecht, Preisvorschriften, Flüchtlingswesen, und natürlich will man mit Hilfe der Verwaltungsgerichte Kraftfahrzeuge zurück haben, die während des Krieges aufgrund des Reichsleistungsgesetzes beschlagnahmt worden waren. Sie überhaupt aufzufinden, ist nicht ganz einfach und nicht immer erfolgreich.

IV. DER RECHTSSTAATSGEDANKE IM WANDEL

Man ist versucht, als jemand, der sich heute mit dem Rechtsstaat beruflich beschäftigt, diejenigen zu beneiden, die 1945 und in den Jahren danach für den rechtsstaatlichen Aufbau gearbeitet haben. Es ging damals um fundamentale Schritte, in der Richtung und meist auch im Detail außer Streit, nicht – wie heute oft – um Fragen des rechtsstaatlichen „Komforts“, Rechtsstaatsfragen teilweise auf subtilem Niveau.⁷⁴ Das Verhältnis der Rechte des Bürgers zu den Befugnissen des Staates war zwischen 1945 und 1949 nach den Jahren der Rechtlosigkeit verhältnismäßig einfach zu justieren. Schon die Rekonstruktion des Rechtsstaats in den Neuen Bundesländern nach Herstellung der Deutschen Einheit hatte sich mit grundsätzlicher Kritik auseinander zu setzen.⁷⁵ Die zutreffende rechtsstaatliche Austarierung der Staat-Bürger-Beziehung heute in Zeiten der organisierten Kriminalität und des international agierenden Terrorismus ist ungleich komplexer. Nostalgie nach den Jahren 1945 bis 1949 ist aber nicht angezeigt, vielleicht aber in Erinnerung an

⁷¹ M. Steiner (Fn. 67), S. 264.

⁷² M. Steiner (Fn. 67), S. 267.

⁷³ BayVGh, Entsch. vom 4.11.1948, VGh n.F. 1.110.

⁷⁴ Zu den Entwicklungen von Rechtsstaat und Rechtsschutz seit 1945 siehe etwa Andreas Voßkuhle, in: Dietmar Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 935; Rainer Wahl, Herausforderungen und Antworten: Das öffentliche Recht der letzten fünf Jahrzehnte, 2006; umfassend Dirk Ehlers/Friedrich Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht, 2009.

⁷⁵ Bärbel Bohleys Satz „Wir wollten Gerechtigkeit und bekamen den Rechtsstaat“ hat auch die Richterschaft herausgefordert. Siehe Renate Jaeger, Noch einmal: Rechtsstaat und Gerechtigkeit, 1996.

diese Zeit mehr Bescheidenheit bei der Formulierung von Ansprüchen an die institutionelle und personelle Ausstattung des deutschen Rechtsstaats der Gegenwart.

Familienbild und Familienrecht nach 1945: Eine Rechtsprechungsanalyse am Beispiel der Zerrüttungsscheidung

Martin Löhnig

I. EINLEITUNG

Nach dem 8. Mai 1945 standen die 1945/46 wiedereröffneten Gerichte vor der Aufgabe, Normen aus der Zeit von 1933 bis 1945, die auch auf nationalsozialistischer Ideologie beruhten und fortgalten, anzuwenden. Wie die Gerichte in den ersten Jahren nach 1945 mit dieser Aufgabe umgegangen sind, möchte ich im folgenden anhand einer familienrechtlichen Norm, nämlich § 48 EheG, darstellen.¹ Der Umgang mit dieser Norm zeigt, welche Auffassungen zur Funktion von Familie und Familienrecht in Deutschland nach 1945 bestanden und aus welchen weltanschaulichen Quellen sich diese Vorstellungen speisten, denn § 48 EheG enthält normative Rechtsbegriffe und nach 1945 mußte entschieden werden, welche Wertungen anstelle der nationalsozialistischen Wertungen in diese Begriffe einfließen sollten.

Meine Darstellung zerfällt in drei Teile: Zunächst möchte ich die Normgeschichte des § 48 EheG darstellen, damit die durch die nationalsozialistische Gesetzgebung vorgenommenen Veränderungen und ihre Hintergründe deutlich werden. Anschließend möchte ich anhand konkreter Beispiele die Anwendung des § 48 EheG in der Nachkriegszeit demonstrieren; dabei werde ich nicht nur auf veröffentlichte höchstrichterliche Rechtsprechung, sondern vor allem auf unveröffentlichte Urteile von Untergerichten zurückgreifen. Zum einen schon deshalb, weil die beiden Höchstgerichte, der Bundesgerichtshof in der Bundesrepublik und das Oberste Gericht in der DDR, erst 1949/50 eröffnet wurden, zum anderen, weil sich an untergerichtlichen, nicht zur Veröffentlichung bestimmten Entscheidungen die Entwicklung des Familienbildes im besetzten Deutschland besser zeigen läßt. Zuletzt werde ich dieser Analyse zusammenfassend einige Wertungen zu entnehmen versuchen.

II. NORMGESCHICHTE

§ 48 EheG stammt aus dem Ehescheidungsrecht. Das Bürgerliche Gesetzbuch von 1900 ließ eine Ehescheidung nur beim Vorliegen bestimmter Ehescheidungsgründe zu, § 1564 BGB 1900, insbesondere bei Ehebruch, § 1565 BGB 1900, Bösslicher Verlassung, § 1567

¹ Vertiefend zu dieser Frage Martin Löhnig, Die Justiz als Gesetzgeber: Zur Anwendung nationalsozialistischen Rechts in der Nachkriegszeit (2010).

BGB 1900, oder sonstiger schwerer Verletzung der ehelichen Pflichten, § 1568 BGB 1900, des jeweils anderen Ehegatten.

Das Ehegesetz von 1938² gliederte das Eherecht aus dem BGB aus und brachte gleichzeitig verschiedene inhaltliche Veränderungen. Die Scheidung war nun nicht mehr allein bei Vorliegen eines Scheidungsgrundes möglich, sondern auch wenn „die häusliche Gemeinschaft der Ehegatten seit drei Jahren aufgehoben und infolge einer tiefgreifenden unheilbaren Zerrüttung des ehelichen Verhältnisses die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten“ war, § 55 Abs. 1 EheG 1938. Der Rechtsanwender hatte also eine Wertung dahingehend vorzunehmen, was das Wesen der Ehe sei. Jedoch konnte der beklagte Ehegatte – in der Praxis fast ausnahmslos die Ehefrau – der Scheidung widersprechen, wenn der Scheidungskläger die Zerrüttung ganz oder überwiegend verschuldet hatte, § 55 Abs. 2 Satz 1 EheG 1938 – die Zerrüttungsscheidung stand insofern also noch mit einem Bein auf dem Boden des ansonsten geltenden scheidungsrechtlichen Schuldprinzips. Dieser Widerspruch war wiederum unbeachtlich, „wenn die Aufrechterhaltung der Ehe bei richtiger Würdigung des Wesens der Ehe und des gesamten Verhaltens beider Ehegatten sittlich nicht gerechtfertigt“ war, § 55 Abs. 2 Satz 2 EheG 1938. Die Voraussetzungen für die Unbeachtlichkeit des Widerspruchs waren also – neben dem Verhalten der Ehegatten – wiederum einer Wertung nach übergeordneten Gesichtspunkten zu entnehmen, wie die geballt auftretenden normativen Rechtsbegriffe „Wesen der Ehe“ und „Sittliche Rechtfertigung“ zeigen. Und die Frage nach der Beachtlichkeit oder Unbeachtlichkeit dieses Widerspruchs wird uns zu beschäftigen haben.

Die Bedeutung des § 55 EheG lässt sich nur erfassen, wenn man die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Norm mit einbezieht, weil das Gericht den Widerspruch des beklagten Ehegatten grundsätzlich für unbeachtlich hielt, damit aktiv Bevölkerungspolitik im nationalsozialistischen Sinne betrieb und bewußt über die vom Gesetzgeber gesetzten Grenzen hinausging, nachdem Hitler entsprechende Signale gegeben hatte. Nur vor dem Hintergrund dieser Judikatur lässt sich überdies auch die Rechtsprechung in der Nachkriegszeit sinnvoll einordnen. Dabei ist nicht entscheidend, ob das Gericht mehr oder weniger scheidungsfreudig war, denn § 55 EheG knüpfte – auch in der Hand des Reichsgerichts – die Ehescheidung an strengere Voraussetzungen als dies §§ 1565 ff BGB heute tun. Ebenso wenig ist der Umstand von Bedeutung, daß das Zerrüttungsmodell kein Produkt nationalsozialistischer Rechtsentwicklung war,³ wie entsprechende Gesetzentwürfe aus der Weimarer Zeit zeigen;⁴ die Rezeption dieser Vorschläge überrascht sogar, weil derartige Reformbestrebungen genauso wie entsprechende Reformen in der Schweiz und Skandinavien von liberalem Gedankengut gespeist worden waren.⁵ Es geht vielmehr um die Frage, welche Begründung das Reichsgericht einer Entscheidung über

² RGBl. 1938 I 807.

³ Dazu Elisabeth Selbert, Ehezerüttung als Scheidungsgrund (1930).

⁴ Vgl. Werner Schubert, Die Projekte der Weimarer Republik zur Reform des Nichteheleichen-, des Adoptions- und des Ehescheidungsrechts (1986), S. 14.

⁵ Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, 6. Auflage (2005), S. 407.

die Scheidung oder Nichtscheidungen einer Ehe zugrunde gelegt hat und dabei wird deutlich, daß sich das Gericht streng an ideologischen Inhalten orientierte.⁶ Es ermittelte von Amts wegen alle Umstände, die für die Bewertung der Ehe als bevölkerungspolitisch wertvoll oder wertlos erforderlich waren. Kriterium war allein die Erzeugung erbgesunden Nachwuchses für die Volksgemeinschaft als Funktion der Ehe. Konnte eine Ehe diese Funktion nicht oder nicht mehr erfüllen, war sie aufzulösen, jedenfalls dann, wenn die Ehegatten oder einer von ihnen diese Funktion in einer anderen, vielleicht schon vorhandenen neuen Beziehung erfüllen konnte. „Sittlichkeit“ im Sinne des § 55 Abs. 2 EheG bedeutete also schlicht Fertilität; beantragte aber ein Ehegatte die Scheidung, war es in aller Regel mit der Fertilität der Ehe nicht mehr allzuweit her, so daß der Widerspruch nicht beachtet werden konnte. Beachtlich war ein Widerspruch ausnahmsweise dann, wenn der Ehemann, der zumeist die Scheidung beantragte, aufgrund seines fortgeschrittenen Alters keine bevölkerungspolitisch erwünschte Beziehung mehr eingehen konnte, oder die Ehe insoweit ihre Funktion erfüllt hatte, als sie eine größere Zahl von Kindern hervorgebracht und die Ehefrau ihre besten Jahre im „Dienst an Ehemann und Kindern geopfert“ hatte. Weil die Scheidung für Frauen in der Regel mit finanzieller Schlechterstellung verbunden war, legten die beklagten Ehefrauen nicht selten Widerspruch ein.

1946 erließ der alliierte Kontrollrat ein Ehegesetz für alle vier Besatzungszonen, das dem Ehegesetz von 1938 in weiten Teilen glich; Gesetzesmaterialien zum EheG 1946 sind nicht auffindbar und es scheint dem alliierten Gesetzgeber lediglich um die Streichung einiger ganz offensichtlich rasseideologisch motivierter Normen gegangen zu sein. § 55 EheG 1938 wurde zu § 48 EheG 1946, dessen Wortlaut unverändert blieb und lediglich um einen § 48 Abs. 3 EheG 1946 ergänzt wurde, der bei der Zerrüttungsscheidung besondere Rücksicht auf die Belange der gemeinsamen, minderjährigen Kinder forderte und in der Praxis weitgehend bedeutungslos blieb. Das Familienrechtsänderungsgesetz 1961 veränderte § 48 EheG zum 1. Januar 1962 und beseitigte die wertungsausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe, indem es selbst Wertungen vornahm. In der DDR wurde das EheG durch die Eheverordnung aus dem Jahre 1955 ersetzt, die vom Familiengesetzbuch 1966 abgelöst wurde. Für die Bundesrepublik gilt genauso, was Hilde Benjamin 1976 rückblickend für die DDR resümierte: „In Auseinandersetzung mit [der Auslegung des § 48 EheG] bereitete die Rechtsprechung spätere Lösungen für die Familiengesetzgebung [...] mit vor“.⁷

⁶ Dieter Nixsch, Die sittliche Rechtfertigung des Widerspruchs gegen die Scheidung der zerrütteten Ehe in den Jahren 1938 – 1944 (1990), S. 107 f.

⁷ Autorenkollektiv unter Leitung von Hilde Benjamin, Zur Geschichte der Rechtspflege der DDR 1945-1949, Berlin 1976, S. 300.

III. RECHTSPRECHUNGSANALYSE

1. Sowjetische Besatzungszone

a. Die Scheidungsakten des Landgerichts Dresden aus dem Jahr 1946

Die Rechtsprechungsanalyse soll in der Sowjetischen Besatzungszone mit den Scheidungsurteilen des LG Dresden aus dem Jahr 1946 beginnen. Der Dresdener Bestand ist deshalb interessant, weil er die Praxis der Zerrüttungsscheidung kurz nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs zeigt, zu einer Zeit, in der in der Rechtsprechung noch keine neuen Rechtsprechungslinien gelegt waren und, so viel kann schon jetzt gesagt werden, eine Ideologisierung der Rechtsprechung noch kaum zu spüren ist. In der Mehrzahl der Fälle wurde vom LG Dresden der Widerspruch des Beklagten beachtet. Das läßt auf eine Abkehr von der Rechtsprechung des Reichsgerichts schließen, das von einer grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Widerspruchs ausgegangen war. Die von den Richtern vorgenommene Interessenbewertung gewichtete die Belange der widersprechenden Ehefrauen stärker. So führte Hilfsrichter RA Dr. Weber am 12. Mai 1947⁸ für eine 1917 geschlossene, kinderlose Ehe aus, der Beklagtenwiderspruch sei beachtlich, denn bei 30 Jahren Ehedauer müsse „an einen aus § 48 EheG gestützten Klageanspruch ein besonders strenger Maßstab angelegt werden“. Die Beklagte sei 55 Jahre alt, krank, erwerbsunfähig und habe die Eskapaden des Klägers und Notzeiten durchlebt. Es könne nicht sein, daß sie von einer jüngeren Frau aus der Ehe verdrängt werde. „Das würde durchaus unbillig und ungerecht sein“. Bei einer kinderlosen Ehe hätte die Rechtsprechung vor 1945 einen Widerspruch wohl kaum beachtet.

In einigen anderen Fällen hielt das LG Dresden den Widerspruch für unbeachtlich und wurde fast immer vom OLG Dresden aufgehoben. Das Verfahren 8 R 349/46 etwa betraf eine 1936 geschlossene Ehe, aus der eine Tochter hervorgegangen ist und in der die 1900 geborene Beklagte dem 1896 geborenen Kläger die Ausbildung finanziert hat. 1941 haben sich die Parteien getrennt, der Kläger hat inzwischen eine jüngere Freundin. Den Widerspruch der Beklagten hielt das LG Dresden für unbeachtlich. Es habe nur eine kurze fünfjährige intakte Ehe bestanden, genauso lange währe nun die Trennung. Die Beklagte wolle nur an der Ehe festhalten, um ihren Unterhaltsanspruch zu behalten; „solche materialistischen Gründe müssen unberücksichtigt bleiben“, beide Parteien könnten sich in ihrem Alter noch ein neues Leben aufbauen. Die Beklagte sei siebenundvierzig Jahre alt und gesund, die bisherige Ehe sei, wie die lange Trennung zeige, „wertlos geworden“. Die Ausbildungsfinanzierung interessierte das LG, genauso wie früher das Reichsgericht,⁹ nicht. Das OLG Dresden folgte dieser Begründung unter dem Aktenzeichen 1 U 34/47 nicht. Das LG Dresden habe nicht beachtet, daß die Heirat nach sehr langer Verlobungszeit erfolgt sei. Neben der Erziehung der Tochter und der Finanzierung der klägerischen Ausbildung müsse beachtet werden, daß die Beklagte sich keine eige-

⁸ LG Dresden, Urteil vom 12. Mai 1947 – 10 R 278/46.

⁹ Dieter Niksch, Die sittliche Rechtfertigung des Widerspruchs gegen die Scheidung der zerrütteten Ehe in den Jahren 1938 – 1944 (1990), S. 505 ff.

nen Verfehlungen zu schulden kommen habe lassen. Der bisherige Verlauf der Ehe lasse ihre Aufrechterhaltung deshalb als „sittlich gerechtfertigt“ erscheinen. Daß der Ehemann eine neue Partnerschaft begründet habe, spiele bei der Betrachtung keine Rolle, weil hier nur Kriterien angelegt werden dürften, die aus der Ehe selbst gewonnen werden. Gemeinschaftsinteressen spielten bei dieser Entscheidung also genauso wenig eine Rolle wie religiöse oder andere ehefremde Auffassungen. Deshalb sei der Widerspruch beachtlich. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist, daß die Ehe ganz ausdrücklich als Privatangelegenheit der Ehegatten gewertet und nicht nach außerhalb der konkreten Ehe liegenden Maßstäben gemessen wird; diese Entscheidung aus dem Jahr 1947 liegt in dem kleinen Zeitfenster, in dem die Zerrüttungsscheidung nicht mehr nationalsozialistisch und noch nicht zwingend kommunistisch überformt war, sondern ein liberales Ehebild sichtbar wird.

Zu bemerken ist allerdings, daß es irreführend ist, vom „LG Dresden“ zu sprechen, denn es waren mehr als ein Dutzend Spruchkörper unter anderem mit Scheidungssachen befaßt, deren Besetzung überdies häufig wechselte. Das wird an einer weiteren Entscheidung¹⁰ deutlich: Dort hielt das LG Dresden den Widerspruch für unbeachtlich, denn die Beklagte sei noch jung gewesen. „Sie hatte nur ein Kind, wäre also durchaus in der Lage gewesen, sich ein Leben ohne Bindung an den Kläger zu gestalten. Sie hatte weder ihre Gesundheit durch die Geburt vieler Kinder geopfert, noch ihre besten Jahre an der Seite des Klägers verbracht“. Hier klingen also klassische Topoi wie Gesundheitsopfer und „beste Jahre“ an, die aus der Rechtsprechung vor 1945 geläufig waren, um den Widerspruch für unbeachtlich zu erklären. Auch in anderen Fällen lehnte das Gericht die Beachtung des Widerspruchs mit den überkommenen Argumenten ab: Es bestehe keine „wirkliche“ Ehe mehr, die Ehe sei zur „leeren Form geworden“. Insgesamt bietet die frühe Rechtsprechung des LG Dresden ein recht uneinheitliches Bild, das von Entscheidungen reicht, die an die Linien aus der Zeit vor 1945 anknüpfen, bis zu Entscheidungen, die von einer fast prinzipiellen Beachtlichkeit des Widerspruchs auszugehen scheinen, reicht. Genauso uneinheitlich wird die Frage beantwortet, ob bei der Prüfung der Beachtlichkeit des Widerspruchs nur die konkrete Ehe oder auch prinzipielle Auffassungen zur Ehe berücksichtigt werden dürften.

b. Die Scheidungsakten des Landgerichts Leipzig aus dem Jahr 1949

Einen Blick auf die Weiterentwicklung der Zerrüttungsscheidung in der SBZ und später der DDR gestatten die Eheakten des Landgerichts Leipzig der 1948/49. Die Leitentscheidung des Obersten Gerichts der DDR zu § 48 Abs. 2 EheG beruht auf einer Ausgangsentscheidung des LG Leipzig, so daß dieses Verfahren vollständig nachvollzogen werden kann. Während sich anhand der Dresdener Urteile des Jahres 1946 also die ersten Gehversuche der Justiz nach dem Ende des Zweiten Weltkriegs nachzeichnen lassen, war der Diskurs zu § 48 EheG im Jahre 1949 schon fortgeschritten, genauso wie auch die Spaltung Deutschlands bis an die Schwelle der Gründung zweier Staaten fortgeschritten war, was sich auch in der Rechtsprechung niederschlägt. Allerdings noch nicht in der Weise,

¹⁰ LG Dresden, Urteil vom 26. September 1946 – 9 R 126/46.

daß nicht auch noch Entscheidungen oder Kommentare aus den westlichen Besatzungszonen zitiert würden; diese Praxis endet erst etwa 1951. Die Rechtsprechung des LG Leipzig zu § 48 EheG war bis zum Ergehen der Leitentscheidung des Obersten Gerichts der DDR im Dezember 1950 sehr uneinheitlich und der Umgang mit § 48 EheG hing ganz ersichtlich vor allem von den beteiligten Richterinnen und Richtern ab.

In dieser Leitentscheidung, auf deren Darstellung ich mich beschränken möchte, wollte ein wissenschaftlicher Buchhändler und Antiquar seine 1909 geschlossene Ehe nach § 48 EheG scheiden lassen; die Parteien waren im Zeitpunkt der Klageeinreichung über 60 Jahre alt, aus der Ehe sind zwei inzwischen verheiratete Kinder hervorgegangen. Die Beklagte widersprach der Scheidung nach § 48 Abs. 2 EheG. Daß allein der Hinweis auf eine 3-jährige Trennung der Parteien genüge, um eine Scheidung gemäß § 48 EheG durchzuführen, gehöre „glücklicherweise einer überwundenen Vergangenheit“ an. § 48 EheG sei nicht dazu geschaffen worden, eine gealterte Lebensgefährtin möglichst rasch loswerden zu können. Die Ehe stelle sich vielmehr als Schicksalsgemeinschaft dar, die bindende Wirkung habe. Im übrigen habe die Beklagte in Geschäft und Haushalt treue Dienste geleistet.

Dagegen argumentierte der Kläger, Zweck und Ziel des § 48 Ehegesetz sei „der Gedanke der Unhaltbarkeit, der Gefährlichkeit solcher Ehen“, die völlig zerrüttet sind. Jetzt gelte folgender Leitgedanke: „Heillos zerbrochene Ehen, die die Kraft der Eheleute verzehren und Quellen ständigen Streites sind, müssen gelöst werden, wenn die Allgemeinheit an solchen Ehen kein Interesse mehr habe.“ Hier scheint also nicht nur ein Gemeinschaftsbezug der Ehe auf, sondern der Nutzen der Ehe für die Gemeinschaft wird entscheidendes Kriterium. Demgegenüber verwies die Beklagte gerade auf ehebezogene Argumente: Je älter ein Ehepaar werde und je mehr Lebenserfahrung, Vernunft und Achtung vor den sittlichen Größen und Einrichtungen man von den Eheleuten aufgrund einer größeren Lebenserfahrung verlangen könne, desto fester müsse das eheliche Band geschützt werden; vor allem müßten die im Fall einer Scheidung unübersehbaren wirtschaftlichen Gefahren für die Ehefrau verhindert werden.

Das Landgericht schied die Ehe schneidig, das OLG Dresden hob dieses Urteil im Berufungsverfahren, an dem auch der Oberlandesgerichtspräsident beteiligt war, ebenso umstandslos wieder auf. Der gealterten Beklagten sei es nicht zuzumuten, sich als geschiedene Frau abspesen zu lassen. Gegen dieses Urteil beantragte der allein zuständige Generalstaatsanwalt der DDR, § 11 Abs. 2 des Gesetzes über die Errichtung des Obersten Gerichtshofes und der Obersten Staatsanwaltschaft der Deutschen Demokratischen Republik vom 8. Dezember 1949,¹¹ Kassation des Urteils beim Obersten Gericht der DDR, § 6 Abs. 1b dieses Gesetzes. Das Kassationsverfahren ersetzte die Revision nach der Zivilprozeßordnung und konnte nur von staatlichen Behörden, nicht aber den Parteien selbst eingeleitet werden. Bei der Auslegung des § 48 EheG, so die Kassationschrift, sei davon auszugehen, daß die Aufrechterhaltung einer unheilbar zerrütteten Ehe dem Wesen der Ehe im Allgemeinen nicht entspreche und daß daher eine richtige Wür-

¹¹ Gesetzblatt der Deutschen Demokratischen Republik 1949, S. 111 f.

digung dieses Wesens die Aufrechterhaltung der Ehe nur rechtfertige, wenn im Hinblick auf die Persönlichkeit und das Verhalten beider Ehegatten, ihre wirtschaftliche Lage und ihre sonstigen Umstände die Scheidung als ein vom ethischen Gesichtspunkt aus „völlig untragbares Ergebnis“ empfunden werden müßte. Die Beachtung des Widerspruchs ist hiernach also die absolute Ausnahme. Die lange Dauer der Ehe sei, für sich allein betrachtet, kein Gesichtspunkt, der die Anwendung des § 48 Abs. 2 Satz 2 ausschließen könne. Der Kassationsantrag des Obersten Staatsanwalts macht deutlich, daß § 48 EheG nicht nur im Deutschen Reich, sondern auch in der DDR eine rechtspolitisch stark aufgeladene Norm war. Die gesellschaftspolitischen Vorstellungen einer – losgelöst von der gesellschaftlichen Realität – postulierten Gleichberechtigung von Mann und Frau mit wirtschaftlich selbständiger Stellung der Frau ließen sich kaum durchsetzen, wenn zerrüttete Ehen nicht in aller Regel geschieden wurden.

Das Oberste Gericht der DDR entschied am 1. Dezember 1950 durch den 1. Zivilsenat unter der Vizepräsidentin Hilde Benjamin und hob das Urteil des OLG Dresden auf.¹² § 48 EheG sei ein Beispiel dafür sei, wie ein Gesetz gleichen Wortlauts verschiedenen Inhalt gewinnen könne, je nach der Staatsordnung, der es zu dienen habe – das Gericht spricht damit genau die Frage an, der hier nachgegangen werden soll. Heute sei es Aufgabe des obersten Gerichts, vor dem Hintergrund des Art. 30 der Verfassung der DDR, der Ehe und Familie als Grundlagen des Gemeinschaftslebens unter den Schutz des Staates stelle, den Inhalt des Gesetzes zu ermitteln. Leitsatz 1 der Entscheidung des Obersten Gerichts lautet deshalb auch: „Bei der Anwendung des § 48 des Ehegesetzes ist auszugehen von dem Inhalt, den die Ehe in der antifaschistisch-demokratischen Ordnung des neuen Staates hat.“ Art. 30 der Verfassung sehe die Ehe nicht nur als „individuelle Angelegenheit der Eheleute“; die Ehe habe vielmehr auch „gesellschaftliche Ziele und Ideale zu fördern“: Die Arbeitsfreude, das ständige Streben zur weiteren persönlichen Entwicklung, die Freude an der Familie. Diese Ziele könnten in einer zerrütteten Ehe nicht erreicht werden; vielmehr sei Folge der Zerrüttung die Zerstörung der Lebensfreude und die Hemmung des Arbeitsenthusiasmus. Deshalb könne die Aufrechterhaltung einer unheilbar zerrütteten Ehe grundsätzlich nicht als sittlich gerechtfertigt angesehen werden.

Das Gericht erkannte freilich, daß diese Auslegung im Ergebnis mit derjenigen des Reichsgerichts übereinstimmte, nach Auffassung des Gerichts allerdings nur „scheinbar“. Die Ursache für die äußere Übereinstimmung liege darin, daß auch das ehemalige Reichsgericht nicht nur die individuellen Beziehungen der Ehegatten, sondern auch außerpersönliche Umstände betrachtet habe, die das Gericht ihrem Inhalt nach allerdings als typisch nationalsozialistisch ablehnte. Allerdings legte es nicht umfassend offen, welche anderen „außerpersönlichen Umstände“ an Stelle der nationalsozialistischen Kriterien anzulegen seien, sondern führte aus, für die Beachtlichkeit eines Widerspruchs müsse vor allem auf die rechtliche Stellung der Frau, die auf dem Grundsatz der Gleichberechtigung aufgebaut sei, verwiesen werden. Fazit in Leitsatz 4: „Grundsätzlich ist eine unheilbar zerrüttete Ehe zu scheiden“. Probleme könnten, so das Oberste Gericht, jedoch

¹² Zum Teil abgedruckt in Entscheidungen des Obersten Gerichts, Band 1, S. 72 ff.

bei alten Ehen auftreten, wenn die wirtschaftliche Schwäche und Abhängigkeit der Frau nicht berücksichtigt werde, die sie bei einer Scheidung in wirtschaftliche Probleme geraten lassen könne. Das sei der Fall bei langer Mitarbeit im Geschäft des Mannes oder nach dem Aufziehen der Kinder, wenn sich der Mann erst in einem Alter von ihr abwende, in dem sie nicht mehr allein ihren Lebensunterhalt verdienen könne. Hier könne jedoch eine notarielle Unterhaltsverpflichtung des Mannes dem Widerspruch die Beachtlichkeit nehmen. Bei älteren Ehen trete überdies die Berücksichtigung des gesellschaftlichen Faktors zugunsten des individuellen zurück, wobei in bestimmten Fällen ein Interesse der antifaschistisch-demokratischen Gesellschaft an der Aufrechterhaltung einer Ehe bestehen könne, da diese ein leichtfertiges Verhalten zur Ehe verurteile, z.B. bei mehrmaliger Scheidung des klagenden Teils. Damit war die Linie der DDR-Rechtsprechung im Bereich des § 48 Abs. 2 Ehegesetz festgelegt. Das Kassationsverfahren, das die Anpassung der Rechtsprechung an gesellschaftspolitische Zielvorgaben der SED gewährleisten sollte, hatte seinen Zweck erfüllt.

2. Westzonen

a. Die Leitentscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg

Eine ganz andere Linie vertraten zahlreiche Gerichte in den Westzonen. Die erste veröffentlichte Entscheidung zum Widerspruchsrecht des beklagten Ehegatten nach 1945 stammt vom OLG Hamburg und datiert von Februar 1946.¹³ In dieser Leitentscheidung vertrat das Gericht die grundsätzliche Beachtlichkeit des Widerspruchs und wählte damit einen der reichsgerichtlichen Rechtsprechung genau entgegengesetzten Standpunkt. Dem schlossen sich zahlreiche Oberlandesgerichte an.¹⁴ Der Stuttgarter OLG-Präsident Steidle sprach bereits 1946 von einer „gefestigten Rechtsprechung der Nachkriegszeit“.¹⁵

Das Gericht führte zunächst aus, die „rein logische“ Prüfung des § 48 EheG 1946 nach seinem systematischen Aufbau führe zu dem Ergebnis, daß der Widerspruch grundsätzlich zu beachten sei. Dahinter stehe der Rechtsgedanke, daß der Schuldige nicht über den Unschuldigen triumphieren dürfe. Anschließend widersprach das Gericht der Ansicht, zerrüttete Ehen seien „zum Zerrbild geworden“ und ihre Lösung deswegen geboten. Vielmehr lege auch die inhaltslos gewordene Ehe Zeugnis von der Stärke der im Ehegelübde liegenden Bindung ab und könne in diesem Sinne noch einen sittlichen Wert darstellen. Zwar habe das Reichsgericht stets behauptet, selbst in Fällen des zulässigen Widerspruchs sprächen sittliche Gründe auch für die Lösung der Ehe. Diese Behauptung beruhe jedoch auf bevölkerungspolitischen Gesichtspunkten, die nicht herangezogen werden dürften, weil sie dem sittlichen Wesen der Ehe fremd seien und allein auf Zweckmäßigkeitserwägungen beruhten.

¹³ OLG Hamburg 15. Februar 1946, SJZ 1946, S. 94.

¹⁴ OLG Stuttgart 29.05.1946 SJZ 1946, S. 93; OLG Celle 12.09.1946 DRZ 1946, S. 191; OLG Frankfurt am Main 09.09.1946, SJZ 1946, S. 225.

¹⁵ Steidle SJZ 1946 S. 226.

Als entscheidende Kriterien der in § 48 Abs. 2 Satz 2 EheG 1946 vorzunehmenden Wertung sieht das OLG Hamburg die Unantastbarkeit der Familie, die Unverbrüchlichkeit des ehelichen Treuegelübdes und den Schutz des ehetreuen Gatten an, Kriterien also, die nicht allein aus der konkreten Ehe gewonnen werden. Gleichrangige sittliche Wertungen gegen die Aufrechterhaltung der Ehe bestünden in der Regel nicht; höchstens in Ausnahmefällen dürfe deshalb gegen den Willen des beklagten Ehegatten geschieden werden, wenn die Aufrechterhaltung der Ehe Opfer von übermäßiger Schwere auferlegen würde, denen gegenüber die obigen Erwägungen allgemeiner Art und die Belange des Scheidungsgegners zurücktreten müßten. Auf dieser Grundlage wird die Beachtlichkeit des Widerspruchs zur Regel und die Ehe kann trotz dreijähriger Trennung nicht gegen den Beklagtenwillen geschieden werden. Die grundsätzliche Beachtung des Widerspruchs läuft, wie Bruns¹⁶ zeigte, auf dieser Argumentationsgrundlage freilich auf eine zwingende Beachtung des Widerspruchs hinaus, weil dem Beklagten stets das heteronome Erfordernis der Eheerhaltung zugute kommt.

Das OLG Hamburg fand zu dieser Regel nicht durch Erwägungen, die sich aus der konkreten Ehe selbst und dem Verhalten der Ehegatten heraus ergaben, sondern ersetzte die bevölkerungspolitischen Argumente des Reichsgerichts durch andere „Erwägungen allgemeiner Art“ die in die gegenteilige Richtung zielten und nach der Instrumentalisierung der Ehe vor 1945 nun offenbar die Ehe gleichsam „heilig“ halten und damit freilich ebenfalls instrumentalisieren sollten, diesmal für den „moralischen Wiederaufbau“. Dadurch wurde § 48 EheG freilich nicht nur entnazifiziert, sondern die Zerrüttungsscheidung insgesamt abgeschafft, denn Ehegatten, die sich über die Ehescheidung einig waren, konnten ohnedies schon immer¹⁷ und auch vor Ablauf einer Trennungszeit eine verdeckte Konventionalscheidung auf Grundlage fiktiver Eheverfehlungen und flankiert durch außergerichtliche Vereinbarungen zu Vermögensauseinandersetzung und Unterhalt erreichen.

b. Die Scheidungsakten des Langerichts Nürnberg aus dem Jahr 1946

Eine Analyse der Scheidungsakten des LG Nürnberg aus dem Jahr 1946 zeigt ähnliche Tendenzen und legt die Hintergründe dieser Rechtsprechung noch besser offen. Im Verfahren 2 R 1242/46 haben die Parteien 1941 geheiratet und sich 1943 bereits wieder getrennt, eine klassische Kriegsese vermutlich, bei der die Parteien kaum Zeit miteinander verbracht haben dürften. Der Kläger unterhielt inzwischen eine Beziehung zu einer anderen Frau, die Beklagte widersprach der Scheidung. Das Landgericht hielt diesen Widerspruch in seinem Urteil vom 29. April 1948 für beachtlich, nicht nur deshalb, weil damit eine neue Ehe verhindert werden solle, sondern auch deshalb, weil der Beklagtenunterhalt gefährdet sei. Es gehe nicht an, daß der Kläger seine bisherige Frau auf die Straße setzen könne, weil ihm eine andere, jüngere Frau besser gefalle. Die Aufrechterhaltung der Ehe sei deshalb sittlich gerechtfertigt. Die Argumentation des Gerichts zugunsten der Beachtlichkeit des Widerspruchs erstaunt, denn vieles hätte gegen die

¹⁶ Bruns SJZ 1947, 651 ff.

¹⁷ Vgl. nur Bruns SJZ 1947, 651.

Beachtung gesprochen: Kurze Ehedauer unter Kriegsbedingungen, keine Kinder, junge Parteien – wesentlich jünger als die Ehefrau war die Freundin des Ehemannes überdies nicht. Die Beklagte war zudem auch nicht erkrankt oder aus anderen Gründen unterstützungsbedürftig, sondern konnte selbst für ihren Erwerb sorgen. Eine Beachtung des Widerspruchs in einem solchen Fall läuft letztlich auf eine Abschaffung des Zerrüttungsmodells hinaus und macht eine sehr kurze Ehe zweier junger, gesunder und kinderloser Partner zur lebenslangen Versorgungsanstalt für die Ehefrau. Der Kläger legte Revision ein, die das Oberlandesgericht Nürnberg unter dem Aktenzeichen U 103/48 verwarf. Der Widerspruch könne nur weggeschoben werden, wenn besondere Gründe dargetan würden.

Ähnlich das Verfahren 1 R 2251/46. Hier haben die Parteien 1940 geheiratet; sie hatten zwei gemeinsame Kinder. Beide Eheleute waren bei Klageeinreichung 29 Jahre alt. Oberlandesgerichtsrat Eckert lehnte am 28. Mai 1948 die Ehescheidung ab. Der Ehefrau könne man nichts nachsagen. Sie habe immer ihre Pflicht getan. Ihr Unterhalt und der Unterhalt der Kinder wären bei einer Scheidung gefährdet. Im Vergleich zum Verfahren 2 R 1242/46 hatten die Eheleute in 1 R 2251/46 immerhin gemeinsame Kinder, die eine abweichende Beurteilung rechtfertigen könnten, aber dieser Umstand wäre im vom Gericht nicht erwähnten § 48 Abs. 3 EheG zu verorten. Auffällig ist jedoch vor allem, daß das Gericht ein Tatbestandsmerkmal einführt, das in § 48 Abs. 1 EheG überhaupt nicht enthalten ist, nämlich die Frage, ob sich die Beklagte „etwas nachsagen“ lassen müsse. Damit wird die Zerrüttungsscheidung mit Verschuldenselementen aufgeladen, was auf eine grundsätzliche Ablehnung der Zerrüttungsscheidung schließen läßt. Während man in der Sowjetischen Zone in einer allerersten Nachkriegsphase den Eindruck hatte, es würden durchaus bürgerliche Reformpostulate aus der Weimarer Zeit¹⁸ umgesetzt, geschieht in Urteilen wie diesem keine Rückbesinnung auf diese republikanischen Linien, sondern auf einen offenbar protestantisch-christlichen Wertehorizont, der eine grundlose Ehescheidung nicht zuließ. Auch in vielen weiteren Entscheidungen findet sich eine Mischung aus Sittlichkeits- und Versorgungsargumenten

Die Eheakten des OLG Nürnberg bieten ein ganz anderes Bild als die Akten aus Dresden oder Leipzig. Kein Wunder: Wenn ein Gesetzgeber darauf abstellt, ob die Aufrechterhaltung der Ehe „sittlich gerechtfertigt“ sei, so löst er damit das Problem des Widerspruchs gegen die Zerrüttungsscheidung gerade nicht, denn eben darüber, ob die Aufrechterhaltung einer zerrütteten Ehe sittlich gerechtfertigt sei oder nicht, gehen die Ansichten je nach der Weltanschauung des Urteilenden sehr weit auseinander. Dieses Problem sei, so Nathan,¹⁹ in § 48 EheG nicht gelöst, sondern nur verdeckt worden. Das BayObLG bekräftigte in einer grundlegenden Entscheidung aus dem März 1949, die Ausgangsentscheidung stammte vom LG Nürnberg, letztlich die Auffassung, daß der Widerspruch grundsätzlich zu beachten sei. Bemerkenswert an dieser Entscheidung ist

¹⁸ Eingehend Michael Humphrey, Die Weimarer Reformdiskussion über das Ehescheidungsrecht und das Zerrüttungsprinzip (2006).

¹⁹ Nathan NJ 49, 171.

allerdings, daß sich das Gericht allein auf „individuelle Gründe“ zurückzog und Allgemeininteressen an der Aufrechterhaltung oder Scheidung der Ehe nicht beachten wollte.

c. Leitlinien der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Auch der BGH gelangte in seiner Rechtsprechung schließlich dazu, die Interessen der Parteien frei abzuwägen, „außerhalb der Einzelehe gelegene Erwägungen“ waren nicht in die Abwägung einzustellen. Versorgungsgesichtspunkte ließ das Gericht ausdrücklich zu und bezeichnete die Ehe in diesem Zusammenhang recht pathetisch als „gemeinsamen Existenzkampf“; auch religiöse Argumente hörte das Gericht. Zwar war die Abwägung zunächst ergebnisoffen angelegt, es ist aber trotzdem nicht zu übersehen, daß die Gewichtung der einzelnen Punkte in der Rechtsprechung des BGH nur ganz selten zur Unbeachtlichkeit des Widerspruchs führte, weil aus den Entscheidungen eine Grundhaltung in Richtung auf die Aufrechterhaltung der Ehe als lebenslange Gemeinschaft herauszulesen ist. Außerdem hob das Gericht auf die mit der Eheschließung übernommenen Verpflichtungen vor allem des Ehemanns ab, deren Verletzung einen Verstoß auch gegen die sittliche Ordnung darstelle. Damit fanden nach und nach sehr wohl „außerhalb der Einzelehe gelegene Erwägungen“ Eingang in die Abwägung des Gerichts. Eine Scheidung trotz Verstoßes gegen die überpersönlichen sittlichen Ordnungsvorstellungen²⁰ kam nur im Ausnahmefall in Betracht; inhaltlich setzte sich damit die bereits im Februar 1946 begründete Hamburger Nachkriegsrechtsprechung durch, während ein liberales Abstellen auf ein individualistisches Eheverständnis auch in der Bundesrepublik Episode blieb; eine derartige Entscheidungspraxis hatte vor allem in der französischen Besatzungszone im Anschluß an eine Entscheidung des OLG Freiburg²¹ bestanden. Die Ehe wurde vielmehr in den Dienst außerhalb der Einzelehe gelegener Ziele gestellt, zwar nicht in den Dienst der bevölkerungspolitischen und rassischen Ideologie der Nationalsozialisten oder des Aufbaus eines kommunistischen deutschen Staates, wohl aber in den Dienst des Aufbaus einer an abendländisch-christlichen Zielen orientierten Gesellschaft.

IV. WERTUNGEN

1. Die Richter als orientierungslose Gesetzgeber

Fehlt es an einer verbindlichen Festlegung von Maßstäben für die Anwendung einer Norm, dann hat die Rechtsprechung nicht den Gesetzgeberwillen dienend für den Einzelfall zu verwirklichen, sondern schlicht selbst rechtschöpferisch tätig zu werden.²² Eben dieser Aufgabe unterzogen sich die Richter bei der Anwendung des § 48 EheG 1946 nach

²⁰ Zur veröffentlichten Rechtsprechung des BGH zu § 48 EheG eingehend Meike Hetzke, Die höchstrichterliche Rechtsprechung von 1948-1961 zum Scheidungsgrund des § 48 EheG 1946 wegen unheilbarer Zerrüttung (2000).

²¹ OLG Freiburg 13. März 1947 U 156/46, Staatsarchiv Freiburg, in den Fachzeitschriften nicht vollständig abgedruckt.

²² Zutreffend Bernd Rüthers, Die unbegrenzte Auslegung, 1968, 6. Auflage (2005), S. 421.

dem „Zusammenbruch“ im Mai 1945, in der Regel allerdings ohne sich über diese Aufgabe Rechenschaft abzulegen. § 55 EheG 1938 = § 48 EheG 1946 wurde sowohl in den Westzonen als auch in der SBZ sowohl aus seinem nationalsozialistischen Kontext als auch aus dem Kontext des Weimarer Reformdiskurses gerissen, auf dem der Gesetzgeber des Jahres 1938, freilich mit gewissen entscheidenden Veränderungen, aufgebaut hatte.

Die Eheakten aus den verschiedenen Besatzungszonen zeigen einen ganz disparaten Umgang mit § 48 EheG in der unmittelbaren Nachkriegszeit. Von einer unreflektierten Fortsetzung der Reichsgerichtsrechtsprechung, die den Widerspruch des beklagten Ehegatten in aller Regel nicht beachtete, bis hin zur Gegenposition der Beachtlichkeit des Widerspruchs als Regel wurden verschiedene Lösungen vertreten, in der Regel auch an ein und demselben Gericht. Allerdings wird aus den Eheakten auch deutlich, daß die Zerrüttungsscheidung, die im frühen 20. Jahrhundert Bestandteil eines liberalen europäischen Diskurses war und von den Nationalsozialisten für bevölkerungspolitische Ziele geschickt instrumentalisiert worden war, nach 1945 nur für ganz kurze Zeit – vor allem im Jahr 1947 – in diesen liberalen Kontext gestellt wurde. Nur aus dieser Zeit finden sich in allen untersuchten Beständen Akten, die die Ehe als Privatangelegenheit der Ehegatten ansehen und die Entscheidung für oder gegen die Beachtlichkeit des Widerspruchs allein auf Gründe stützen, die sich unmittelbar auf die streitgegenständliche Ehe stützten.

2. Eine Norm – Zwei Weltanschauungen

Anschließend erfolgte im Osten wie im Westen eine erneute weltanschauliche Überformung der Zerrüttungsscheidung. In der SBZ/DDR wurde unter Bezugnahme auf Art. 30 der DDR-Verfassung der Gemeinschaftsbezug der Ehe betont, der Wert einer zerrütteten Ehe vor allem an Gemeinschaftsinteressen gemessen und die Lähmung der klagenden Ehemänner durch zerrüttete Ehen betont, die den Enthusiasmus um sozialistischen Neuaufbau bremsen konnten. Zweiter verfassungsrechtlicher Fixpunkt war die Gleichberechtigung von Frauen und Männern, die es als Verstoß gegen die Menschenwürde der Frau erscheinen ließ, eine Ehe allein deshalb aufrecht zu erhalten, damit die Frau lebenslang versorgt sei. Zerrüttete Ehen waren deshalb zu scheiden, die geschiedene Frau hatte wirtschaftlich auf eigenen Beinen zu stehen und die Rechtsprechung in der SBZ/DDR gelangte damit im Ergebnis zur gleichen Regel wie das Reichsgericht: Die Beachtung des Widerspruchs der beklagten Frau wurde zur Ausnahme, die noch enger gefaßt worden sein dürfte als vom Reichsgericht; ältere Ehefrauen wurden durch einen richterlich vermittelten Tausch des Widerspruchsrechts gegen eine notarielle Unterhaltspflicht geschützt. Die zügige Ehescheidung war damit ein Instrument des gesellschaftlichen Umbaus in der DDR hin zu einer wirtschaftlichen Selbständigkeit und Berufstätigkeit beider Ehegatten, die der Gleichberechtigung, die mit einem Tempo durchgesetzt werden sollte, das die Bevölkerung schlicht überfordert haben dürfte, ebenso diente, wie der Dienstbarmachung der weiblichen Arbeitskraft für den wirtschaftlichen Neuaufbau und der Schwächung des Familienverbandes.

Im Westen hingegen begann der Weg in die „Versorgungsehe“, die in der DDR gerade abgelehnt wurde. Zwar setzte sich auf Dauer die Lösung einer Abwägung aller für und gegen die Aufrechterhaltung der Ehe sprechenden Gesichtspunkte durch, diese Gesichtspunkte wurden jedoch religiös-weltanschaulich aufgeladen, so daß von der Grundregel der Unauflösbarkeit der Ehe ausgegangen wurde und nur ganz erhebliche Gründe ganz ausnahmsweise gegen die Beachtlichkeit des Widerspruchs in Feld geführt werden konnten. Hatte eine Frau geheiratet, so konnte sie sich also – eigenes ehetreues Verhalten vorausgesetzt – schon nach kürzester Ehedauer sicher sein, ein Recht auf lebenslange Versorgung durch lebenslange Ehe erworben zu haben – einmal Chefarztgattin, immer Chefarztgattin. Verdiente der Ehemann ausreichend, so bestand für die Ehefrau keine Veranlassung, eine Erwerbstätigkeit aufzunehmen, denn sie mußte keinen wirtschaftlichen Abstieg durch Scheidung fürchten; freilich wurde sie wirtschaftlich abhängig von ihrem Mann, der im Gegensatz zu ihr nicht darauf verwiesen war, sich ehetreu zu verhalten. Das Aufgabenfeld der Ehefrau konnte sich allein auf die Führung des Haushalts und die Kindererziehung beschränken. Auch im Westen war die Zerrüttungsscheidung, besser gesagt: ihre faktische Abschaffung, ein Mittel des gesellschaftlichen Umbaus hin zur Hausfrauenehe mit einer klaren Rollenzuweisung an Mann und Frau.

Pointiert: Wer möchte, daß verheiratete Frauen erwerbstätig sind, sagt ihnen: Achtung, Ihr könnt – praktisch ohne jegliche Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt – jederzeit aus Eurer Ehe fliegen, auch wenn Ihr absolut ehetreu seid. Verlaßt Euch nicht auf Euren Mann, sorgt besser vor! Wer möchte, daß verheiratete Frauen sich auf die Rolle der Hausfrau und vielleicht Mutter beschränken, sagt ihnen: Keine Sorge, Ihr könnt – ehetreues Verhalten vorausgesetzt – gegen Euren Willen niemals aus Eurer Ehe fliegen. Für den Rest des Lebens seid Ihr mit Eheschließung abgesichert. Scheidungsrecht – oder besser: Scheidungsrechtsprechung – ist also schlicht ein probates Mittel zur Verfolgung gesellschaftspolitischer Ziele.

3. Der Kampf um die Deutungshoheit

Die Neuorientierung der Rechtsprechung zu § 48 EheG 1946 war begleitet von einer wahren Publikationsflut. Diese Flut läßt sich kaum mit der hohen praktischen Bedeutung der Norm begründen, denn eine Zerrüttungsscheidung erfolgte in allenfalls 2-3% der Scheidungsfälle und die Frage nach der Beachtlichkeit des Widerspruchs des beklagten Ehegatten stellte sich wiederum nur bei einem Teil der Scheidungen nach § 48 EheG, denn die Mehrzahl der Zerrüttungsscheidungen waren „glatte“, von beiden Ehegatten gewollte Scheidungen.

Sicher handelt es sich dabei um eine „Abgrenzungsdebatte“ oder „Selbstvergewissungsdebatte“. Die Autoren der Beiträge, die in ihrer Mehrzahl bereits vor 1945 prominent im Familienrecht tätig waren, wollten ihre Abgrenzung von nazistischen Inhalten demonstrieren, die sie in Wahrheit natürlich ohnehin nie ernsthaft vertreten hatten. Die Bezeichnung als Abgrenzungsdebatte oder Selbstvergewissungsdebatte scheint jedoch zu einseitig retrospektiv bestimmt und vernachlässigt den entscheidenden Gesichtspunkt: Bereits unmittelbar nach dem Ende des Krieges begann der Kampf um die

weltanschauliche Neuausrichtung im Nachkriegsdeutschland und dazu gehörte auch der Kampf um die Deutungshoheit über Begriffe wie Ehe oder Familie und über das Verhältnis von Ehe und Familie zum Staat. § 55 EheG 1938 = § 48 EheG 1946, der mit dem „Wesen der Ehe“ und der „Sittlichen Rechtfertigung“ der Aufrechterhaltung der Ehe arbeitete, war der ideale Anknüpfungspunkt für Erörterungen zum „heutigen“ Verständnis von Ehe und Familie. Karl Haff hat seinen Beitrag zum Nachkriegsdiskurs deshalb sehr hell-sichtig mit der Bemerkung eingeleitet: „Ein kleiner Paragraph rührt an die Grundfragen der modernen demokratischen Staatsverfassung“.²³

²³ Haff SJZ 1950, Sp. 485.

Die Entnazifizierung des deutschen Strafrechts

Friedrich-Christian Schroeder

Eine der wichtigsten Aufgaben der Rechtsentwicklung in Deutschland nach 1945 war die Bereinigung des Rechts von den Einflüssen des Nationalsozialismus. Dies gilt vor allem für das Strafrecht, denn die nationalsozialistischen Eingriffe waren hier besonders einschneidend. Der Beitrag behandelt zunächst den Bereinigungsbedarf (I-IV) und anschließend den komplizierten Bereinigungsprozess (V-VII).

I. DIE NATIONALSOZIALISTISCHEN REFORMBESTREBUNGEN

Sofort nach ihrer Machtergreifung nahmen die Nationalsozialisten die Schaffung eines neuen Strafgesetzbuchs in Angriff. Schon im Herbst 1933 erschien eine im Preußischen Justizministerium unter Leitung des damaligen Staatssekretärs Roland Freisler, des späteren abstoßenden Präsidenten des Volksgerichtshofs, erarbeitete Denkschrift „Nationalsozialistische Strafrecht“. Kurz darauf setzte der Reichsjustizminister Franz Gürtner eine aus fünf Wissenschaftlern, fünf Praktikern und einigen Ministerialbeamten bestehende amtliche Strafrechtskommission ein, die bis Ende 1934 einen Entwurf für ein Strafgesetzbuch erstellte. Gleichzeitig erarbeitete auch die neu gegründete, von dem Reichsjustizkommissar Hans Frank geleitete, Akademie für Deutsches Recht in Gestalt ihrer - ebenfalls von Roland Freisler geleiteten - Strafrechtsabteilung eine „Denkschrift“ „Grundzüge eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts“.

Der amtliche Entwurf wurde einer zweiten Lesung unterzogen und nach laufenden Veränderungen 1939 Hitler zur letzten Unterschrift vorgelegt. Diese wurde jedoch nicht vollzogen, offensichtlich weil Hitler kurz vor dem Angriff auf Polen nicht eine so radikale Umstellung der Strafrechtspflege riskieren wollte. Es ist allerdings bemerkenswert, dass bei dem großen totalitären Antipoden des Nationalsozialismus, der Sowjetunion unter Stalin, genau das gleiche geschah. Hier war 1936 in der so genannten Stalin-Verfassung der Union eigens die Kompetenz für ein Unionsstrafgesetzbuch zuerkannt worden, und es wurde ein entsprechender Entwurf erstellt. Auch dieser wurde überraschend nicht weiterverfolgt. Auch Stalin sah offensichtlich die Auseinandersetzung um Polen voraus. Die Parallele deutet aber noch auf einen weiteren, tieferen Grund hin: Kodifikationen enthalten eine gewisse Selbstbindung des Gesetzgebers, während die Beibehaltung der überkommenen Gesetzeswerke die jederzeitige Beiseiteschiebung einzel-

ner Regelungen als überholt erlaubt.¹ Nach Eb. Schmidt war der Entwurf wegen seiner rechtsstaatlichen Einschränkungen für Hitler unannehmbar.²

Trotz seiner lebhaften Reformbemühungen hat es der Nationalsozialismus also nicht geschafft, ein neues Strafgesetzbuch zu errichten.

II. DIE ÄNDERUNGEN DES STRAFGESETZBUCHS

Allerdings hat er durch zahlreiche Einzelgesetze erheblich in das überkommene Strafrecht eingegriffen und dieses für seine Zwecke umgestaltet. Zwischen 1933 und 1945 ergingen nicht weniger als 25 mehr oder weniger umfangreiche Änderungen des Strafgesetzbuchs. Zur Ermittlung dessen, was hieran typisch nationalsozialistisch war, bedarf es allerdings einer gründlichen Kenntnis der bisherigen Gesetzgebung und der Reformpläne. Denn unter den von dem Nationalsozialismus erlassenen Gesetzen waren zahlreiche Reformvorhaben, die bereits seit längerem geplant waren, aber von der Weimarer Republik wegen ihrer politischen Zerrissenheit nicht verwirklicht werden konnten. Hierher gehört vor allem die Einführung der Maßnahmen der Sicherung und Besserung gefährlicher, aber schuldloser Täter, die so genannte Zweispurigkeit, die erst eine reine Durchführung des Schuldprinzips ermöglichte. Diese Konzeption stammte von dem Schweizer Carl Stooß. Dieses Gesetz brachte auch eine so segensreiche Regelung wie die verminderte Schuldfähigkeit. Hierher gehört ferner die Einführung von Vorschriften gegen die Tierquälerei und gegen die Misshandlung Abhängiger. Die Verkehrsunfallflucht wurde lediglich aus dem Kraftfahrzeugverkehrsgesetz von 1909 in das Strafgesetzbuch überführt. Das Gesetz gegen erpresserischen Kindesraub von 1936 reagierte auf einen praktischen Fall von Kidnapping. Die Einführung der limitierten Akzessorität ermöglichte die Bestrafung von Anstiftung und Beihilfe auch zu schuldlosen Taten, zum Beispiel der Anstiftung von Kindern oder Geisteskranken. Die Umstellung des Mordes von der Tötung mit Vorbedacht auf die Tötung aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen oder heimtückisch passte zwar gut in die nationalsozialistische Ideologie mit ihrer Rückkehr zu germanischen Ehrvorstellungen, stammte aber ebenfalls aus der Schweiz, nämlich dem Strafgesetzentwurf von 1916, und beendete ein jahrzehntelanges Unbehagen über die bisherige Regelung.³ Selbst das neue politische Strafrecht von 1934 war in der Konstruktion der Tatbestände überraschend konservativ.⁴ Die Einführung der Möglichkeit der analogen Anwendung von Strafgesetzen 1935 gilt wegen der Aufhebung des Grundsatzes „nulla poena sine lege“ als Musterbeispiel des Verstoßes des nationalsozialistischen Rechtssystems gegen rechtsstaatliche Grundsätze. Mit ihrer Forderung nach Beachtung des „Grundgedankens eines Strafgesetzes“ berührte sie sich aber mit der Auslegung und

¹ So auch Eb. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 3. Aufl. 1965, S. 450.

² AaO S. 451.

³ Schroeder, Grundgedanken der Mordmerkmale, JuS 1984, 275 ff.

⁴ Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung in Strafrecht, 1970, S. 157 ff.

leistete zur Ausweitung der Strafbarkeit einen eher bescheidenen Beitrag.⁵ Eindeutig war allerdings die Einführung der Strafbarkeit der Beschimpfung der NSDAP in einem neuen § 134b StGB. Auch zeigte sich eine erhebliche Verschärfung der Rechtsfolgen, insbesondere eine verstärkte Androhung der Todesstrafe, die Einführung der Maßnahme der Zwangskastration wegen wiederholter schwerer Sexualstraftaten (die es freilich auch in den USA gab) und eine allgemeine Strafschärfung für gefährliche Gewohnheitsverbrecher. Gravierend war auch die häufige Anordnung der Rückwirkung neuer Strafgesetze. In der Einführung der Strafbarkeit der versuchten Anstiftung und Beihilfe, der Ausweitung der Strafbarkeit des Versuchs und der Beseitigung der obligatorischen Strafmilderung beim Versuch konnte man einen Einfluss des nationalsozialistischen Willensstrafrechts erkennen,⁶ doch rührten auch die Forderungen nach einem Willensstrafrecht schon von früher her.⁷ Die Umformulierung des Mordtatbestandes von „Einen Mord begeht, wer ...“ in „Mörder ist, wer ...“ sollte das Unrecht von der Tat auf den Täter verlagern, führte in der Praxis aber entgegen dieser Absicht zu einer einschränkenden Auslegung. Die berüchtigte Abhängigkeit der Strafbarkeit von dem „gesunden Volksempfinden“ wurde im Strafgesetzbuch nur für drei Tatbestände, nämlich Nötigung, Erpressung und Unterlassene Hilfeleistung, eingeführt. Ob die heutige Formulierung „als verwerflich anzusehen“ rechtsstaatlicher ist, ist überaus fragwürdig.

III. NEUES STRAFRECHT AUSSERHALB DES STRAFGESETZBUCHS

Umfangreicher und einschneidender war allerdings die Ausweitung des Strafrechts durch Gesetze und Verordnungen außerhalb des Strafgesetzbuchs, das so genannte Nebenstrafrecht, das entgegen seiner irreführenden Bezeichnung keineswegs ein „nebensächliches“ Strafrecht darstellt und sich gerade unter dem Nationalsozialismus fast zum Hauptstrafrecht entwickelte. Unter dem Nationalsozialismus ergingen mehr als 30 Gesetze und Verordnungen strafrechtlichen Inhalts.⁸ Hier können nur die wichtigsten wiedergegeben werden. Zur Sichtbarmachung der Entwicklung befolgen wir eine chronologische Reihenfolge.

Eine Verordnung mit dem dramatischen Titel „zur Abwehr heimtückischer Angriffe auf die Regierung der nationalen Erhebung“ vom 21. März 1933, seit 20. Dezember 1934 „Gesetz gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Partei-

⁵ Schreiber, Die Strafgesetzgebung im „Dritten Reich“, in: Dreier/Sellert (Hrsg.), *Recht und Justiz im „Dritten Reich“*, 1989, S. 151 ff., 164; Werle, *Justiz-Strafrecht und polizeiliche Verbrechensbekämpfung im Dritten Reich*, 1989, S. 169 ff., 178. Schlimme Beispiele allerdings bei Schreiber S. 163. Ablehnung aber z. B. für § 4 Wehrkraftschutzverordnung (Umgang mit Kriegsgefangenen), *Grau/Krug/Rietzsch, Deutsches Strafrecht*, Bd. 1, 2. Aufl. 1943, S. 178 f.

⁶ Werle (Fußn. 3), S. 427 ff.; Hartl, *Das nationalsozialistische Willensstrafrecht*, 2000 (jur. Dissertation Regensburg).

⁷ Schroeder, *Das Strafgesetz zwischen Tatvergeltung und Verhaltensverbot*, FS Otto, 2007, S. 165 ff., 169 f.

⁸ Fast vollständige Aufzählung und Inhaltsangabe bei Werle (Fußn. 3), S. 64-479.

uniformen“ , das so genannte Heimtückegesetz, bedrohte die Verbreitung unwahrer oder gröblich entstellter Behauptungen mit Freiheitsstrafe, die geeignet waren, das Wohl des Reiches oder das Ansehen der Reichsregierung oder der NSDAP und ihrer Gliederungen schwer zu schädigen, sowie hetzerische, gehässige oder von niedriger Gesinnung zeugende Äußerungen über leitende Persönlichkeiten des Staates oder der NSDAP oder ihre Anordnungen mit Freiheitsstrafe, auch bei Fahrlässigkeit.

Das „Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre“, kurz Blutschutzgesetz, vom 15. September 1935 bedrohte die Eheschließung und den außerehelichen Verkehr zwischen Juden und Staatsangehörigen deutschen oder artverwandten Blutes mit Zuchthausstrafe. Nachdem zwei Männer über das erste Teilstück der deutschen Autobahn ein Seil gespannt und dadurch einen der seltenen Benutzer ausgeraubt hatten, erging am 28. Juni 1938 das wütende Gesetz: „Wer in räuberischer Absicht eine Autofalle stellt, wird mit dem Tode bestraft“. Dieses Gesetz verstieß - obwohl unpolitisch - gleich vierfach gegen rechtsstaatliche Grundsätze: weite Vorverlagerung auf eine bloße räuberische Absicht, extreme Unschärfe der Tatbeschreibung („Autofalle stellen“), überhöhte Strafe, Rückwirkung.

Weitere exzessive Verschärfungen des Strafrechts brachte der Zweite Weltkrieg. Schon am 17. August 1938, also 14 Tage vor dem Angriff auf Polen, erging die berüchtigte Kriegssonderstrafrechtsverordnung, die in ihrem § 5 den öffentlichen Versuch, den - wie es bombastisch hieß - Willen des deutschen Volkes zur wehrhaften Selbstbehauptung zu lähmen oder zu zersetzen, mit der Todesstrafe bedrohte.⁹ Mit dieser Strafdrohung wurde jeder Zweifel am „Endsieg“ brutal erstickt, zumal das Merkmal „öffentlich“ dahin ausgeweitet wurde, dass der Täter nur mit einer Weiterverbreitung hatte rechnen müssen.¹⁰ Die VO über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen vom 1. September 1939 drohte für das Abhören ausländischer Sender die Zuchthausstrafe, das Verbreiten ihrer Nachrichten die Todesstrafe an.

Nur drei Tage später erging die Kriegswirtschaftsverordnung mit der Androhung von Zuchthaus oder Todesstrafe für die Beiseiteschaffung oder Zurückhaltung von Rohstoffen oder Erzeugnissen zum lebenswichtigen Bedarf. Diese Verordnung machte das verbreitete Schwarzschlachten zum lebensgefährlichen Unternehmen. Die VO gegen Volksschädlinge vom folgenden Tage drohte die Todesstrafe an für Straftaten gegen Leib, Leben oder Eigentum unter Ausnutzung der Maßnahmen zur Abwehr von Fliegergefahr, aber auch für die Begehung sonstiger Straftaten unter Ausnutzung der durch den Kriegszustand verursachten außergewöhnlichen Verhältnisse, wenn dies das gesunde Volksempfinden wegen der besonderen Verwerflichkeit der Straftat erfordere. Dass es besonders verwerflich war, wenn Personen aus dem Luftschutzkeller ihres zerbombten Hauses traten und sehen mussten, wie Plünderer noch die letzten Reste ihrer unzerstörten Habe wegschleppten, steht außer Frage. Aber nach dieser Vorschrift wurde auch die Mitnahme einer in den Trümmern liegenden Konservendose oder einer Tafel Schokolade bestraft.

⁹ Vorbild war der von der Fraktion der NSDAP 1930 im Reichstag vorgelegte Entwurf eines „Gesetzes zum Schutze der Nation“ (Reichstagsdrucksachen, IV. Wahlp., Nr. 1741.

¹⁰ Näher Schroeder GA 1964, 232.

Besonders gefährlich war die Möglichkeit der Kombination der verstreuten Gesetze, die juristische Kombinationslust weckte.¹¹ So wurde der ungarische jüdische Kaufmann Holmländer wegen des Austauschs von Zärtlichkeiten mit seiner „arischen“ Freundin bei Verdunkelung wegen eines Fliegeralarms zum Tode verurteilt und hingerichtet. Eine Verordnung vom 29.3.1940 bedrohte die Entwendung von gesammeltem Altmetall mit der Todesstrafe! Auch hierzu muss man wissen, dass viele Personen wertvollste Erinnerungsstücke und Familienschmuck zur Einschmelzung hergegeben hatten; nach einem Bericht erfolgte nach einem Hinweis von Goebbels auf das Gesetz „brausender Beifall der Tausende von Zuhörern“.¹²

Die VO gegen jugendliche Schwerverbrecher vom 4. Oktober 1939 erlaubte bei Schwerverbrechen die Anwendung des Erwachsenenstrafrechts und damit auch der Todesstrafe bei Jugendlichen ab 16 Jahren. Die Gewaltverbrecherverordnung vom 5. Dezember 1939 sah die Todesstrafe für alle schweren Gewalttaten mit Waffen vor. Dagegen brachte das neue Reichsjugendgerichtsgesetz von 1943 - abgesehen von der Anordnung seiner Nichtanwendung auf Nichtdeutsche - keine weiteren Verschärfungen, dafür aber zahlreiche Verbesserungen gegenüber dem überkommenen JGG. Besonders dieses Gesetz hat der späteren Entnazifizierung der Gesetzgebung erhebliche Schwierigkeiten bereitet.

Die sog. Wehrkraftschutzverordnung vom 25. November 1939 drohte für den das gesunde Volksempfinden gröblich verletzenden Umgang mit Kriegsgefangenen Zuchthaus an, die Verordnung über den Umgang mit Kriegsgefangenen vom 11. Mai 1940 für jeden Umgang mit Kriegsgefangenen.¹³

Dazu traten hunderte von strafbewehrten Polizeiverordnungen, insbesondere gegen die Juden, von der VO über das Auftreten von Juden in der Öffentlichkeit vom 26. November 1938 über die VO zur Kennzeichnung der Juden vom 1. September 1941, die VO gegen die Tarnung jüdischer Gewerbebetriebe vom 22. April 1938 bis zur Ersten VO zur Durchführung und Ergänzung des Brieftaubengesetzes vom 29. November 1938.¹⁴

Am 5. Mai 1944 erlaubte die Verordnung zur Ergänzung des Kriegssonderstrafrechts schließlich bei allen Straftaten mit einer ernsten Gefahr für die Kriegsführung die Überschreitung der Strafdrohungen bis zur Anwendung der Todesstrafe bei Erfordernis nach gesundem Volksempfinden.¹⁵

¹¹ Schroeder, Der Umgang mit dem Umgang der Justiz nach 1945 mit ihrer eigenen Vergangenheit, Rechts-historisches Journal, Bd. 7, 1988, S. 389 ff.

¹² Gleispach DStR 1941, 2.

¹³ Hierbei wieder eine raffiniert verschleiernde Verweisung auf „eine zur Regelung des Umgangs mit Kriegsgefangenen erlassene Vorschrift“ in § 4 I. Alt. der Wehrkraftschutzverordnung.

¹⁴ Aufzählung bei Walk, Das Sonderrecht für die Juden im NS-Staat, 1981.

¹⁵ Schreiber (Fußn. 5), S. 171.

IV. DER ZUSTAND DES DEUTSCHEN RECHTS AM ENDE DES NATIONALSOZIALISMUS

Das deutsche Recht war also am Ende des Nationalsozialismus entgegen dessen Selbstauffassung vom totalen nationalsozialistischen Staat nicht total nationalsozialistisch, aber doch von hunderten nationalsozialistischer Bestimmungen durchsetzt, „kontaminiert“, wie ein emigrierter deutscher Jurist in einer Eingabe an das amerikanische Justizministerium sagte.¹⁶ Dabei liegt eine quantitative Ermittlung des Anteils nationalsozialistischer Bestimmungen neben der Sache; entscheidend war, dass wichtige „Schlüsselstatbestände“, insbesondere diejenigen gegen Äußerungen wie im „Heimtückegesetz“ und gegen die „Wehrkraftersetzung“ nationalsozialistischen Inhalt hatten.¹⁷ Besonders einschneidend war die häufige Androhung und Verhängung der Todesstrafe. Für die Zeit des Nationalsozialismus werden allein in der ordentlichen Justiz 16.000 vollstreckte Todesurteile geschätzt; dazu kommt die rigorose Wehrmachtjustiz. Dass diese erschreckenden Zahlen von der Bevölkerung hingenommen worden, kann ich mir nur dadurch erklären, dass die tägliche Angst vor Todesmeldungen von der Front und die laufenden Todesmeldungen in der Nachbarschaft den Sinn für den Wert des menschlichen Lebens abstumpften.

V. DIE „ENTNAZIFIZIERUNG“ DES STRAFRECHTS

1. Allgemeines

Die Beseitigung dieser nationalsozialistischen Durchsetzung des deutschen Strafrechts erwies sich schon wegen des Umfangs der Aufgabe, aber auch wegen der technischen und rechtlichen, insbesondere auch völkerrechtlichen, Probleme als überaus kompliziert.

Einigkeit bestand darüber, dass man nicht ein völlig neues deutsches Recht schaffen konnte. Man musste sich also der mühseligen und schwierigen Aufgabe unterziehen, die nationalsozialistischen Einfügungen wieder aus dem Strafrecht herauszufiltern. Die nächstliegende Lösung, alle nationalsozialistischen Änderungen des Strafrechts aufzuheben, wurde zwar auf der Potsdamer Konferenz von dem sowjetischen Außenminister Molotow verlangt, aber von den übrigen Alliierten mit Recht abgelehnt. Denn wie dargelegt, hatten die Nationalsozialisten auch viele frühere politisch unverfängliche Reformvorhaben verwirklicht und auch sonst eine Reihe von durchaus sinnvollen Reformen vorgenommen. Damit ergab sich die zusätzliche Mühe, die nationalsozialistischen Reformen auf ihren Inhalt hin durchzuprüfen und die rechtsstaatswidrigen Bestandteile aus ihnen herauszufiltern.

¹⁶ Etzel, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat (1945 - 1948), 1992, S. 3.

¹⁷ S. hierzu allgemein Schroeder, Das Strafrecht des realen Sozialismus, 1983, S. 195.

Das zweite Hauptproblem bestand darin, wer diese umfangreichen Änderungen vornehmen sollte. Die Auffassung der Alliierten ging zunächst dahin, diese Änderungen Deutschland selbst zu überlassen, notfalls unter dem Zwang entsprechender Kapitulationsbedingungen. Im Laufe des Jahres 1944 setzte sich jedoch die Erkenntnis durch, dass nach dem Ende des Krieges keine funktionsfähige deutsche Regierung mehr vorhanden sein würde. Die Alliierten wollten daher die Aufhebung des nationalsozialistischen Rechts in die eigene Hand nehmen. Die Kompetenz hierzu warf zwar erhebliche völkerrechtliche Probleme auf, da man trotz der bedingungslosen Kapitulation die Völkerrechtssubjektivität Deutschlands wegen der daraus drohenden Verpflichtungen nicht beseitigen wollte, doch glaubte man sie mit einer Fortentwicklung des Völkerrechts begründen zu können.¹⁸

Entsprechende gemeinsame Institutionen der Alliierten fehlten jedoch zunächst. Im Londoner Protokoll vom 12. September 1944 hatten Großbritannien, die Sowjetunion und die USA vereinbart, Deutschland nach der bedingungslosen Kapitulation in Besatzungszonen einzuteilen. Im Londoner Abkommen vom 14. November 1944 hatten sie darüberhinaus die Bildung eines gemeinsamen Kontrollrats durch die Oberbefehlshaber der Streitkräfte beschlossen. Die konkrete Bildung wurde aber erst in der Berliner Erklärung vom 5. Juni 1945, also fast einen Monat nach der Kapitulation (7. Mai) erklärt; seine Arbeit nahm der Kontrollrat sogar wegen einer sowjetischen Verzögerungstaktik erst am 30. Juli 1945, also wiederum fast zwei Monate später, auf.¹⁹

2. Das Militärregierungsgesetz Nr. 1

Im übrigen wollten die Alliierten mit der Beseitigung rechtsstaatswidriger Gesetze nicht bis zur Kapitulation Deutschlands warten, sondern diese so bald wie möglich in den eroberten Gebietsteilen vornehmen. Aus diesem Grunde erarbeitete das im Februar 1944 eingerichtete Supreme Headquarters Allied Expeditionary Forces (SHAEF) unter General Eisenhower das Militärregierungsgesetz Nr. 1, das kein Datum enthält, sondern nach seinem Art. VI „am Tage seiner ersten Verkündung in Kraft tritt“. Dies bedeutete, dass es mit dem Einmarsch in Deutschland am 18. September 1944 nach Maueranschlag am jeweiligen Ort der Besetzung in Kraft trat.²⁰ Das Gesetz befolgte die Erkenntnis, dass eine lange Liste von aufzuhebenden Gesetzen unübersichtlich ist und den Unrechtscharakter des für sie zuständigen Systems eher verdeckt, eine Generalklausel andererseits zu einer beträchtlichen Rechtsunsicherheit führt. Das Gesetz kombinierte daher das Katalogsystem mit einer konkretisierten Generalklausel. Als „außer Kraft gesetzt“ wurden in Art. I neun nationalsozialistische Gesetze erklärt, darunter von Strafgesetzen das Heimtückegesetz und das Blutschutzgesetz und eigenartigerweise das eher harmlose Gesetz zum Schutze der nationalen Symbole mit seiner Übertretungsstrafdrohung. Die Formel von der „Außerkraftsetzung“ folgte noch der anfänglichen Auffassung, wonach die Besat-

¹⁸ Näher Etzel (Fußn. 16), S. 30 ff.

¹⁹ Etzel (Fußn. 16), S. 48.

²⁰ v. Schmoller/Maier/Tobler, Handbuch des Besatzungsrechts, 1951, § 25 S. 3, 14, § 120 S. 4, 18; Etzel (Fußn. 16), S. 26.

zungsmächte nur die Kompetenz zu einer Außerkraftsetzung hätten, während die Überschrift „abrogation“ die spätere radikale Auffassung zum Ausdruck bringt.²¹ Bemerkenswert war die Technik der Generalklausel in Art. II. Hier wurde nämlich die Anwendung von deutschen Rechtssätzen untersagt, wenn diese Anwendung Ungerechtigkeit oder Ungleichheit dadurch verursachen würde, dass jemand wegen seiner Beziehung zur NSDAP, zu deren Gliederungen, angeschlossenen Verbänden oder betreuten Organisationen begünstigt oder wegen seiner Rasse, Staatsangehörigkeit, seines Glaubensbekenntnisses oder seiner Gegnerschaft zur NSDAP und deren Lehren benachteiligt wird. Art. III verbot die Auslegung deutschen Rechts nach nationalsozialistischen Lehren, Art. IV die Verhängung grausamer oder übermäßig hoher Strafen und der Todesstrafe aufgrund von nach dem 30. Januar 1933 verkündeten Gesetzen sowie die Bestrafung aufgrund von Analogie oder dem „gesunden Volksempfinden“ (wiederholt in der Kontrollrats-Proklamation Nr. 3 vom 20. Oktober 1945, II 3). Jeder Verstoß gegen das Gesetz wurde nach Art. V „nach Ermessen des Gerichts der Militärregierung mit jeder gesetzlich zulässigen Strafe ausschließlich der Todesstrafe“ bedroht - das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtsstaatlichkeit enthielt also eine Strafvorschrift von krass rechtsstaatswidriger Unbestimmtheit! Das Verbot der Bestrafung nach „gesundem Volksempfinden“ zog lange Kontroversen nach sich, ob die eine Verweisung darauf enthaltenden Vorschriften: Nötigung, Erpressung und Unterlassene Hilfeleistung, überhaupt noch anwendbar waren.²² In den „Bestimmungen zu Gesetz Nr.1“ wurden zahlreiche Durchführungs-, Ausführungs- und Ergänzungsverordnungen aufgeführt, die zugleich aufgehoben seien.²³ Dieses Gesetz wurde im Amtsblatt der US-Militärregierung noch einmal veröffentlicht.²⁴ In der britischen und der französischen Besatzungszone wurde es ausdrücklich übernommen und publiziert.²⁵ Nachdem die westlichen Alliierten die Sowjets von ihrer ursprünglichen Absicht einer Aufhebung aller nationalsozialistischen Änderungsgesetze abgebracht hatten, erließ auch die Sowjetische Militäradministration für Deutschland (SMAD) am 17. September 1945 einen entsprechenden Befehl Nr. 66 „Abschaffung der Sondergerichte und Aufhebung der faschistischen Gesetze in der Sowjetischen Okkupationszone in Deutschland“ (die sowjetische Bezeichnung des Nationalsozialismus als „Faschismus“ beruht auf dem Bestreben, den Begriff des „Sozialismus“ zu schützen).

3. Die Kontrollratsgesetze

Der Alliierte Kontrollrat trat - wie gesagt - zum ersten Mal am 30. Juli 1945 zusammen. Der Kontrollrat bildete für die Rechtsbereinigung ein „Rechtsdirektorat“, dem 86 amerikanische, 45 britische, 30 sowjetische und 35 französische Teilnehmer angehörten, von

²¹ Etzel (Fußn. 16), S. 10 ff., 19 f.

²² Zur Auswirkung der Gesetzgebung der Besatzungsmächte auf das deutsche Strafbuch, Süddeutsche Juristen-Zeitung, 1946, S. 121 f.

²³ In der amtlichen deutschen Übersetzung fehlt bemerkenswerterweise in Part I der Hinweis, dass diese Normen „are deprived of effect“.

²⁴ v. Schmoller/Maier/Tobler (Fußn. 13), § 25 S. 3, § 120 S. 18

²⁵ AaO (Fußn. 24), § 25 S. 3

denen jedoch weniger als ein Drittel an den Sitzungen teilnahmen.²⁶ Am 20. September 1945 erging das Kontrollratsgesetz Nr. 1 „Aufhebung von Nazi-Gesetzen“, das im wesentlichen dem Militärregierungsgesetz Nr. 1 entsprach, aber bemerkenswerterweise nicht die Verordnung gegen den Waffenbesitz der Juden aufhob, da dies den alliierten Sicherheitsinteressen widersprach.²⁷ Von den Anwendungs- und Auslegungsvorschriften wurde nur das Diskriminierungsverbot übernommen (Art. II), da die übrigen Vorschriften den Sowjets verwirrend und unklar erschienen.²⁸ Der wahre Grund dürfte jedoch gewesen sein, dass diese Vorschriften (Analogieverbot, Verbot übermäßig hoher Strafen und Auslegung nach nationalsozialistischen Lehren) dem sowjetischen Recht krass widersprachen.

Speziell der Aufhebung von Strafvorschriften diente das Kontrollratsgesetz Nr. 11 vom 30. Januar 1946. Hierfür wurde ein eigener Unterausschuss „Criminal Code Committee“ gebildet.²⁹ Das KRG Nr. 11 hob in Art. I 40 Paragraphen des Strafgesetzbuchs bzw. einzelne Absätze oder Ziffern auf, darunter die Wahlfeststellung, die Strafflosigkeit der Schlägertumsur und § 370 Ziff. 3 (Erwerb von Uniformstücken ohne Genehmigung des Kommandeurs!). Dass die §§ 80-94 StGB, also das politische Strafrecht, nach dem KRG Nr. 1 noch einmal aufgehoben wurden, beruht darauf, dass dadurch das politische Strafrecht von 1871 wieder in Kraft getreten war.³⁰ Dies wollten die Alliierten zum Zweck der Strafflosigkeit deutscher Kollaborateure vermeiden.³¹ Auch sonst benutzten die Alliierten die Aufhebung von Rechtsvorschriften durchaus zu ihrem Schutz. So hob das KRG Nr. 11 den 1878 geschaffenen § 353a StGB gegen den Vertrauensbruch im auswärtigen Dienst auf. Immerhin betitelte sich das Gesetz ehrlich nicht mehr als „Aufhebung von Nazi-Gesetzen“, sondern als „Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts“. Art. II hob 16 nationalsozialistische strafrechtliche Nebengesetze auf, darunter bemerkenswerterweise unter Hinweis auf die schwierige wirtschaftliche Situation Deutschlands³² nicht die Kriegswirtschafts- und die Gewaltverbrecherverordnung. Die britische Untergruppe hatte sogar erwogen, auch die Volksschädlingsverordnung in Kraft zu lassen. Dies wurde lediglich mit der Begründung abgelehnt, dass einige ihrer Vorschriften das Fortbestehen des Kriegszustandes voraussetzten!³³

Das Criminal Code Committee arbeitete darüber hinaus an einer Neufassung des gesamten Strafgesetzbuchs. Ein Vorentwurf wurde im Juni 1946 fertiggestellt.³⁴ Dieser wurde den inzwischen eingerichteten deutschen Stellen, in der amerikanischen Zone den

²⁶ Etzel (Fußn. 16), S. 59 ff.

²⁷ Etzel (Fußn. 16), S. 81.

²⁸ Etzel (Fußn. 16), S. 82.

²⁹ Etzel (Fußn. 16), S. 83.

³⁰ Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung in Strafrecht, 1970, S. 176 m. eingeh. Nachw. zum Streitstand. S. a. Etzel (Fußn. 16), S. 85 f.

³¹ Etzel (Fußn. 16), S. 84.

³² Etzel (Fußn. 16), S. 175.

³³ Etzel (Fußn. 16), S. 84.

³⁴ Zum Folgenden Etzel (Fußn. 16), S. 169 ff.

Landesjustizministern, in der britischen Zone dem Zentralen Rechtsausschuss, zugeleitet. Einen besonderen Einfluss entfaltete der von den Franzosen eingeschaltete Freiburger Professor Adolf Schönke. Er setzte sich für eine weit gehende Beibehaltung der nationalsozialistischen Reformen ein, da diese weit gehend an ausländische Vorbilder angeknüpft hätten. Großen Einfluss hatte auch der Berliner Professor Eduard Kohlrausch, Verfasser eines in zahlreichen Auflagen erschienenen Kommentars zum Strafgesetzbuch, bis im Frühjahr 1947 ein in der Ostzone eingesetzter Untersuchungsausschuss nationalsozialistische Publikationen aufdeckte. Nach Eb. Schmidt wiederum gehört die Entlassung dieses „getreuen Eckarts der Rechtsidee“, der durch seine Arbeit den nationalsozialistischen Strafgesetzbuchentwurf für die Machthaber unannehmbar gemacht habe (s. o. I), zu den „Unbegreiflichkeiten einer sittlich verwirrten Welt“.³⁵

Die Sowjets protestierten gegen die zeitliche Verzögerung und verlangten die Einhaltung der Potsdamer Grundsätze. Das Ergebnis war das Kontrollratsgesetz Nr. 55 vom 20. Juni 1947. Dieses hob weitere 16 nationalsozialistische Strafvorschriften auf, jedoch weit gehend solche, die wegen der Zerschlagung des NS-Regimes ohnehin keine praktische Bedeutung mehr hatten,³⁶ ferner das unpolitische, aber rechtsstaatswidrig weite Autofallengesetz.

In der Folgezeit gingen die Beratungen immer mehr von einer Entnazifizierung zu einer Reform des deutschen Strafrechts über.³⁷ Die Sowjets verlangten eine Beseitigung der Strafbarkeit des Ehebruchs, während die westlichen Alliierten dies den Deutschen überlassen wollten;³⁸ lebhaft diskutiert wurden auch zahlreiche andere Vorschriften. Zur Reform der Bestimmungen gegen die Abtreibung wurden alliierte Stellen und der Kontrollrat von den beiden großen Kirchen, Frauenvereinen verschiedener weltanschaulicher Zugehörigkeit und politischen Körperschaften bedrängt.³⁹ Über diesen Beratungen zerbrach die alliierte Zusammenarbeit und mit ihr die Gesamtreform des Strafgesetzbuchs.

Bei der Beurteilung des Reichsjugendgerichtsgesetzes von 1943 wurde allgemein anerkannt, dass dieses fortschrittliche Elemente enthielt, und man war unsicher, welche Elemente als nationalsozialistisch anzusehen waren.⁴⁰ Die Allgemeinen Anweisungen an Richter Nr. 1 der Militärregierung sahen daher nur die Nichtanwendbarkeit von Bestimmungen vor, die (a) Jugendliche wegen ihrer Rasse, Staatsangehörigkeit, Religion oder aus einem sonstigen Grunde unterschiedlich behandeln (b), kriminalbiologische Untersuchungen vorsehen (c) militärische Erziehung oder Jugendschutzlager vorschreiben.⁴¹ Ende 1945 wurde auf Anregung der Franzosen ein Unterausschuss für die Reform des

³⁵ AaO (Fußn. 1), S. 451.

³⁶ Etzel (Fußn. 16), S. 130.

³⁷ Etzel (Fußn. 16), S. 196.

³⁸ Etzel (Fußn. 16), S. 174.

³⁹ Etzel (Fußn. 16), S. 189.

⁴⁰ Etzel (Fußn. 16), S. 139.

⁴¹ Sellert/Rüping, Studien- und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Bd. 2, 1994, S. 334 ff.

Reichsjugendgerichtsgesetzes eingerichtet.⁴² Auch die Beratungen darüber zogen sich jedoch so lange hin, bis die Zusammenarbeit der Alliierten im Kontrollrat beendet war.

VI. FAZIT

Unsere Darstellung hat überraschend wenige Eingriffe in das Strafgesetzbuch durch die Alliierten ergeben. Teilweise ist hieraus eine „gescheiterte Aufhebung“⁴³, eine „umfassende Kontinuität der rechtlichen Basis“⁴⁴ gefolgert worden; die fehlende Befreiung von den nationalsozialistischen Lehren zeige sich in einer erdrückenden Übernahme von nationalsozialistischen Gesetzen.⁴⁵ Diese Auffassung trifft jedoch nicht zu.⁴⁶ Wir hatten festgestellt, dass die wesentlichen Eingriffe der Nationalsozialisten in das Strafrecht außerhalb des Strafgesetzbuchs, im so genannten Nebenstrafrecht, erfolgten. Und dieses wurde so gut wie vollständig aufgehoben. Außerdem hatten wir festgestellt, dass zahlreiche von den Nationalsozialisten eingeführte Änderungen des Strafgesetzbuchs auf dem Gedankengut der vorhergehenden Epochen beruhten. Auch dies gilt nicht nur für einzelne Institute und Konzeptionen wie z. B. die Ergänzung der Strafen durch Maßregeln der Sicherung und Besserung, sondern auch für die Ausdehnung der Versuchsstrafbarkeit als Folge der Loslösung vom Zufallselement des Erfolgseintritts.

Rechtsprechung und Gesetzgebung haben bemerkenswerterweise sogar gegen die Aufhebung von gesetzlichen Bestimmungen durch die Alliierten bisherige Traditionen fortgeführt. So erklärte die Rechtsprechung schon 1946, die Aufhebung des § 2b StGB über die Wahlfeststellung bedeute nur, dass es nun an einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift über die Wahlfeststellung fehle und somit der gleiche Rechtszustand gelte wie vor 1935.⁴⁷ Das Staats- und Verfassungsschutzrecht von 1951 zeigte - teilweise auf dem Umweg über die Schweiz - manchen Anklang an das nationalsozialistische Recht.⁴⁸ Schon 1952 wurde wieder eine Bestimmung gegen den räuberischen Angriff auf Kraftfahrer eingeführt, die sich mit dem Unternehmen eines Angriffs auf die Entschlussfreiheit des Fahrers begnügte und damit das Autofallengesetz von 1938 nur wenig präzisierete (§ 316a StGB).

Das Dritte Strafrechtsänderungsgesetz von 1953, auch „Strafrechtsbereinigungsgesetz“ genannt, beseitigte dann eine Reihe von überhöhten Strafdrohungen, Anordnungen der Versuchsstrafbarkeit und zu weiten Tatbestandsfassungen, beschränkte sich aber

⁴² Etzel (Fußn. 16), S. 140.

⁴³ Etzel (Fußn. 16), S. 133 ff.

⁴⁴ Sellert/Rüping (Fußn. 41), S. 298.

⁴⁵ G. Wolf, Befreiung des Strafrechts vom nationalsozialistischen Denken?, JuS 1996, 189 ff., 191. I. I. I. I. eine

⁴⁶ S. a. Rückert, Strafrechtliche Zeitgeschichten - Vermutungen und Widerlegungen, KritV Bd. 84 (2001), S. 223 ff., 248 ff.

⁴⁷ Nachw. bei Dannecker, Strafgesetzbuch - Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, Anh § 1 Rn. 40.

⁴⁸ Schroeder, Der Schutz von Staat und Verfassung in Strafrecht, 1970, S. 178 ff.

in Erwartung der gerade in Angriff genommenen Großen Strafrechtsreform auf das nötigste.⁴⁹ Die Große Strafrechtsreform zog sich bekanntlich in die Länge und blieb Anfang der sechziger Jahre gänzlich stecken, doch wurde die Gesamtreform in Teilschritten durch das 3.-6. Strafrechtsreformgesetz verwirklicht. Das 6. Strafrechtsreformgesetz vor 1998 beseitigte auch endlich die letzten rechtsstaatswidrigen Elemente des Tatbestands des Räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer, des Nachkommens des „Autofallengesetzes“ von 1938.

VII. EX-TUNC-AUFHEBUNG UND WIEDERGUTMACHTUNG

Unter den Alliierten war ziemlich bald eine Einigung dahingehend entstanden, dass die umfangreiche Beseitigung der nationalsozialistischen Einflüsse auf das deutsche Recht nur ex nunc, nicht aber ex tunc erfolgen sollte⁵⁰. Letzteres hätte die sofortige Entstehung massenhafter Rückgabe- und Entschädigungsansprüche zur Folge gehabt.⁵¹ Allerdings konnte diesem Problem nicht auf die Dauer ausgewichen werden. In der Folgezeit entstand daher eine umfangreiche Wiedergutmachungsgesetzgebung.

⁴⁹ Näher Lange NJW 1953, 1161 ff.

⁵⁰ Diese Möglichkeit vertrat nur Radbruch für Gesetze, die Gerechtigkeit nicht einmal erstreben, und warnte zugleich davor, „welche furchtbaren Gefahren für die Rechtssicherheit der Begriff des ‚gesetzlichen Unrechts‘, die Leugnung der Rechtsnatur positiver Gesetze, mit sich bringen kann“ (Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ 1946, 105 ff., 107).

⁵¹ Etzel (Fußn. 16), S. 50 f.

Erbhöfe und Höfeordnung nach 1945

Ignacio Czeguhn

I. EINLEITUNG

„Unbequem, stachelig und trotzig steht dieses Gesetz da, schon in seinem Äußeren. Es spricht nicht die Sprache der eleganten Jurisprudenz. Nicht Juristen sollen es lesen mit dem selbstzufriedenen Behagen, eine exakte Konstruktion vor sich zu haben, eine Konstruktion, die nur ihrem Geheimwissen und ihrer Geheimsprache verständlich ist. Nein, dieses Gesetz will in seinen grundlegenden Bestimmungen geeignet sein, dem Bauernbub vom Lehrer in der Dorfschule näher gebracht zu werden. Nicht für die Juristen sind Gesetze da, sondern für das Volk.“¹ So lesen wir 1933 im Kommentar zum Reichserbhofgesetz von Wagemann/Hopp. Roland Freisler war der Verfasser dieser Worte. Er konnte nicht ahnen, dass dieses unbequeme und stachelige Gesetz nur bis zum Jahre 1947 Wirksamkeit haben sollte.

Im Streben nach weiterer Rechtsvereinheitlichung, als Beispiel mag das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) zu Beginn des 20. Jahrhunderts dienen, wurde auch das „Landwirtschafts(erb)recht“ für ganz Deutschland nach mehreren Anläufen einheitlich im Reichserbhofgesetz geregelt. Dieses landwirtschaftliche Sonder(erb)recht war sowohl in der Formulierung als auch in seiner Systematik geprägt von der „Blut und Boden“ Ideologie des nationalsozialistischen Gesetzgebers.² In der Präambel und § 13 REG wird z. B. ausgeführt³:

„Präambel: Die Reichsregierung will unter Sicherung alter deutscher Erbsitte das Bauerntum als Blutquelle des deutschen Volkes erhalten.“

„§ 13: Erfordernis deutschen oder stammesgleichen Bluts. (1) Bauer kann nur sein, wer deutschen oder stammesgleichen Blutes ist. (...)“

Das Reichserbhofgesetz war bereits am 29. September 1933 erlassen worden und stellte damit eines der ersten Gesetze nach der Machtergreifung im selben Jahre dar.⁴ Federführend beim Erlass war Richard Walther Darré beteiligt, der Reichsminister für Ernährung und Landwirtschaft und oberster Reichsbauernführer wurde.⁵ Durch das Reichserbhofgesetz wurden rund 35% der damaligen land- und forstwirtschaftlichen Besitzungen zu Erbhöfen deklariert und in die Erbhöferolle eingetragen. Ein Erbhof durfte nicht kleiner als 7,5 und nicht größer als 125 Hektar sein. Die Größe von 7,5 Hektar - ein Hektar sind 10000 Quadratmeter – entsprach laut Gesetz einer „Ackernahrung“, das war „... diejeni-

¹ Freisler in: Wagemann, Gustav/Hopp, Karl, Reichserbhofgesetz, Berlin 1935, S. 29.

² Vgl. insbesondere Darré, Richard Walther, Neuadel aus Blut und Boden, München 1930.

³ Reichserbhofgesetz von 1933.

⁴ Zum Erbhofrecht Czeguhn, Ignacio, HRG Bd. I, 6. Lfg., Sp. 1365-1366.

⁵ Zur Person Darrés vgl. Stockhorst, Erich, Wer war was im Dritten Reich, 2. Aufl. Kiel 1985.

ge Menge Landes ..., welche notwendig ist, um eine Familie unabhängig vom Markt und der allgemeinen Wirtschaftslage zu ernähren und zu bekleiden sowie den Wirtschaftsablauf des Erbhofes zu erhalten ...“. Der Erbhof war unveräußerlich und unbelastbar, er ging unteilbar auf den Anerben über.⁶ Die Rechte der Miterben beschränkten sich auf das übrige Vermögen des Bauern. Der Erbhofbesitzer wurde per Gesetz als Bauer, alle anderen Bauernhofbesitzer als Landwirte bezeichnet. Vom Erbhofbauern wurde der Nachweis „arischer“ Abstammung verlangt. Zahlreiche Erbhofrechtsverordnungen passten das Gesetz, vor allem während des Krieges, an.⁷ Es wurde eine Sondergerichtsbarkeit (sog. Anerbenbehörden) eingeführt, die nach dem Verfahrensrecht der Freiwilligen Gerichtsbarkeit arbeitete. Das Reichserbhofgesetz galt als Paradebeispiel für das konkrete Ordnungsdenken des Dritten Reiches.⁸ Die Privilegierung der Bauern im „Neuen Staat“ galt aber nur vordergründig: Ökonomisch war das Reichserbhofgesetz kontraproduktiv, dies zeigen schon die Auseinandersetzungen bzgl. der Kompetenz zum Erlass und die Streitigkeiten bzgl. einiger praxisferner Vorschriften desselben zwischen Reichswirtschafts- Finanz- Justiz- und Landwirtschaftsministerium wie Nichtteilbarkeit, Nichtverkäuflichkeit und Nichtbeleihbarkeit des Bodens. Diese provozierten Wirtschafts- und Finanzministerium, ganz zu schweigen von einem großen Teil der Bauernschaft.

II. ENTSTEHUNG DER HÖFEORDNUNG

1. Das Kontrollratsgesetz Nr. 45⁹

Die alliierten Besatzungsmächte waren nach Beendigung des Zweiten Weltkrieges bestrebt, das vom Nationalsozialismus ideologisch stark geprägte Recht, und damit auch das Reichserbhofgesetz, aufzuheben. Sowohl von britischer Seite, als auch von deutscher sah man die Bedürftigkeit, das Landwirtschaftsrecht zu reformieren. Die Fortgeltung des Reichserbhofgesetzes, das formal nach Kriegsende fortbestand, konnte in der Praxis

⁶ Vgl. § 37 I REG.

⁷ Dies waren im einzelnen:

Die Erbhofrechtsverordnung vom 21.12.1936

Die Verordnungen über Erbhofrecht vom 23.12.1938 und vom 26.04.1939

Die Verordnung zur Änderung der Erbhofrechtsverordnung vom 28.09.1940

Gemeinschaftliche Bekanntmachung des Reichsjustizministers und des Reichsernährungsministers über die Feststellung des Erbbrauchs nach dem Reichserbhofgesetz

Verordnung über Erbhofrecht vom 22.01.1941

Verordnung über Kriegsvereinfachungen im Erbhofverfahren vom 29.05.1943

Die Verordnung zur Fortbildung des Erbhofrechts (Erbhoffortbildungsverordnung) vom 30.09.1943

Verordnungen des Jahres 1944.

⁸ Zum konkreten Ordnungsdenken im Erbhofrecht Busse, Martin, Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung, Berlin 1936; dazu auch Weitzel, Jürgen, Sonderprivatrecht aus konkretem Ordnungsdenken: Reichserbhofrecht und allgemeines Privatrecht 1933-1945. ZNR 1992, S. 55-79.

⁹ Kontrollratsgesetz Nr. 45, Aufhebung der Erbhofgesetze und Einführung neuer Bestimmungen über land- und forstwirtschaftliche Grundstücke vom 25. Februar 1947, in Kraft getreten am 24. April 1947.

aufgrund den zuvor nach Art. 1 I des Gesetzes Nr. 2 der Militärregierung aufgehobenen Anerbengerichten nicht greifen. Dies bedeutete, dass das Reichserbhofrecht unmittelbar nach Kriegsende ein materielles Recht ohne praktikables Verfahrensrecht darstellte.

Die Gesetzgebungsarbeiten am neuen Landwirtschaftsrecht begannen daher in der britischen Zone sehr früh. Im Herbst 1945 wurde vom Oberlandesgerichtspräsidenten in Celle der Entwurf einer Verordnung zur vorläufigen Regelung des Verfahrens in Pacht-, Landbewirtschaftungs- und Erbhofsachen ausgearbeitet. Diesen billigten die anderen Oberlandesgerichtspräsidenten. Der Entwurf betraf zunächst nicht das materielle Recht; er hatte vielmehr zum Ziel, das Verfahren von besonders vordringlichen Bereichen des früheren Landwirtschaftsrechts wieder in Gang zu bringen. Obwohl die Besprechungen, auch mit den maßgebenden britischen Stellen, sehr weit gediehen waren, wurde dieser Entwurf niemals in Kraft gesetzt.

Parallel zu diesen Gesetzgebungsarbeiten liefen diejenigen zur Neugestaltung des materiellen Landwirtschaftsrechts. Sie wurden im März 1946 intensiviert, als die Amerikaner dem Erbhofrechtsausschuss des Justizdirektoriums der Alliierten Kontrollbehörde einen Entwurf eines Gesetzes über die Aufhebung des Reichserbhof-Gesetzes und anderer agrarrechtlicher Bestimmungen vom 25.2.1946 vorlegten. Daraufhin erhielten die zuständigen deutschen Stellen von der britischen Militärregierung die Aufforderung sich zu diesem Gesetzesentwurf zu äußern und Vorschläge zu unterbreiten. In diesem Rahmen wurde der Entwurf eines Gesetzes über die Neuordnung des Bauern- und Bodenrechts (Bauernrechtsordnung) vom 8.4.1946 ausgearbeitet. Er gliederte sich folgendermaßen:

1. Teil: Bauernschaft; 2. Teil: Bauerngerichtsbarkeit; 3. Teil: Eigentumswechsel an landwirtschaftlichen Grundstücken, mit den Unterabschnitten - 1. Allgemeines, 2. Eigentumswechsel durch Rechtsgeschäft, 3. Eigentumswechsel durch Vererbung; 4. Teil: Pachtordnung; 5. Teil: Sicherung der Erzeugung, wobei auch die Zwangsversteigerung mit geregelt wurde; 6. Teil: Übergangs- und Schlussbestimmungen.

Dieser Entwurf enthielt somit das gesamte Agrarrecht in einer umfassend neu geregelten Form. Die dazugehörigen Verfahrensvorschriften wurden in der anschließend so genannten Bauerngerichtsordnung geregelt, wiederum einer vom Oberlandesgerichtspräsidenten in Celle entworfenen Verordnung.

Am 25.02.1947 wurde das Gesetz Nr. 45 des Kontrollrates erlassen, das am 27. April 1947 in Kraft trat und das Reichserbhofgesetz aufhob. Damit trat das Reichserbhofgesetz erst rund zwei Jahre nach Kriegsende außer Kraft. Das Kontrollratsgesetz 45 hatte als Rahmengesetz gleichzeitig zum Ziel, neue Bestimmungen über land- und forstwirtschaftliche Grundstücke zu erlassen. Daher rührte auch die Aufhebung aller mit dem Reichserbhofgesetz in Zusammenhang stehenden Erbhofverfahrensordnungen, Erbhoffortbildungsverordnungen und aller zusätzlichen Gesetze, Ausführungsvorschriften, Verordnungen und Erlasse und somit des gesamten nationalsozialistischen Erbhofrechts. Zugleich, und dies ist wesentlich, sah das Gesetz Nr. 2 vor, dass alle vor dem 1. Januar 1933 in Kraft gewesenen Gesetze über die Vererbung von Liegenschaften durch

gesetzliche Erbfolge oder Verfügung von Todes wegen wieder in Kraft treten sollten. Bedeutend und zukunftsgerichtet ist dann der Art. XI des Kontrollratsgesetzes 45:

„Durchführungsbestimmungen

1. Ungeachtet der Bestimmungen dieses Gesetzes können die Zonenbefehlshaber in ihren betreffenden Zonen gesetzliche Bestimmungen zur Änderung oder Aufhebung irgendwelcher, durch dieses Gesetz wieder hergestellter oder anderweitig in Kraft gesetzter Gesetzgebung erlassen. Die Zonenbefehlshaber sind ferner ermächtigt, für ihre betreffenden Zonen im Rahmen dieses Gesetzes und zur Durchführung seiner Bestimmungen Verordnungen zu erlassen.

2. Die den Zonenbefehlshabern auf Grund dieses Gesetzes zustehenden Befugnisse werden in Berlin von der Alliierten Kommandatura ausgeübt.“

Damit hatten die Zonenbefehlshaber eine doppelte Ermächtigungsgrundlage erhalten: zum einen konnten sie Durchführungsbestimmungen erlassen, aber auch gesetzliche Bestimmungen, welche die soeben wieder in Kraft getretenen vernationalsozialistischen landwirtschaftsrechtlichen Bestimmungen änderten oder aufhoben. Für die Aufnahme einer solchen Regelung hatten sich insbesondere die Briten vehement eingesetzt.

2. Die Militärregierungsverordnung Nr. 84¹⁰

Die auf Grund des Art. XI des KRG Nr. 45 erlassene Verordnung Nr. 84 der britischen Militärregierung enthält die Durchführungsbestimmungen zum Kontrollratsgesetz Nr. 45. Ihre Gliederung lehnt sich an die des Kontrollratsgesetzes an. Sie regelt in den Art. I und II die Erbfolge und die Rechtsnatur des erbhoffrei gewordenen Grundbesitzes und gibt in Art. III und IV Ausführungsbestimmungen zum Grundstückverkehr (Veräußerung, Verpachtung und Belastung). Im Art. V sind Ausführungsbestimmungen über das Verfahren enthalten.

Die britische Militärregierung hat gleichzeitig die Gelegenheit genutzt, den durch das Kontrollratsgesetz Nr. 44 geschaffenen Rechtszustand auf dem Gebiete des Pachtschutzes im Art. VII Nr. 21 zu regeln.

Mit der Verordnung Nr. 84 traten zeitgleich drei Anlagen in Kraft, nämlich: Anlage A: Verzeichnis der durch Art. II Kontrollratsgesetz Nr. 45 wieder in Kraft gesetzten, aber durch die Höfeordnung (Anlage B) wieder aufgehobenen landesrechtlichen Gesetze und Verordnungen über Vererbung von Liegenschaften; Anlage B: Die Höfeordnung vom 24. April 1947; Anlage C: Die Landwirtschaftsordnung.

Die Anlage A hatte nur historische Bedeutung, indem sie nur die landesrechtlichen Anerbengesetze, die nach Aufhebung des Erbhofrechts wieder in Kraft getreten wären, aber durch die Höfeordnung ersetzt worden waren, aufführte.

Die Höfeordnung (Anlage B) regelt einheitlich die Vorschriften über die Vererbung der „Höfe“ für die gesamte britische Zone. Sie enthält im Gegensatz zum Reichserbhof-

¹⁰ Amtsblatt der Militärregierung für die Britische Zone, S. 500 = Verordnungsblatt Britische Zone 1947, S. 33.

gesetz nur erbrechtliche, keine sachenrechtlichen Vorschriften. Der Übergabevertrag über einen Hof findet sich allerdings im § 17 geregelt.

Die Landbewirtschaftungsordnung (Anlage C) enthält die Ausführungsvorschriften zu Art. VII Kontrollratsgesetz und Art. V der Verordnung Nr. 84 über die zulässigen Zwangsmaßnahmen bei nicht ordnungsmäßiger Bewirtschaftung des land- und forstwirtschaftlich genutzten Grundbesitzes. Die Verordnung Nr. 84 nebst Anlagen trat gemäß Art. IX gleichzeitig mit dem Kontrollratsgesetz Nr. 45, also am 24.4.1947, in Kraft. Sie hatte aber ebenso wie das Kontrollratsgesetz Nr. 45 in gewissem Umfange rückwirkende Kraft, weil sie nach § 19 Abs. 6 der Höfeordnung und § 58 Landesverfahrensordnung auch auf solche Erbfälle Anwendung fand, die vor dem 24.4.1947 eingetreten, aber bis zu diesem Tage noch nicht geregelt waren (vgl. § 58 Landesverfahrensordnung und Art. XII Kontrollratsgesetz).

Die Verordnung Nr. 84 nebst Anlagen, also vor allem auch die Höfeordnung gilt örtlich in der ehemaligen gesamten britischen Besatzungszone (demnach in den Ländern Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Hamburg). Sie galt insbesondere auch in den Gebieten, in denen vor dem 1.10.1933 keine Anerbensitte bestanden hat. Das Land Bremen (Stadt Bremen, Landgebiet Bremen und Stadtkreis Wesermünde) gehörte nicht zur britischen Besatzungszone. Es hat eigene Ausführungsvorschriften zum Kontrollratsgesetz Nr. 45 erlassen.

Sachlich galt die Verordnung Nr. 84, ebenso wie das Kontrollratsgesetz Nr. 45 für den „land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitz“. Was zu diesem Grundbesitz gehörte, wurde für die britische Besatzungszone im Art. II Nr. 7a geregelt. Demnach gehörten zur Landwirtschaft auch die Forstwirtschaft, der Erwerbsgartenbau, der Erwerbsofbau, der Weinbau und die Fischerei in Binnengewässern. Die britischen Durchführungsbestimmungen verfolgten denselben Zweck wie das Kontrollratsgesetz Nr. 45, nämlich in erster Linie und vor allem, die ordnungsmäßige Bewirtschaftung des land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitzes und demgemäß die Ernährung insbesondere nach dem Krieg, aber auch danach, in Deutschland sicherzustellen.

Die vorhandenen landwirtschaftlichen Betriebe sollten nach dem Zweck der Verordnung als Erzeugungsstätten in der Hand leistungsfähiger und leistungswilliger wirtschaftender Bauern möglichst geschlossen erhalten werden. Die landwirtschaftlichen Betriebe sollten im Erbfall geschlossen und zu produktionssicheren Bedingungen auf einen wirtschaftsfähigen Hoferben übergehen. Damit sollte die Aufsplitterung des Grundbesitzes und der einzelnen Hofesgrundstücke verhindert werden, die einer agrartechnischen und agrarwirtschaftlichen Fortentwicklung entgegenstand. Insofern verfolgte die Verordnung vom Zweck her einen ähnlichen Ansatzpunkt wie das ehemalige Erbhofrecht der Nationalsozialisten.

„Es ist erwiesen, dass das Leistungs- und Erzeugungsniveau in einem Anerbengebiet mit einem gesunden, leistungsstarken Bauerntum höher liegt als in den so genannten Freiteilungsgebieten, in denen die Teilung des Besitzes zu einer Schwächung der Erzeugungskraft führt“, so Wöhrmann in seinem Buch „Das Landwirtschaftsrecht der briti-

schen Zone, mit ausführlicher Erläuterung der Höfeordnung vom 24. April 1947“ aus dem Jahr 1951.¹¹ Otto Wöhrmann kommentierte die Höfeordnung von 1947 nachdem er 1934 zum Erbhofgerichtsrat am Landeserbhofgericht im Celler Schloss ernannt und als Anerbenrichter tätig gewesen war. Während des Krieges wurde er Kriegsrichter, zunächst in Groß-Paris, dann als Oberkriegsgerichtsrat am Zentralgericht des Heeres in Berlin. Dort war er für politische Straftaten zuständig. Aus Eintragungen in seiner Personalakte geht hervor, dass er ausgezeichnet im Sinne des Führers und des nationalsozialistischen Staates gewesen war. Sein Sohn Heinz Wöhrmann kommentiert heute das Landwirtschaftserbrecht als Kommentar zur Höfeordnung, zum BGB-Landguterbrecht und zum GrdstVG-Zuweisungsverfahren in der 9. Auflage als Fortführung des von seinem Vater begonnenen Werkes.¹² Lesen wir weiter in der Kommentierung des Vaters Otto Wöhrmann aus dem Jahr 1951: „Überall wird, soweit irgend zugänglich, die Verantwortung des Bauern für seine Besitzung wieder hergestellt. Er ist der Herr des Hofes, der frei über die Bewirtschaftung, über Verkauf und Verpachtung des Hofes und der Hofesgrundstücke zu entscheiden und für die richtige Auswahl des Hoferben zu sorgen hat. Ob er seinen Besitz behält oder verliert, hängt von seinem Willen und seinen Fähigkeiten ab. Mit dieser Anerkennung des Leistungsgedankens ist gleichzeitig die Ausmerzung leistungsunfähiger oder leistungsunwilliger Eigentümer verbunden. Wer nicht zu wirtschaften versteht, kann durch die Landwirtschaftsbehörde in der Bewirtschaftung beschränkt oder gänzlich davon ausgeschaltet werden. Der unbeschränkte Vollstreckungsschutz, der auch und besonders dem leistungsunfähigen Hofeseigentümer zugute kam, ist fallen gelassen und die Möglichkeit der Zwangsversteigerung, des „natürlichsten und wirksamsten Ausleseprinzips“, wieder eingeführt worden. Kein Privileg schützt den Eigentümer des Hofes; er muss, wie jeder andere Grundstückseigentümer auch, seine Pflicht zur ordnungsmäßigen Bewirtschaftung der Grundstücke erfüllen. Damit ist zugleich leistungsfähigen und –willigen Neulandwirten der soziale Aufstieg ermöglicht.“¹³ Hier klingt noch deutlich die Wortwahl aus Zeiten des Reichserbhofrechts an, wenn von „Ausmerzung leistungsunfähiger oder leistungsunwilliger Eigentümer“ oder vom „natürlichsten und wirksamsten Ausleseprinzip“ die Rede ist.

Doch bleiben wir zunächst bei der Militärverordnung aus dem Jahr 1947.

Diese sollte darüber hinaus dafür sorgen, dass im rechtsgeschäftlichen Verkehr und bei der Zwangsversteigerung landwirtschaftliche Betriebe oder auch einzelne Grundstücke nicht in unwirtschaftlicher Weise zerschlagen werden. Hier war nämlich die Genehmigung zu einer derartigen Veräußerung zu versagen.

Zugleich sollte eine Lenkung des Grundstückverkehrs einhergehen, die den Zweck verfolgte, land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitz fähigen Landwirten zur Verfügung zu stellen. Nur ein wirtschaftsfähiger Bewerber konnte Erbe eines Hofes werden oder

¹¹ Wöhrmann, Otto, Das Landwirtschaftsrecht der britischen Zone, mit ausführlicher Erläuterung der Höfeordnung vom 24. April 1947, Schloß Bleckede a. d. Elbe 1951.

¹² Vgl. zum Ganzen: Otto Wöhrmann. Eine typische Karriere, aus: Celler Zündel. Kommunale Monatszeitung, 6. Jg., H. 9, 1986, S. 5.

¹³ Vgl. FN 10.

im rechtsgeschäftlichen Verkehr oder in der Zwangsversteigerung landwirtschaftliche Grundstücke zu Eigentum oder zur Pachtung erwerben. Besaß eine Erbengemeinschaft landwirtschaftliche Besitzungen und war deren Produktionskraft durch das Mehreigentum geschwächt, so konnten die Besitzungen im Wege eines vereinfachten Verfahrens zu produktions sichereren Bedingungen einem wirtschaftsfähigen Miterben zugewiesen werden. Des Weiteren konnte eine unwirtschaftliche Verteilung der Bodennutzung durch Genehmigungsversagung verhindert werden. Beim Erwerb und bei der Pachtung eines Grundstücks mussten Leistung und Gegenleistung in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen; die Vertragsbedingungen mussten so ausgestaltet sein, dass die ordnungsmäßige Bewirtschaftung nicht in Frage gestellt oder gar unmöglich wurde.

Die Entscheidung über diese Grundsätze wurde durch die Landesverfahrensordnung (LVO) in die Hand von Gerichten gelegt, die in allen Instanzen mit Berufslandwirten als Beisitzern besetzt waren. Auch hier besteht eine gewisse Parallelität zu den Regelungen über die Anerbengerichte. Hier wurden die Instanzen, bis auf die letzte des Reichserbhofgerichtes in Berlin, zum Teil mit Bauern besetzt, beim Anerbengericht waren es zwei Bauern zu einem Richter, beim Erbhofgericht zwei Bauern zu drei Richtern. Das Reichserbhofgericht bestand aus fünf Richtern.

Das Bundesverfassungsgericht wurde im Jahre 1963 mit der Höfeordnung konfrontiert.¹⁴ Zu einem Fall aus dem Jahr 1957 hatte es zu entscheiden, ob § 6 I 3 der Höfeordnung Art. 3 II 3 GG widersprach. Die Vorschrift lautete:

„Innerhalb der gleichen Ordnung entscheidet je nach dem in der Gegend geltenden Brauch Ältesten- oder Jüngstenrecht. Besteht kein bestimmter Brauch, so gilt das Ältestenrecht. Im übrigen entscheidet innerhalb derselben Ordnung der Vorzug des männlichen Geschlechts.“

Das Bundesverfassungsgericht hat im Urteil vier Punkte ausgeführt:

1. § 6 Abs. 1 Satz 3 HöfeO für die Britische-Zone (Vorrang des männlichen Geschlechts bei der ges. Erbfolge) war mit Art. 3 Abs. 2, 3 GG nicht vereinbar.

2. Nach dem Überleitungsvertrag galten besatzungsrechtliche Vorschriften ohne Rücksicht auf ihre Vereinbarkeit mit dem GG zunächst fort; die Verwerfungskompetenz des BVerfG war insoweit ausgeschlossen.

3. Der Gesetzgeber war seit dem Inkrafttreten des Überleitungsvertrages (5. Mai 1955) von Verfassung wegen verpflichtet, besatzungsrechtliche Vorschriften in angemessener Frist an das GG anzupassen.

4. Das BVerfG hatte zu prüfen, ob der Gesetzgeber dieser Pflicht nachgekommen war.

Das Bundesverfassungsgericht auferlegte dem Bundesgesetzgeber bis Herbst 1965 (Ende der Legislaturperiode des gewählten Bundestages) eine dem GG entsprechende Regelung in der Höfeordnung vorzusehen, also die Bevorzugung des männlichen Geschlechts abzuschaffen.

¹⁴ BVerfGE 15, 337.

Die Grundlagen, die in der Höfeordnung geregelt worden waren, die Sondererfolge bei der Vererbung von Höfen und die Regelungen zur Erbaueinandersetzung mit den weichenden Erben, stammten schon aus der Zeit vor dem Nationalsozialismus: Schon vor Geltung des REG gab es in Deutschland Gegenden, in denen es seit dem 18. Jahrhundert „Brauch“ bzw. Tradition war, nur einem von mehreren Kindern den Hof zu vererben. Die Höfeordnung setzte daher eine Rechtsgewohnheit fort, die in landwirtschaftlichen Kreisen seit dem 18. Jahrhundert bekannt war.¹⁵

Im Gegensatz zum allgemeinen Erbrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) regelt die Höfeordnung noch heute ein Sondererbrecht, dass den landwirtschaftlichen Betrieb unmittelbar auf einen (wirtschaftsfähigen) Familienangehörigen übergehen lässt. Damit der Hoferbe den Betrieb zu tragbaren Bedingungen übernehmen und fortsetzen kann, soll der Hoferbe nicht den „regulären“ Erb- und Pflichtteilsansprüchen nach dem Verkehrswert des Hofes unterliegen. Der landwirtschaftliche Betrieb wird mit einem erheblich niedrigeren Wert für die Erbaueinandersetzung bewertet: dem Hofeswert (= 1,5-facher Einheitswert). Ursprünglich war das in der Höfeordnung von 1947 bis 1976 der (einfache) Einheitswert, ein steuerlicher Ertragswert nach dem Bewertungsgesetz (BewG). Der Einheitswert war schon früher gerade in der Landwirtschaft ermittelt worden, um aus Gründen der „Steuergerechtigkeit“ die in der Landwirtschaft bestehenden unterschiedlichen „Standortfaktoren“, wie Bodenqualität, Zuschnitt der Flächen, Zuwegung zur Fläche (Arrondierung), Nähe der Flächen zum Hof (etc.) bei der Erhebung von Steuern zu berücksichtigen.¹⁶ Eine 2. Novellierung der Höfeordnung fand im Jahre 1976 statt. Die Ansprüche der weichenden Erben wurden durch die „Anhebung“ der Abfindungsgrundlage, die auf das Eineinhalbfache des Einheitswertes (Hofeswert) festgelegt wurde, geändert. Des Weiteren wurde die Einführung des so genannten fakultativen Höferechts durchgeführt. Der Hofeigentümer kann ab diesem Zeitpunkt frei wählen, ob hinsichtlich der Erbfolge in einem landwirtschaftlichen Betrieb die Höfeordnung oder die Regeln des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) gelten sollen. Vor dieser Regelung war die Höfeordnung ein „Zwangsanerbenrecht“. Der Hofeigentümer hatte keine Wahl bzgl. der Vererbung des landwirtschaftlichen Betriebes. Er hatte sich grundsätzlich nach der Höfeordnung zu richten. Zuletzt wurde die Höfeordnung durch Art. 98 des Gesetzes v. 17.12.2008 geändert, dies stand jedoch nur in Bezug mit der Einführung des FamFG, so dass die Höfeordnung materiell keine grundlegende Änderung erfuhr.

Die gesellschaftliche Bedeutung der bäuerlichen Familie und ihre Verortung in der Gesellschaft hat sich erheblich verändert. Dadurch werden die Parameter für die Anwendung und Auslegung der Höfeordnung verschoben, so dass die Gerichte und Praktiker,

¹⁵ Zum Ganzen: Klässel-Koehler, Die Zwangsauflösung der Familienfideikommisse und sonstigen Familiengüter 1930; Seelmann-Klässel, Das Recht der Familienfideikommisse 1920. Zuletzt Eckert, Jörn: Der Kampf um die Familienfideikommisse in Deutschland: Studien zum Absterben eines Rechtsinstitutes, Frankfurt am Main, 1992; Brandner, Barbara, Die Auflösung der Familienfideikommisse in Thüringen, Jena 2000.

¹⁶ Vgl. zum Ganzen: Lange, Jobst-Ulrich, Auswirkungen der Hofaufhebung auf die Bindung des Hofeigentümers durch Erb- oder Übergabevertrag, Münster-Hiltrup : Landwirtschaftsverl., 1997; derselbe „Portal Höfeordnung“, <http://www.hoefeordnung.de/?p=33>, zuletzt besucht 11.01.2011.

aber auch die Wissenschaftler neuen Fragestellungen gegenüberstehen. Im 19. Jahrhundert bis in die Zeit der 60er / 70er Jahre war die Familie des Hofeigentümers kinderreich. Der Bedarf der personalintensiven Landwirtschaft wurde überwiegend durch Arbeitskräfte aus der Familie gedeckt. Kinder wurden regelmäßig zur Mitarbeit auf dem Hof herangezogen. Allerdings durfte und sollte nur eines der Kinder den Hof ungeteilt erben und fortführen. Die (zahlreicheren) Erben mussten weichen. Der Streit darum, wer von den Kindern Hoferbe wird, hatte seinerzeit eine wesentlich höhere Bedeutung. Berücksichtigt man, dass oft die anderen Kinder keine Ausbildung und Berufe außerhalb der Landwirtschaft ergreifen konnten, sie hatten ja nichts anderes gelernt bzw. aufgrund des seinerzeitigen Bildungssystems nicht ergreifen können, so verschärften sich die Probleme vor Ort und in der Familie.

Heutzutage sind die bäuerlichen Familien vergleichsweise kinderarm. Wer Hoferbe wird, steht relativ früh fest bzw. hierüber wird eher selten „gestritten“. Die weichenden Erben ergreifen durch die Wahl ihrer Ausbildung häufig frühzeitig einen Beruf außerhalb der Landwirtschaft und sind dadurch zunächst einmal für die Zukunft abgesichert bzw. wirtschaftlich unabhängig vom Hof.

Die heutigen Auseinandersetzungen im Rahmen der Hoferbfolge und damit der Anwendung der Höfeordnung sind im Wesentlichen monetärer Natur.

III. AKTUELLE WISSENSCHAFTLICHE DISKUSSION

Diskutiert wird derzeit die Frage, ob die neuen Bundesländer ein landwirtschaftliches Sondererbrecht brauchen. Hier sind laut Martin Deimel insbesondere vier Gesichtspunkte dagegen auszuführen:¹⁷

Weder ursprünglich höferechtliche Zielstellungen wie der Gesichtspunkt der Volksernährung noch die Erhaltung der Agrarstruktur konnten eine hinreichende Begründung für den Erlass neuer landesrechtlicher Bestimmungen darstellen. Die Erzeugnisse aus Ackerbau und Tierhaltung stellen Weltmarktprodukte dar, bei denen die Versorgung der Bevölkerung nicht von der regionalen Produktion abhängen. Wer heute zur Begründung landwirtschaftlicher Sonderbestimmungen noch mit Autarkie und Selbstversorgungsgrad argumentiert, bewegt sich laut Diemel rechtspolitisch ins Abseits.

Die Erbauseinandersetzung führt in der Regel nicht zur Zersplitterung der vorhandenen Betriebseinheit in mehrere Einzelbetriebe.

Seit Entstehung vieler höferechtlicher Regelungen haben sich die gesellschaftlichen Verhältnisse im ländlichen Raum so nachhaltig verändert, dass viele Konflikte, die damals eine höferechtliche Regelung dringend erforderlich machten, nicht mehr fortbestehen.

¹⁷ Zum ganzen Deimel, Martin, Brauchen die neuen Bundesländer ein landwirtschaftliches Sondererbrecht?, Briefe zum Agrarrecht, Zeitschrift für Agrar- und Unternehmensrecht, Heft 2, 2002, S. 50 ff.

Aus der Praxis ist bekannt, dass die Beschränkung der Pflichtteilsansprüche durch das Höferecht auch zum Missbrauch einlädt. Allzu oft sind es leider nicht die an der Landwirtschaft interessierten Erben, die sich auf das Höferecht berufen. In nicht wenigen Fällen dient ihnen das Höferecht allein dazu, um in den Besitz des Hofes zu gelangen und den weichenden Erben nur einen gegenüber der Regelung der §§ 2303 ff. BGB geringeren Pflichtteil zuzuweisen.

Im Ergebnis sprechen nach Diemel sowohl rechtspolitische wie auch kompetenzrechtliche Erwägungen dagegen, eigene landesgesetzliche Höferechte in den neuen Ländern einzuführen.

Entsprechend dem modernen Verständnis vom Landwirt als eigenverantwortlichem Unternehmer kann diesem nach Diemel durchaus zugetraut werden, dass er seine erbrechtlichen Angelegenheiten ohne Bevormundung des Staates selber regeln kann.

IV. ENTIDEOLOGISIERUNG DES NATIONALSOZIALISTISCHEN HÖFERECHTS

Kehren wir aus der aktuellen Diskussion nochmals zurück in die der 40er Jahre und fragen wir uns doch, ob es gelang durch die Höfeordnung das nationalsozialistische Höferecht zu entideologisieren.

In einem Vortrag über „Die Liquidierung des Reichserbhofrechts“, der - auf einem Konstanzer Juristentag im Juni 1947 gehalten wurde - führt der spätere Generalbundesanwalt Max Güde aus: „Zwar ist das Reichserbhofgesetz aufgehoben, aber – mag es geistige Tätigkeit sein der die fortwirkende Kraft schlagwortartiger Formulierungen oder aber die innere Affinität zu Tendenzen der Zeit – es scheinen auf jeden Fall erbhofrechtliche Gedanken uns stärker zu beeinflussen, als vorauszusehen war, und insofern ist eine bewusste Überprüfung nicht unangebracht, um wenigstens das unbewusste Mitschleppen von Gedankenballast zu vermeiden.“¹⁸

Güde hatte als badischer Amtsrichter sowohl das alte badische Hofgüterrecht als auch das Erbhofrecht kennen gelernt und konnte als ein Experte des landwirtschaftlichen Rechts angesehen werden. Nach Abschluss seiner juristischen Ausbildung trat Güde Ende 1927 in den Justizdienst ein und wurde an verschiedenen nordbadischen Gerichten beschäftigt. Eine freimütige Äußerung gegen das NS-Regime 1934 wurde von einem Kollegen noch am gleichen Tag dem Justizministerium in Karlsruhe hinterbracht. Um „die Angelegenheit zu bereinigen“, wurde Güde mit seiner Zustimmung an das Amtsgericht Wolfach im Schwarzwald versetzt. Dort führte er, wie es in einem Nachruf treffend formuliert wurde, als Anerbenrichter ein patriarchalisches Regiment über seine Bauern und erfreute sich der Vögel und Blumen in seinem Garten. 1943 wurde der praktizierende Katholik zur Wehrmacht einberufen. Der politisch unbelastete Max Güde wurde

¹⁸ Oberstaatsanwalt Güde auf dem Konstanzer Juristentag 1947, in: Militärregierung der franz. Besatzungsgebiete (Hrsg.), Konstanzer Juristentag, Tübingen 1947, S. 81, 86.

Ende 1945 Leiter der Staatsanwaltschaft Konstanz und im Oktober 1950 zum Bundesanwalt in Karlsruhe ernannt. Von April 1956 bis September 1961 stand er als Generalbundesanwalt an der Spitze der Bundesanwaltschaft.¹⁹

Überprüfung stand also nach Ansicht Güdes dringend an, um das unbewusste Mitschleppen von Gedankenballast zu vermeiden. Welchen Gedankenballast meinte er und was sollte einer Überprüfung unterzogen werden?

Nun das Reichserbhofgesetz war ohne Zweifel ideologisch geprägt: als „Grundgesetz des nationalsozialistischen Staates und „Zentrum der nationalsozialistischen Wirtschaftsvorstellungen“ hatte sich das Reichserbhofgesetz eine radikale Umgestaltung der deutschen Gesellschaftsordnung zum Ziel gesetzt und strebte als „Kernstück der deutschen Bevölkerungs- und Agrarpolitik“ die Umsetzung des konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens als „Prototyp nationalsozialistischer Rechtsgedankenwelt“ an. Ihm wohnten ein rassentheoretischer Zuchtgedanke, ein Sippengedanke eingebunden in eine Blut- und Bodendoktrin und eine Lebensraumdoktrin inne.²⁰

Vor diesem Hintergrund schätzte das Legal Directorate die Lage realistisch ein.²¹ Das Reichserbhofgesetz wurde als nationalsozialistisches Gesetz und damit als „verwerflich“ eingestuft. Zunächst mit lediglich weiteren neun nationalsozialistischen Grundgesetzen zur Aufhebung vorgesehen (darunter das Gesetz zum Schutze des deutschen Blutes und der deutschen Ehre, Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat) änderte sich die Auffassung des Legal Directorate beim zweiten Treffen grundlegend. Die Behandlung der komplexen Materie des Reichserbhofgesetzes sollte sich nicht in einer bloßen Aufhebung erschöpfen. Es sollten vielmehr mit der Aufhebung Ersatzregelungen erlassen werden, die die positiven Seiten des Gesetzes berücksichtigen sollten. So stellte die Food and Agriculture Division fest:

„The hereditary Farm Law, although introduced by the Nazis, is not National Socialist in essence apart from a few paragraphs containing racial and political discrimination.“²²

In der deutschen Reformdebatte waren die Stimmen ziemlich eindeutig, wenn sie feststellten, dass das Reichserbhofgesetz als notwendige und konsequente Fortführung des bestehenden Anerbenrechts vor 1933 gesehen werden kann und daher in seinen Grundzügen zu billigen sei. Hermsen, Oberlandesgerichtspräsident in Hamm führte sogar aus, es sei „zweckmässig (...) vorläufig den bisherigen Rechtszustand im Wesentlichen aufrechtzuerhalten und die wirtschaftlich nötigen Befreiungen den Anerbengerichteten zu

¹⁹ Tausch, Volker: Max Güde (1902-1984), Baden-Baden 2002; Kießener, Michael: Zwischen Diktatur und Demokratie, Badische Richter 1919-1952, Karlsruher Beiträge zur Geschichte des Nationalsozialismus 7, Konstanz 2003.

²⁰ Vgl. nur die Ausführungen in: Darré, Das Bauertum als Lebensquell der nordischen Rasse, 8. Aufl., München 1940, S. 6 ders., Unser Weg, in: Deutsche Agrarpolitik, Bd. 2 1933/34, S. 690-720. insb. S. 717; Reichserbhofgesetz und Agrarpolitik, Rede des Reichsministers und Reichsbauernführers R. Walther Darré zur Eröffnung des Reichserbhofgerichts, in: Deutsche Justiz 1934, S. 852, Wiegand, E., Die bevölkerungspolitische Bedeutung des Erbhofrechtes, in: Neues Volk, Bd. 5, 1937, S. 21-23, insb. S. 23.

²¹ Vgl. hierzu und zum folgenden auch Kannewurf, Tim, Die Höfeordnung vom 24.04.1947, Frankfurt a. Main 2004, S. 183 ff.

²² Vgl. Ebda. S. 184.

überlassen“, da „die früheren Anerbengesetzes das Bauerntum nicht haben schützen können.“²³

Starcke, früherer Senatspräsident am Landeserbhofgericht Celle und Wöhrmann kritisierten das KRG Nr. 45 und stellten fest: „Das Reichserbhofrecht bedarf gewiss in manchen Stücken, in denen es seine Grundgedanken in überspitzter Form zum Ausdruck gebracht hat, der Umgestaltung, und zwar auch noch, nachdem eine solche Umgestaltung in weitem Umfang schon durch die Vorschriften der Erbhoffortbildungs-Verordnung herbeigeführt worden ist. In seinen Grundzügen hat es sich jedoch, wie die mit ihm im praktischen Leben des Alltags immer wieder gemachten Erfahrungen eindeutig gezeigt haben, durchaus bewährt. Gerade auch in den Gegenden, in denen sich seit alters ein gesundes Bauerntum erhalten hat, wünscht dieses durchaus den Fortbestand dieses Rechtes. Es enthält insoweit auch durchaus nicht, wie fälschlicherweise immer wieder geltend gemacht, spezifisch nationalsozialistisches Gedankengut, sondern entspricht dem, was als altes bewährtes Recht und Brauchtum seit Jahrhunderten noch bis in die letzte Zeit im gesunden Bauerntume in Geltung gestanden hat. Diese Rechtsgedanken verdienen auch jetzt noch Beachtung und Berücksichtigung, besonders da sie auch in früheren Zeiten sich immer wieder bewährt haben und auch dann, wenn die Lage schwierig geworden war, immer wieder zur Erholung und Erhaltung des Bauerntumes entscheidend beigetragen haben.“²⁴

Diese nur beispielhaft zitierten Absätze zeigen deutlich, dass deutsche Vertreter, die die Aufhebung und Reformierung des Erbhofrechts forderten, sich nur vereinzelt belegen lassen. Selbstverständlich war zu erwarten, dass die ideologisch besetzten und solche Vorschriften, die offensichtlich rassistischen und antisemitischen Vorgaben erfüllten, nicht in Geltung bleiben konnten. So führte Dölle in seinem Vortrag angesichts des Konstanzer Juristentages 1947 zu Recht aus, dass bereits das Kontrollratsgesetz Nr. 45 „den spezifisch nationalsozialistischen Unterbau dieser Kodifikation radikal zerstört“ habe.²⁵ Festzuhalten bleibt trotzdem, dass nur durch die machtpolitischen Vorgaben der Besatzer, insbesondere der Briten und Amerikaner, eine Entideologisierung des Reichserbhofgesetzes bei seinem Übergang zur Höfeordnung möglich war. Kritische und realistische Stimmen in Bezug auf die ideologischen Inhalte des Reichserbhofgesetzes findet man auf deutscher Seite nur rudimentär. Der Versuch das Reichserbhofgesetz dadurch zu verharmlosen, dass man es lediglich als eine Fortführung unter Tradition der früheren Landesanerbenrechte ansah, zeigt die doch sehr eingeeengte Sichtweise deutscher Richter und Juristen, die in Bezug auf diesen Aspekt keine angemessenen Bewertungen und Auseinandersetzung mit dem antiliberalen, rassistischen und völkischgemeinschafts-bezogenen Grundlagen des Gesetzes erkennen ließen. Die nationalsozialistischen Agrarideologen hatten offenkundig und ganz deutlich eine Loslösung von der Anerbenrechtsentwicklung bis 1933 thematisiert und in unverhüllter Abkehr bestehen-

²³ Stellungnahme zum Erbhofrecht des OLG-Präsidenten Hermsen, an die britische Militärregierung vom 20.10.1945, Bundesarchiv (BA) Z 21/1164, 49 f.

²⁴ Entwurf der Kritik von Wöhrmann/Starcke am amerikanischen Entwurf zum KRG Nr. 45, BA Z 6/II 50.

²⁵ Konstanzer Juristentag S. 100.

der Anerben rechtlicher Grundsätze das Reichserbhofgesetz in seinem Inhalt gestaltet. Daher erstaunt es doch, dass in den überwiegenden Zitaten, die man in der Nachkriegszeit findet, das Reichserbhofgesetz mit seinen weitreichenden ideologischen Vorschriften als beinahe zufällig mit der Machtübernahme durch die Nationalsozialisten in Zusammenhang bringt. Immerhin bemerkt Wöhrmann selbstkritisch „dass die Mitarbeiter am Gesetzesentwurf anfangs noch etwas unter dem Eindruck des Erbhofrechts standen und sich im Laufe der Beratungen immer mehr von seinen Vorschriften und Gedankengängen innerlich frei gemacht haben und zu einer freiheitlichen Gestaltung des Völkerrechts vorgestoßen sind.“²⁶ Bleibt trotzdem der etwas fade Beigeschmack, dass Wöhrmann 1951 immer noch von „Ausmerzung leistungsunfähiger oder leistungsunwilliger Eigentümer“ und vom „natürlichsten und wirksamsten Ausleseprinzip“ spricht.

In jedem Falle veranschaulichten die Bestimmungsmöglichkeiten des § 7 Höfeordnung alter Fassung sowie die Öffnungsklausel nach § 19 Abs. 5 Höfeordnung alter Fassung doch, dass keineswegs eine Fortführung reichserbhofrechtlicher Beschränkungen beabsichtigt war. Gleiches gilt hinsichtlich der ideologischen Durchsetzung des Reichserbhofgesetzes. So führt Cohen in seinem Buch „Elements of German Law Part V – The Law of Succession, Section XIV – Succession of Farmers“ vom 5.8.1947 „unlike the Erbhofrecht it does not interfere with the capacity of the stata to dispose of his farm by his last will. It merely applies to cases of intestacy, except does the testator requires permission from the court if he wants to exclude by his last will all his descendants. Or the specific nazi ideas are eliminated.“²⁷

So lässt sich zusammenfassend feststellen, dass sich aus den noch vorhandenen Aktenbeständen über die Entstehungsgeschichte der Höfeordnung die nachhaltigen Bemühungen und Bestrebungen ergeben, ein sachgerechtes, dem bäuerlichen Rechtsleben entsprechendes und der desolaten Ernährungslage Rechnungtragendes Anerbenrecht zu schaffen. Zugleich sollte es die bäuerliche Verfügungs- und Testierfreiheit wieder herstellen. Im Ergebnis ist Klunzinger zuzustimmen, wenn er formuliert, dass die Höfeordnung eine „Absage an die Gesetzgebung des Dritten Reiches und zugleich eine Fortführung des Rechtszustandes im 19. Jahrhundert“ manifestierte.²⁸ Durch die Kodifikation der Höfeordnung erlangte man nach dem durch das Reichserbhofgesetz verursachten traditionellen Bruch mit der vor 1933 herrschenden Anerbenrechtsentwicklung wieder eine Gesetzgebung, die durch die Zusammenarbeit in der Militärregierung mit den deutschen Stellen die Grundlage für einen erfolgreichen Wiederaufbau Deutschlands auch in agrarrechtlicher Hinsicht nach 1945 darstellte.

²⁶ Entwurf der Kritik von Wöhrmann/Starcke am amerikanischen Entwurf zum KRG Nr. 45, BA Z 6/II 50.

²⁷ Elements of German Law Part V – The Law of Succession, Section XIV – Succession of Farmers vom 5.8.1947.

²⁸ Klunzinger, Anerbenrecht und gewillkürte Erbfolge, Böblingen 1966, S. 28.

Naturrecht als Norm nach dem Zusammenbruch des „Dritten Reiches“

Dieter Schwab

A. Im Jahre 1951 hatte der 3. Zivilsenat des BGH¹ über einen dramatischen Fall zu entscheiden, der sich kurz vor der Kapitulation des „Dritten Reiches“ ereignet hatte. Ich trage aus dem komplexen Tatsachenstoff nur einen Ausschnitt vor.

Beklagt waren Vater und Sohn, wir wollen sie Veit nennen. Der Vater, promoviert, also Dr. Veit, Ortsgruppenleiter, Kommandeur eines Volkssturm-Bataillons, Sonderbeauftragter zur Bekämpfung des Defaitismus. Der Sohn Veit war Soldat im Bataillon des Vaters. Klägerin war eine Frau, wir nennen sie Müller, deren Ehemann und deren Sohn im April 1945 durch folgende Ereignisse zu Tode gekommen waren.

Dem Dr. Veit war gemeldet worden, der Ehemann der Klägerin, Herr Müller, habe Listen mit den Namen maßgeblicher Nationalsozialisten angefertigt, um sie den Alliierten nach deren Einmarsch zu übergeben. Dr. Veit beauftragte daraufhin seinen Sohn, das Ehepaar Müller festzunehmen. Der Ergreifung versuchte sich Herr Müller jedoch durch Flucht zu entziehen. Der Sohn Veit gab auf den Fliehenden einige Schüsse ab, der Fliehende brach zusammen und wurde von seinen Verfolgern eingeholt. Auf dem Boden liegend wurde Herr Müller auf Veranlassung des Sohnes Veit von dessen Fahrer durch Genickschuss getötet. Der verhafteten Ehefrau des Getöteten – also der Klägerin – wurde von Dr. Veit eine Todesbescheinigung ausgestellt, in der als Todesursache „plötzlicher Herztod“ angegeben war.

Die Geschichte ist noch nicht zu Ende. Dem Sohn Veit wurde am gleichen Tag zuge tragen, in der Wohnung der Müllers halte sich deren fahnenflüchtiger Sohn versteckt. Dieser wurde dort tatsächlich aufgegriffen und verhaftet. Vater und Sohn Veit fuhren mit dem Fahnenflüchtigen und einigen Volkssturmsoldaten auf einen Feldweg. Dr. Veit ließ sich von seinem Sohn die Pistole fertig machen und tötete den Sohn Müller durch Schüsse durch Brust und Kopf aus kurzer Entfernung. Der Frau Müller wurde eröffnet, dass sie ebenfalls erschossen würde, doch ermöglichte ihr ein Panzeralarm, sich zu entfernen.

Die somit Überlebende nahm nach Ende des Krieges Vater und Sohn Veit als Gesamtschuldner auf Schadensersatz in Anspruch, unter anderem auf Ersatz des Gesundheitsschadens, der aus dem Nervenschock resultiere, den sie wegen der Tötung ihres Ehemannes und ihres Sohnes erlitten habe. Weiterhin verlangte sie Schmerzensgeld wegen ihrer eigenen ungerechtfertigten Verhaftung.

¹ Urteil vom 12.7.1951, BGHZ 3, 94.

Der Fall, der bis zum BGH kam, warf einige schwierige Rechtsfragen auf. Ein zentrales Problem war, ob die Täter für ihr Tun persönlich haftbar gemacht werden konnten. Sie konnten es nach dem auch nach 1933 angewendeten² Art. 131 der Weimarer Reichsverfassung nicht, wenn sie bei dem Geschehen „in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt“ handelten und dabei eine Amtspflichtverletzung begingen. Denn dann, so wurde der Artikel interpretiert, haftet nur das Reich als Träger der ausgeübten Hoheitsgewalt, nicht die Handelnden selbst. Diese Freistellung von persönlicher Haftung wurde dadurch verstärkt, dass man in § 839 BGB – Deliktshaftung aus Amtspflichtverletzung – eine spezielle Anspruchsgrundlage sah, welche die übrigen deliktischen Tatbestände verdrängen. Der BGH hatte also zu prüfen, was denn der Volkssturm und die Stellung eines Sonderbeauftragten für Defaitismus im Gefüge des „Dritten Reiches“ eigentlich bedeuteten. Im Ergebnis ordnete der Senat diese „Einrichtungen“ der Wehrmacht zu. Damit wurden dem Volkssturm hoheitliche Funktionen zugemessen, Art. 131 WRV war also anwendbar.

Nächste Frage war, ob der Ausschluss der persönlichen Haftung des handelnden „Beamten“ auch galt, wenn ein Schadensersatzanspruch aus § 826 BGB – vorsätzliche sittenwidrige Schädigung – begründet war. Das war nach dem Zusammenbruch streitig geworden, weil das Deutsche Reich, das anstelle des handelnden Beamten hätte haften sollen, nicht mehr vorhanden, andererseits die Bundesrepublik Deutschland noch nicht gegründet war. Auch in diesem Punkt blieb der Senat ungerührt: § 839 BGB schaffe, wie schon das Reichsgericht erkannt habe, einen selbständigen Tatbestand, der alle anderen konkurrierenden deliktischen Anspruchsgrundlagen ausschliesse, also auch den § 826 BGB.³

Somit schien es um die Klage der Frau Müller gegen Vater und Sohn Veit schlecht zu stehen, doch gelang dem BGH zuletzt doch der rettende Schwenk, der die Geschädigte davor bewahrte, ein nicht mehr existierendes Reich verklagen zu sollen. „Unter Umständen“ könne – so das Gericht – die Anwendung des Art. 131 WRV auf Grund der Einrede der unzulässigen Rechtsausübung oder des Rechtsmissbrauchs ausgeschlossen sein. Der Verfassungsartikel verfolge zwei Zwecke: einmal wolle er dem Geschädigten einen zahlungskräftigen Schuldner sichern, dieser Zweck sei nach dem Untergang eben dieses Schuldners nicht mehr erreichbar; zum anderen solle die Entschlusskraft der Beamten bei der Vornahme von Amtshandlungen durch die Besorgnis einer Haftung nicht gehemmt werden; insoweit sei aber ein vorsätzlich-sittenwidrig handelnder Beamter nicht schutzbedürftig.

Somit war der Weg zur persönlichen Haftung der Beklagten an sich frei. Doch berief sich der Beklagte Dr. Veit – was die Tötung des Fahnenflüchtlings anbetraf – auf einen

² Vgl. RGZ 160, 193 ff. In diesem Verfahren ging es darum, ob die NSDAP gemäß Art. 131 WRV in Verbindung mit § 839 BGB für Delikte in Anspruch genommen werden konnte, die ein Parteimitglied „in Ausübung der ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten öffentlichen Gewalt“ begangen hatte. Das RG bejahte die Geltung des Art. § 131 WRV auch nach dem „Umbruch“ von 1933 und stellte die Partei haftungsrechtlich „dem Staat oder der Körperschaft“ im Sinne dieser Vorschrift gleich – was der Partei offenkundig nicht willkommen war.

³ RGZ 100, 287; 154, 124; 155, 268.

„Katastrophenbefehl“ vom März 1945, der es jedem Waffenträger zur Pflicht gemacht habe, jeden Deserteur auch ohne Standgerichtsverfahren zu erschießen. Der BGH bezweifelt zunächst, dass es sich bei dem Katastrophenbefehl um eine Rechtsnorm handelte und verwirft die Auffassung, jede rechtserhebliche Willensäußerung Hitlers sei gesetzgleich und verbindlich gewesen. Selbst wenn dieser Befehl aber als Gesetz verkündet worden wäre, wäre er nicht rechtsverbindlich. „Das Gesetz findet dort seine Grenze, wo es in Widerspruch zu den allgemein anerkannten Regeln des Völkerrechtes oder zu dem Naturrecht tritt“.⁴

Damit sind wir beim Thema. Das Naturrecht taucht in der BGH-Entscheidung wie auch in zahlreichen anderen Judikaten der Nachkriegszeit als unmittelbare Rechtsquelle auf. Das ist aus der Situation der ersten Jahre nach dem Zusammenbruch des Hitler-Regimes leicht erklärlich. Ein verbrecherisches politisches System war untergegangen. Das bisherige Recht, von diesem System geprägt, war teils untragbar, teils zumindest dubios geworden. Ein Rückgriff auf die Grundrechte der WRV schien schon deshalb zweifelhaft, weil die Weimarer Verfassungsdoktrin sie als bloße Programmsätze interpretiert hatte. Freilich gab es eine Gesetzgebung des Alliierten Kontrollrats, die versuchte, besonders anstößige Rechtsnormen zu beseitigen.⁵ Doch schien es unmöglich, das gesamte Rechtssystem, die unzähligen Paragraphen im Einzelnen auf ihren nationalsozialistischen Gehalt zu überprüfen. Die Länderverfassungen setzten erst ab Ende 1946 ein.⁶ Man suchte folglich nach außerpositiven Rechtsnormen, an denen man die gegebenen Vorschriften messen konnte und aus denen Grundsätze für eine neue Gesellschaftsordnung zu gewinnen waren. Mit einem Schlag war daher vom Naturrecht die Rede, das nicht nur in die Gerichtsentscheidungen vordrang, sondern auch zu einem großen Thema in der Rechtsliteratur der Nachkriegsjahre wurde.

B. Von dieser Literatur möchte ich, bevor ich zu Gerichtsentscheidungen zurückkehre, einen Eindruck vermitteln. Das setzt voraus, dass wir uns kurz in Erinnerung rufen, was das Naturrecht eigentlich ist. Das fällt nicht leicht, weil die Idee eines Rechts, das jenseits konkreter menschlicher Setzung durch das Dasein und Sosein der Welt, der Menschen und der Dinge gegeben ist, seit der griechischen Philosophie und der römischen Jurisprudenz durch die Jahrhunderte wandert, in unendlich vielen Facetten und mit sehr unterschiedlichem Geltungsanspruch.

Besondere Bedeutung erlangte ein mit dem christlichen Glauben harmonisiertes Naturrecht in der Theologie des Mittelalters, der Scholastik, und daran anschließend in der spanisch-portugiesischen Spätscholastik, in der auch der Buchtypus „Ius naturae“ – dik-

⁴ BGH a.a.O.; Berufung auf OGHSt 2,271, im weiteren auch auf Radbruch SJZ 1946, 105, 107.

⁵ Beginnend mit Kontrollratsgesetz Nr. 1 betreffend die Aufhebung von NS-Recht vom 20.9.1945, Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S.6; Kontrollratsgesetz Nr.11 vom 30.1.1946 (berefend Aufhebung einzelner Bestimmungen des deutschen Strafrechts), Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S.55.

⁶ Baden-Württemberg 24.11.1945; Hessen 1.12.1946; Bayern 8.12.1946.

ke Folianten voller Naturrecht – sich verbreitete.⁷ Von dort aus wanderte der Buchtypus in die Aufklärung, wo das Naturrecht einen neuen, für die moderne Rechtskultur entscheidenden Höhepunkt erreichte. Die Aufklärung löste die Verbindung des Naturrechts mit der Theologie: Das „Rechte“ und „Richtige“ soll allein mit der weltimmanenten Vernunft erkannt werden können. Das neue Naturrecht verabschiedete auch den Geltungsanspruch der tradierten Rechtsquellen: Nichts hat Autorität, bloß weil es historisch geworden ist; vielmehr muss das Herkömmliche seine Richtigkeit am Maßstab der Vernunft beweisen.⁸

In der Aufklärung zeigen sich diverse Strömungen des Naturrechts, hauptsächlich zwei Richtungen. Die eine Richtung lief auf Rechtsreformen im Rahmen des gegebenen politischen Systems hinaus, die von aufgeklärten Herrschern auch in Angriff genommen wurden. Die andere Richtung zielte auf eine grundlegende Änderung der politischen Strukturen ab bis hin zur Revolution; diese letztgenannte Naturrechtsbewegung umschließt vor allem die Forderung nach Menschen- und Bürgerrechten, zum Teil auch nach Demokratie, und steht an der Wiege des modernen Verfassungsstaates.

Nachdem Reform oder Revolution auf der Grundlage naturrechtlicher Doktrinen realisiert waren, wurde es stiller um das Naturrecht, obwohl es als rechtswissenschaftliche und philosophische Disziplin im 19. Jahrhundert noch lange erhalten blieb.⁹ Das katholische Naturrecht („Neuscholastik“) erlebte im 19. Jahrhundert sogar noch eine späte Blüte, als deren Früchte die päpstlichen Sozialzyklen „Rerum novarum“ (1891) und „Quadragesimo anno“ (1931) gelten können. In der Rechtswissenschaft hingegen war das Naturrecht seit der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts auf dem Rückzug. In den Studienplänen taucht statt des Naturrechts die Disziplin „Rechtsphilosophie“ auf; das Naturrecht betreffend überwiegen dort die skeptischen bis feindlichen Stimmen.

Nun also, nach dem Zusammenbruch des „Dritten Reiches“, entdeckt man wiederum das Naturrecht und versucht es zu beleben. Man kann drastisch sagen: Die Rechtslehrer stürzen sich geradezu auf das Naturrecht. In den Jahren 1946–1950 erscheint eine Fülle von Büchern und Aufsätzen aus der Feder von prominenten Professoren und weiteren juristischen Schriftstellern.¹⁰ Wir finden einschlägige Arbeiten, um nur einige Beispiele zu nennen, von Helmut Coing¹¹, Ernst von Hippel¹², Heinrich Kipp¹³ Günter Kü-

⁷ Die Literatur über die Naturrechtslehren im Mittelalter ist unerschöpflich; ich verweise auf meinen Beitrag: Der Staat im Naturrecht der Scholastik, in: Diethelm Klippel (Hrsg.), Naturrecht und Staat, Politische Funktionen des europäischen Naturrechts, Schriften des Historischen Kollegs 57, 2006, S. 1 ff.

⁸ Zum Naturrecht der Aufklärung insbesondere Diethelm Klippel, Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts, Paderborn 1976.

⁹ Siehe den von Diethelm Klippel herausgegebenen Band: Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität - Inhalt - Funktion - Wirkung, Goldbach 1997.

¹⁰ Zusammenfassende und kritische Beschreibungen dieser Literatur finden sich bei Thomas Würtenberger, Wege zum Naturrecht in Deutschland 1946–1948, ARSP 1949/1950, S.98 ff.; ergänzend ARSP 1952/1953, S. 576 ff.; ARSP 1954/1955, S. 59 ff.

¹¹ Helmut Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung, Heidelberg 1947.

¹² Ernst von Hippel, Rechtsgesetz und Naturgesetz, 2. Aufl., Tübingen 1949.

¹³ Heinrich Kipp, Naturrecht und moderner Staat, Nürnberg 1950.

chenhoff¹⁴, Karl Larenz¹⁵, Heinrich Lehmann¹⁶, Hans Liermann¹⁷, Heinrich Mitteis¹⁸, Hans Welzel¹⁹, Adolf Susterhenn²⁰, dem Justizminister von Rheinland Pfalz, und anderen Autoren. In das Bild passt, dass eine literarische Apologie des Naturrechts, die schon früher erschienen war,²¹ nun – 1947 – neu aufgelegt wird: das Buch von Heinrich Rommen über „Die ewige Wiederkehr des Naturrechts“.²² Österreich steuert im Jahr 1950 ein riesiges Handbuch über das Naturrecht von Johannes Messner bei.²³ Es fällt auf, dass sich auch Rechtsgelehrte an der Naturrechtsdiskussion beteiligen, die durch ihre Schriften aus der Nazi-Zeit stark belastet waren und die durch ihr Bekenntnis zum Naturrecht vielleicht ihre Offenheit gegenüber einem neuen Wertesystem demonstrieren wollen.

In der nun also auflebenden Naturrechtsdiskussion zeigte sich schon rasch die traditionelle Schwäche des Naturrechts, dass nämlich seine Herolde sich weder über die Fundierung noch über den Inhalt des Naturrechts einigen können. Die Vielfalt, welche die gesamte Naturrechtsgeschichte durchzieht, bricht in der Diskussion nach dem 2. Weltkrieg sogleich wieder auf, auch die Naturrechts skeptiker melden sich zu Wort. Im Rahmen eines Vortrags ist es nicht möglich, alle in den Jahren nach 1945 vorgetragenen Naturrechtsauffassungen in diesem Rahmen vorzustellen. Ich möchte mich auf eine Kategorisierung beschränken. Unter den einschlägigen Schriften dieser Zeit lassen sich vor allem drei Richtungen ausmachen, deren Beitrag zum Wiederaufbau des Rechts unterschiedlich einzuschätzen ist.

I. Die erste Richtung versucht eine allgemeine philosophische Grundlegung des Naturrechts vor allem zu dem Zweck, spezifisch nationalsozialistische Vorschriften, selbst wenn sie formellen Normcharakter trugen, als „Unrecht“ entlarven zu können, ebenso „förmlich korrekt“ ergangene Gerichtsurteile. Das setzt voraus, dass es auch dann, wenn man dem Naturrecht zunächst nur allgemeine Prinzipien ohne derogierende Kraft abgewinnt, eine Grenze gibt, ab der das gesetzte Recht in Unrecht umschlägt. Der führende Kopf dieser Richtung ist Gustav Radbruch. Im August 1946 erscheint in der Süddeutschen Juristenzeitung seine berühmt gewordene Abhandlung über „Gesetzliches

¹⁴ Günther Küchenhoff, *Naturrecht und Christentum*, Düsseldorf 1948.

¹⁵ Karl Larenz, *Zur Beurteilung des Naturrechts*, in: *Forschungen und Fortschritte*, 21. Jahrgang 1947, S. 49.

¹⁶ Heinrich Lehmann, *Die Wirkungsstärke des Naturrechts*, in: *Festschrift für Leo Raape zu seinem 70. Geburtstag*, Hamburg 1948, S. 371 ff.

¹⁷ Hans Liermann, *Zur Geschichte des Naturrechts in der evangelischen Kirche*, in: *Festschrift für Alfred Bertholet*, Tübingen 1950, S. 294 ff.

¹⁸ Heinrich Mitteis, *Über das Naturrecht*, Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin, Vorträge und Schriften, Heft 26, Berlin 1948.

¹⁹ Hans Welzel, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen 1951.

²⁰ Siehe Adolf Susterhenn, *Wir Christen und die Erneuerung des staatlichen Lebens*, Bamberg 1948, S. 23 ff.; ders., *Der Durchbruch des Naturrechts in der deutschen Verfassungsgesetzgebung seit 1945*, in: H. Conrad/H. Kipp (Hg), *Gegenwartsprobleme des Rechts*, Paderborn 1950.

²¹ Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, Leipzig 1936.

²² Heinrich Rommen, *Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*, München 1947.

²³ Johannes Messner, *Das Naturrecht*, Innsbruck 1950.

Unrecht und übergesetzliches Recht“, das sich mit Justizmorden der Nazizeit und ihrer Aufarbeitung beschäftigt. Radbruch, an sich kein Freund herkömmlicher Naturrechtssysteme, bekennt sich zu einem übergesetzlichen Recht, in dessen Kern er die Gleichheit setzt: „Wo Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewusst verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur ‚unrichtiges Recht‘, vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur ... An diesem Maßstab gemessen sind ganze Parteien nationalsozialistischen Rechts niemals zur Würde geltenden Rechts gelangt.“²⁴

Eine explizite Grundlegung des Naturrechts als Quelle sittlicher Grundwerte versucht Helmut Coing in seiner Arbeit „Die obersten Grundsätze des Rechts“.²⁵ In diesen Zusammenhang gehört auch eine Arbeit von Heinrich Mitteis „Über das Naturrecht“. Der Rechtshistoriker etabliert über dem Recht die „Rechtsidee“ und sieht in der „Konsequenz“ ein Grundprinzip des menschlichen Gemeinschaftslebens und ein Urphänomen der Gerechtigkeit. Nach Mitteis muss das Recht, um Geltungsanspruch erheben zu können, auf die Rechtsidee ausgerichtet sein: „Das alles wird anders, wenn ein positives Recht den Versuch zum Richtigen gar nicht machen will, wenn es bewusst nicht zur Rechtsidee hintendiert, wenn es sich in zynischer Offenheit zum Prinzip des Egoismus, der reinen Nützlichkeit für irgendwelche Zwecke bekennt. Dann ist es überhaupt kein Recht ... ein S c h e i n r e c h t, ein Nichtrecht, das den Geltungsanspruch für sich usurpiert, obwohl es nur die Maske für eine Willkürherrschaft darstellt“. Fehlt diese Verknüpfung mit der Rechtsidee, so liegt ein „Nichtrecht“ vor.²⁶

II. Die zweite literarische Richtung nimmt Bezug auf die Naturrechtstradition der Aufklärung und orientiert sich vor allen an den Menschen- und Bürgerrechten, die ja einst, bevor es geschriebene Verfassungsurkunden im modernen Sinne gab, aus dem natürlichen Recht hergeleitet worden waren. Hier wiederum ist die Arbeit von Coing zu nennen, der aus sittlichen Grundwerten Rechtsgrundsätze entwickelt, die auf dem Wertbewusstsein des Menschen basieren und in ein offenes System von Grund- und Freiheitsrechten münden.²⁷

Wir sind in den Jahren 1946/1947, da die ersten deutschen Länderverfassungen entstehen. Aus der deutschen Verfassungstradition seit 1848/49 ist die Idee überkommen, dass Kern der Verfassungen eine Gewährleistung von Menschen- und Bürgerrechten sein müsse. Diesem modernen Verfassungsbegriff liegt die naturrechtliche Vorstellung von einem Gesellschaftsvertrag (*contrat social*) zugrunde, durch den sich die Bürger der

²⁴ SJZ 1946, 105, 107, auch abgedruckt in: Gustav Radbruch, Rechtsphilosophie, 5. Aufl. 1956, S. 347, 353.

²⁵ Siehe Fn.11. Zur derogierenden Kraft des Naturrechts äußert sich Coing eher indirekt (S.152): „Nach diesen Einschränkungen wird ein positives Merkmal für die Naturrechtswidrigkeit von Gesetzen in der Willkür-Absicht zu sehen sein, zum Beispiel in der Motivierung von Ausnahmegesetzen gegen bestimmte Bevölkerungskreise mit politischen Vernichtungswillen. Hier liegt zu Tage, dass das betreffende Gesetz nicht aus Verpflichtung gegen die obersten Rechtswerte, aus Gerechtigkeitswillen, sondern aus Machtstreben und Hass geschaffen ist.“

²⁶ Über das Naturrecht (Fn.18), S. 37.

²⁷ Coing (Fn.11), S. 64 ff.

Staatsgewalt unterwerfen, dies aber nur unter Aufrechterhaltung und zum Schutz ihrer Freiheiten, deren Unverletzlichkeit der Staatsvertrag garantieren muss. Die Verfassungsbestrebungen nach 1945 nehmen dieses Konzept auf und beziehen sich ausdrücklich auf das Naturrecht, weil offenbar die Notwendigkeit gespürt wird, auch positives Verfassungsrecht aus einer höheren Geltungsebene abzuleiten.²⁸ Auf die Natur wird in den Länderverfassungen denn auch Bezug genommen. „Der Mensch ist frei. Er hat ein natürliches Recht auf die Entwicklung seiner körperlichen und geistigen Anlagen und auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit innerhalb der durch das natürliche Sittengesetz gegebenen Schranken“ – so verkündet emphatisch die Verfassung von Rheinland-Pfalz²⁹. Die Aussagen über Ehe und Familie werden besonders häufig auf die Natur gegründet, wie wir das auch aus Art.6 Abs.2 des Grundgesetzes kennen. Wenn die durch Verfassung zu verbürgenden Grundrechte schon nach Naturrecht vorgeben sind, fällt es auch leichter das zurückliegende Recht des Naziregimes als Unrecht zu entlarven – hier berührt sich die zweite mit der erstgenannten Richtung des Naturrechts.

III. Die dritte Richtung des Naturrechts nach dem Kriege knüpft an die christliche Naturrechtstradition an, insbesondere die Scholastik, Spätscholastik und Neuscholastik. Sie erscheint systematischer als die anderen Bestrebungen. Zum einen leitet sie von obersten Prinzipien ausgehend naturrechtliche Aussagen ab, die von Stufe zu Stufe konkreter werden und denen je nach Abstraktionsgrad ein unterschiedlicher Geltungsanspruch zugemessen wird. Zum anderen entwickelt das christliche Naturrecht ausgehend von der Annahme, dass Gott die Welt als geordnete geschaffen hat („Schöpfungsordnung“), institutionelle Aussagen: Die Ordnung, die in die Welt und in den Menschen hineingelegt ist, kann von der Vernunft des Menschen erkannt werden, so die Grundstrukturen der politischen Herrschaft, des Gemeinwesens, von Ehe und Familie, und so weiter.

Das einschlägige Grundwerk für den katholischen Raum ist das schon genannte Buch von Johannes Messner, das auch in deutschen Gerichtsurteilen herangezogen wurde. Von den deutschen Juristen ist vor allem Günter Küchenhoff mit einem Naturrecht auf scholastischer Grundlage hervorgetreten. Weniger konfessionell geprägt, aber im Grunde auch der Scholastik verpflichtet ist der Versuch von Heinrich Kipp, vom Grundsatz „Jedem das Seine“ weitere, mit dem Wesen des Menschen übereinstimmende Normen abzuleiten und zu einem System „streng juristischer Begriffe und Normen“ zusammenzufassen.³⁰

Auch im Protestantismus ist naturrechtliches Denken zu finden. Dabei fällt auf, dass hier offener noch als bei den Katholiken der christliche Glaube als Basis der naturrechtli-

²⁸ Siehe vor allem die Arbeiten von Adolf Süsterhenn. *Wir Christen und die Erneuerung des staatlichen Lebens* (Fn.20), S. 23 ff.; ders., *Der Durchbruch des Naturrechts in der deutschen Verfassungsgesetzgebung seit 1945*, Paderborn 1950.

²⁹ Art.1 Abs.1.

³⁰ Heinrich Kipp, *Naturrecht und moderner Staat* (Fn.13).

chen Erkenntnis benannt wird, so bei Erik Wolf in seiner Schrift „Rechtsgedanke und biblische Weisung“,³¹ ebenso bei Hans Liermann.³²

Bei den christlichen Naturrechtslehren dieser Zeit fällt auf, dass sie grosso modo zu eher wertkonservativen Ableitungen neigen. Das spielt vor allem eine Rolle in der Frage, ob das Prinzip der Gleichberechtigung der Geschlechter, das kaum mehr jemand in Frage stellte, sich auch auf die Stellung der Frau in Ehe und Familie bezog, was von der traditionellen Theologie verneint wurde. Ähnlich war es bei der Frage, wie weit denn die Rechtsstellung der nichtehelichen Kinder derjenigen der ehelichen anzugleichen sei.

In diesem Punkt führen sowohl die Theologie als auch wertkonservative Juristen das institutionelle Naturrecht gegen die konsequenten Gleichheitsforderungen auf: Es gibt eine Naturordnung der Familie mit dem Ehemann und Vater als Haupt dieser Gemeinschaft; der Staat ist nicht befugt, die Schöpfungsordnung zu ändern.³³ Aus der Feder einer Frau, nämlich Gertrude Reidick, floss eine theologische Begründung der „hierarchischen Struktur“ der Familie.³⁴ Der Jesuit Albert Ziegler machte noch 1958 das „natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie“ zum Gegenstand einer erschöpfenden naturrechtlichen Ableitung³⁵. Diese Zielrichtung hatte zunächst auch Erfolg: Das so genannte Gleichberechtigungsgesetz, erst 1957 verabschiedet,³⁶ versagte sich in wichtigen Punkten der familienrechtlichen Gleichstellung der Geschlechter.

Eine Naturrechtslehre möchte ich herausgreifen, da sie sich mit meiner Biographie be-
rührt. Es geht um Schrift „Naturrecht und Christentum“ von Günter Küchenhoff, die 1948 publiziert wurde.³⁷ Der Autor arbeitete damals als Rechtsanwalt in Werl, nachdem er wegen seiner Tätigkeit im Dritten Reich – er war zuletzt Ordinarius in Greifswald gewesen – keine Berufung an eine Fakultät erhielt. Erst 1955 gelang ein Ruf an die Universität Würzburg, wo ich studierte. Küchenhoff versucht in der genannten Schrift den Entwurf eines, wie er sagt, „getauften Naturrechts“.

Die Taufe besteht im Wesentlichen darin, aus dem Grundprinzip des Christentums, dem Liebesgebot, ein über das bisherige Naturrecht hinausgehendes, es aber als Wurzel behaltendes Liebesrecht zu entwickeln. Woher kommt das Recht? Nicht aus der Macht, die das Recht missbrauchen kann, nicht allein aus dem staatlichen Gebot, das nur Geburtshelfer des Rechts ist, nicht aus dem Volksgeist, auf den die Rassegesetze der Nazis sich beriefen, sondern aus der Existenz des Menschen. Durch das Christentum mit seinem Gebot der Nächstenliebe ist das Naturrecht aber über seinen naturhaften Gehalt

³¹ Tübingen 1948, dazu Würtenberger ARSP 1952/53, 576, 585.

³² Zur Geschichte des Naturrechts in der evangelischen Kirche (Fn.17).

³³ Näher hierzu mein Beitrag: Konfessionelle Denkmuster und Argumentationsstrategien im Familienrecht, in: Pacal Cancik et al. (Hrsg.), Konfession im Recht. Für Michel Stolleis zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main 2009, S. 163 ff.

³⁴ Die hierarchische Struktur der Ehe, München 1953.

³⁵ Albert Ziegler, Das natürliche Entscheidungsrecht des Mannes in Ehe und Familie, Heidelberg 1958.

³⁶ Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts (Gleichberechtigungsgesetz) vom 18.6.1957 (BGBl. I S.609).

³⁷ Günther Küchenhoff, Naturrecht und Christentum (Fn.14).

hinaus hinaufgesteigert. Das Liebesrecht versucht, das Prinzip der Gegenseitigkeit – do ut des – zu überwinden. Es gilt ein allgemeines Recht ist zu finden, bei dem nicht notwendig Gegenleistung für eine Leistung bedingt ist.³⁸

Küchenhoff fragt sich, ob dieses „Grundgesetz der Nächstenliebe“ mit unmittelbar rechtlicher Geltungskraft ausgestattet werden kann. Die Antwort: Liebe ist zwar frei, doch ist ein „von der Menschenliebe her geformtes Recht“ möglich. Allerdings gibt das Liebesrecht dem einzelnen keine unmittelbaren Ansprüche gegen den andern. Liebesrecht ist kein unmittelbar wirkendes, kein sog. aktuelles Recht.“ „Die Liebe bleibt persönlicher Antrieb und freie Tat.“ Gleichwohl ist Liebesrecht als objektive Ordnung zu begreifen und als gestaltende Kraft für die Schaffung des Gesetzesrechts, auch bei der Auslegung der Gesetze und der Tätigkeit der Verwaltung. „Das Liebesrecht stellt den Rechtsgeist dar, aus welchem der Rechtsstoff zu formen ist.“³⁹

Die konkreten Folgerung sind hochinteressant, ich begnüge mich mit Stichworten: Rechtsfähigkeit besteht nicht erst seit Geburt an. Das werdende Leben ist nicht geringwertiger als das der „Gewordenen“. Küchenhoff ist gegen jede Abtreibung, selbst im Fall der medizinischen Indikation. Er ist gegen Sterilisierung und Kastration, gegen die Empfängnisverhütung, einschließlich des coitus interruptus. Die Ehe ist unauflöslich. Küchenhoff streitet für die Gleichberechtigung der Geschlechter, wengleich er dies mit einem mutterrechtlichen Ansatz verbindet: Jede Frau hat Anspruch auf ein Kind, jeder Mensch andererseits ein Recht auf sexuelle Enthaltbarkeit. Eheleiche und nichteheliche Kinder sind gleich zu behandeln. Das Eigentum ist sozialpflichtig. Das Arbeitsrecht soll auf dem Genossenschaftsgedanken beruhen, Küchenhoff befürwortet – qua Liebesrecht – die betriebliche Mitbestimmung, auch die Mitbestimmung des einzelnen Menschen im Staat. Insgesamt ergibt sich eine denkwürdige Mischung aus konservativen und progressiven Elementen, wenn man es aus der Sicht der damaligen Zeit bewerten will. Das Buch erregte Aufsehen. Wir Studenten nahmen allerdings das Liebesrecht nicht ernst, obwohl wir den Mann sehr schätzten, weil er uns stets als gütig und mild gestimmt entgegentrat und die ihm bekannten Jünger der Rechtswissenschaft schon vom Weitem grüßte. Das Naturrecht war zu der Zeit, als ich studierte, in der jungen Generation bereits im Abschwung begriffen, was sich in der scherzhaften studentischen Frage an den Professor äußerte, wann er denn endlich eine Loseblattsammlung des Liebesrechts herausbringen werde.

Soweit der Versuch einer Übersicht über die Literatur. Aufs Ganze gesehen enthielt die Naturrechtsdoktrin in den Jahren nach dem Krieg sowohl die geistigen Waffen für eine kritische Distanzierung vom nationalsozialistischen Recht, als auch einen wichtigen Beitrag zur Formung des neuen deutschen Verfassungsstaates und schließlich auch konservative Potenzen, die den Zug zu einer modernen Gesellschaft verlangsamten. Alle diese Richtungen sind auf ihre Weise wirksam geworden.

³⁸ A.a.O., S. 67 ff.

³⁹ A.a.O. (Fn.14), S.78.

C. Der letzte Teil des Vortrags soll nochmals auf die Rolle des Naturrechts in der Nachkriegsjustiz zurückkommen. Das Naturrecht wird als Rechtsquelle in nicht wenigen Gerichtsurteilen der Jahre nach 1945 bemüht, die sich mit Ereignissen aus der Zeit der Naziherrschaft zu beschäftigen hatten. Das Naturrecht konnte dazu dienen, gegen den gewohnten Rechtspositivismus den Unrechtscharakter auch formell verkündeter Gesetze und Urteile zu begründen.

Den Beginn machte, wie es scheint, das Amtsgericht Wiesbaden in einer damals Aufsehen erregenden Entscheidung.⁴⁰ Es ging um die Herausgabe von Mobilien, die im Jahr 1942 jüdischen Bürgern durch Beschlagnahme entzogen worden war. Es klagte die Tochter der im Konzentrationslager umgekommenen Eigentümer auch im Namen weiterer Erben. Die Herausgabeklage richtete sich gegen die jetzigen Besitzer, die das Mobilien dem Finanzamt abgekauft hatten. Offenbar waren Finanzämter mit der Verwertung des eingezogenen jüdischen Vermögens betraut gewesen.

Das Amtsgericht macht bei Anwendung des § 985 BGB keine langen Umschweife. Die Herausgabeklage ist begründet, wenn die Klägerin und weiteren Erben Eigentümer des Mobilien sind; das konnten sie nur durch Erbgang geworden sein. Entscheidend ist daher, ob das Eigentum den Eltern der Klägerin rechtmäßig entzogen worden war. Das verneinte das Gericht mit einem direkten Rekurs auf das Naturrecht: „Nach naturrechtlicher Lehre gibt es Rechte des Menschen, die auch der Staat durch seine Gesetzgebung nicht aufheben kann. Es sind dies Rechte, die mit der Natur und dem Wesen des Menschen so im Innersten verbunden sind, dass mit ihrer Aufhebung die geistig sittliche Natur des Menschen zerstört würde.“ Zu diesen Rechten gehöre auch das Recht auf persönliches Eigentum. Daher stünden die Gesetze, die das Eigentum von Juden dem Staat für verfallen erklärten, mit dem Naturrecht im Widerspruch „und waren schon zur Zeit ihres Erlasses nichtig“. Das Finanzamt hatte also als Nichtberechtigter verfügt und die verbleibende Frage war nur, ob die Käufer gutgläubig erwerben konnten; das wurde verneint, weil es sich um dem Eigentümer abhanden gekommene Sachen handelte (§ 935 Abs.1 BGB); hier wäre gutgläubiger Erwerb nur im Fall des Erwerbs in öffentlicher Versteigerung möglich gewesen (§ 1935 Abs.2 BGB).

Dieser unmittelbare Zugriff auf das Naturrecht als Rechtsquelle stieß auf Kritik: Ein Kontrollrecht über die Gesetze stehe dem einzelnen Richter nicht zu, man solle die Gesetzgebung über die Wiedergutmachung abwarten, die tatsächlich für die nächste Zeit erwartet wurde.⁴¹ Auch in manchen Gerichtsentscheidungen, die mit der Aufarbeitung nationalsozialistischen Unrechts befasst waren, spürt man trotz aller erkennbaren Bereitschaft, das Unrecht auch Unrecht zu nennen, ein Unbehagen beim Umgang mit dem reinen Naturrecht und eine Sehnsucht nach positiven Vorschriften, auf die man sich hätte berufen können.

Deshalb versuchten manche Gerichte, den zu entscheidenden Fall gar nicht erst auf die naturrechtliche Ebene gelangen zu lassen, indem sie die Widerrechtlichkeit der zu

⁴⁰ SJZ 1946, 36; die Entscheidung griff Radbruch in seinem oben genannten Aufsatz (Fn.24) auf.

⁴¹ So die Kritik in der Urteilsbesprechung in der SJZ.

prüfenden Maßnahmen bereits aus den zur Zeit der Nazi-Herrschaft geltenden Rechtsvorschriften, also aus damaligem positiven Recht herleiteten. Dies betrifft z.B. die in unserem Eingangsfall (I.) relevante Frage, ob Führerbefehle, die nicht ein geordnetes Gesetzgebungs- oder Verordnungsgebungsverfahren durchlaufen hatten, als Rechtsnorm anzusehen seien; verneinte man das, so ergab sich schon daraus, dass auch im „Dritten Reich“ die allgemeinen Strafgesetze, etwa über Mord und Totschlag, unbeschadet durch Führerbefehle galten. Die Erschießung von Fahnenflüchtigen ohne Gerichtsurteil oder die „Tötung lebensunwerten Lebens“ konnten so auch ohne Hilfe des Naturrechts als widerrechtliche Tötung qualifiziert werden.⁴²

Eine weitere Möglichkeit, sich an das Ufer positiver Rechtsvorschriften zu retten, ergab sich durch die Kontrollratsgesetze der Alliierten Besatzungsmächte. Die Kontrollratsgesetze Nr.1 und 11⁴³ verfügten die Aufhebung einer ganzen Liste von Nazigesetzen und Strafvorschriften und verboten ihre weitere Anwendung. Daraus konnte gefolgert werden, dass ein im „Dritten Reich“ erlassener Rechtsakt jedenfalls nicht mit einer Vorschrift gerechtfertigt werden konnte, die unter den genannten Katalog fiel; insoweit musste man das Naturrecht nicht weiter bemühen.

Das Kontrollratsgesetz Nr. 10⁴⁴ definiert einige Verbrechen, derentwegen eine Strafverfolgung anbefohlen wurde, darunter die „Verbrechen gegen die Menschlichkeit“. Dieser Begriff „Menschlichkeit“ lässt den Anspruch auf allgemeine Geltung erkennen und kann so mit dem Naturrecht in Verbindung gebracht werden: Es gibt grundlegende Rechte der Menschheit, deren Verletzung bestraft werden darf, „ohne Rücksicht darauf, ob sie das nationale Recht des Landes, in welchem die Handlung begangen worden ist, verletzen“⁴⁵, wo also der Grundsatz „nulla poena sine lege“ nicht zum Zuge kommt. „Die Menschlichkeit“ wurde als allgemeiner und verbindlicher Rechtsbegriff verstanden, der im Kontrollratsgesetz Nr. 10 eine Positivierung gefunden hat. Auf ihn griffen die Gerichte zurück, um nicht das „reine Naturrecht“ bemühen zu müssen.

Für den Versuch einer positivrechtlichen Verankerung von naturrechtlichen Aussagen gibt eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes für die britische Zone in Strafsachen vom 15.11.1949⁴⁶ ein treffendes Beispiel. Es ging um die Beurteilung der Mitwirkung an einem Standgericht und der Vollstreckung von Standgerichtsurteilen – der Fall sei nicht näher geschildert, weil er sich aus dem Berufungsurteil auch nicht klar ergibt. Jedenfalls entwickelte das Gericht die Auffassung, dass ein Richter sich eines Verbrechens gegen die Menschlichkeit in dem Sinne des 10. Kontrollratsgesetzes auch dann schuldig machen könne, wenn ihm in Sinne des deutschen Strafrechts keine Rechtsbeugung

⁴² OLG Stuttgart SJZ 1947, 204 (Erschießung Fahnenflüchtiger: Es gab keine gesetzmäßigen Erlasse, die Kommandeuren erlaubt hätten, Soldaten nach misslungener Fahnenflucht zu erschießen); OLG Frankfurt SJZ 1947, 622 (Tötung „lebensunwerten Lebens“: Die Frage des Naturrechts stellt sich für das Gericht nicht, da einschlägige Schreiben Hitlers weder materiell noch formell Rechtsnormen waren);

⁴³ Oben Fn. 5.

⁴⁴ Vom 20.12.1945, Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland S.50, 241.

⁴⁵ Art. II 1 c am Ende.

⁴⁶ Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen, Bd.2 (1950), S. 269 ff.

vorzuwerfen sei. Um dies zu begründen entnimmt der Gerichtshof dem Kontrollratsgesetz fundamentale Aussagen: Es gibt „im Bereich aller Kulturvölker bestimmte, mit dem Wert und der Würde der menschlichen Persönlichkeit zusammenhängende Grundsätze menschlichen Verhaltens . . . , die für das Zusammenleben der Menschen und für das Dasein jedes Einzelnen so wesentlich sind, dass auch kein diesem Bereich angehörender Staat berechtigt ist, sich davon loszusagen. Der Verstoß gegen diese Grundsätze der Menschlichkeit bleibt also strafbares Unrecht, auch wenn er von einem Staat geduldet, gefördert oder veranlasst wird.“⁴⁷

Man wird bemerkt haben, dass die Positivierung dieser Grundsätze nicht nur in der Anlehnung an das Kontrollratsgesetz Nr. 10 besteht, sondern zudem in einem Rückgriff auf eine Art Völkergewohnheitsrecht: Das Gesagte gilt – so der Gerichtshof – „im Bereich aller Kulturvölker“, die sich eben so und nicht anders verstehen und verhalten. Der Gerichtshof drückt das verschiedene Male aus. Trotz aller Verschiedenheit in den einzelnen nationalen Rechtsordnungen gibt es bei „allen der Kulturgemeinschaft angehörenden Staaten“ solche aus gleicher Rechtsüberzeugung gebildete gleiche Rechtsgrundsätze. An anderer Stelle wird auf die einheitliche Auffassung der „Rechtsordnungen der dem abendländischen Kulturbereich angehörenden Nationen“ Bezug genommen, also auf ein räumlich beschränktes Völkergewohnheitsrecht: Die Grundsätze der Menschlichkeit gelten, weil sich alle abendländischen Kulturvölker darin einig sind. Und offenbar wird auch das durch die Nationalsozialisten beherrschte Deutschland noch zu dieser Völkergemeinschaft gezählt.

Das Naturrecht, so fruchtbar es beim Wiederaufbau des deutschen Rechts nach dem 2. Weltkrieg gewirkt hat, wurde offenbar von vielen Praktikern als heikle Sache empfunden und man war wohl froh, als Wiedergutmachungsfragen zunehmend Sache der Gesetzgebung wurden.

Einen letzten Aspekt will ich noch andeuten. Mir sind Gerichtsentscheidungen aufgefallen, in denen der Einsatz des Naturrechts nicht der Korrektur nationalsozialistischer Übergriffe diente, sondern im Gegenteil zu ihrer Rechtfertigung. Die Entscheidung des 5. Zivilsenats des BGH vom 8.2.1952⁴⁸ befasste sich mit einer Grundbuchberichtigungsklage aus § 894 BGB. Einer Bergbaugesellschaft wurde im Jahre 1943 ihr Bergwerkseigentum in der Nähe von Salzgitter entzogen. Die Gesellschaft – im Fall die Klägerin – wurde im Grundbuch gelöscht, stattdessen die Beklagte als Berechtigte eingetragen. Dieser Vorgang beruhte auf der „Verordnung des Führers und Reichskanzlers zur Durchführung des Vierjahresplans vom 18. Oktober 1936“⁴⁹. Ziel war u.a. die Konzentration der Erzgewinnung, natürlich für die bevorstehenden Kriegszwecke. Mit der Durchführung des Vierjahresplans wurde der preußische Ministerpräsident Göring beauftragt, der

⁴⁷ A.a.O., S.271.

⁴⁸ BGHZ 5, 76.

⁴⁹ BGBl. I S. 887.

1937 eine entsprechende Ordnung über den Zusammenschluss von Bergbauberechtigten erließ.⁵⁰ Es versteht sich, dass der Zusammenschluss kein freiwilliger war.

Zentrale Frage war die Rechtswirksamkeit der Enteignung. War sie auf Rechtsgrundlagen gestützt, die man rückblickend als gültig betrachten kann? Das verneinte die Klägerin. Schon die Hitlersche Verordnung von 1936 sei ungültig, ein rechtswidriges Einzelgesetz und eine despotische Nazi-Norm. Dem folgte der BGH nicht. Zwar mag es sein – sagt das Gericht –, dass die Hitlersche Verordnung keine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage hatte. Doch mache das die Verordnung nicht ungültig. Man dürfe für die Prüfung, ob Hitler eine solche Verordnung ohne gesetzliche Grundlage erlassen konnte, nicht die Grundsätze einer Gewalten trennenden Demokratie zugrunde legen. Nachdem einmal die Diktatur zur Regierungsform des Deutschen Reiches geworden sei, könne den in der Zeit dieser Diktatur gesetzten Rechtsnormen die Gültigkeit nicht deshalb abgesprochen werden, weil die Art ihres Zustandekommens den Grundsätzen der Diktatur entspricht. „Es ist anerkannten Rechts, dass eine gelungene Revolution neues Verfassungsrecht und neue Gesetzgeber schafft, die neues, formalrechtlich gültiges Recht setzen können.“ Auf welches anerkannte Recht bezieht sich hier der Gerichtshof? Man reibt sich die Augen: auf das Naturrecht – „das entspricht auch naturrechtlichen Anschauungen“ – und als Kronzeuge dient jener Messner, den wir schon als Vertreter des Revival christlicher Naturrechtsanschauungen kennen gelernt haben.

Man sieht: Naturrecht ist ein weites Feld.

⁵⁰ Vom 11.8.1937, RGBL. I S. 883.

