

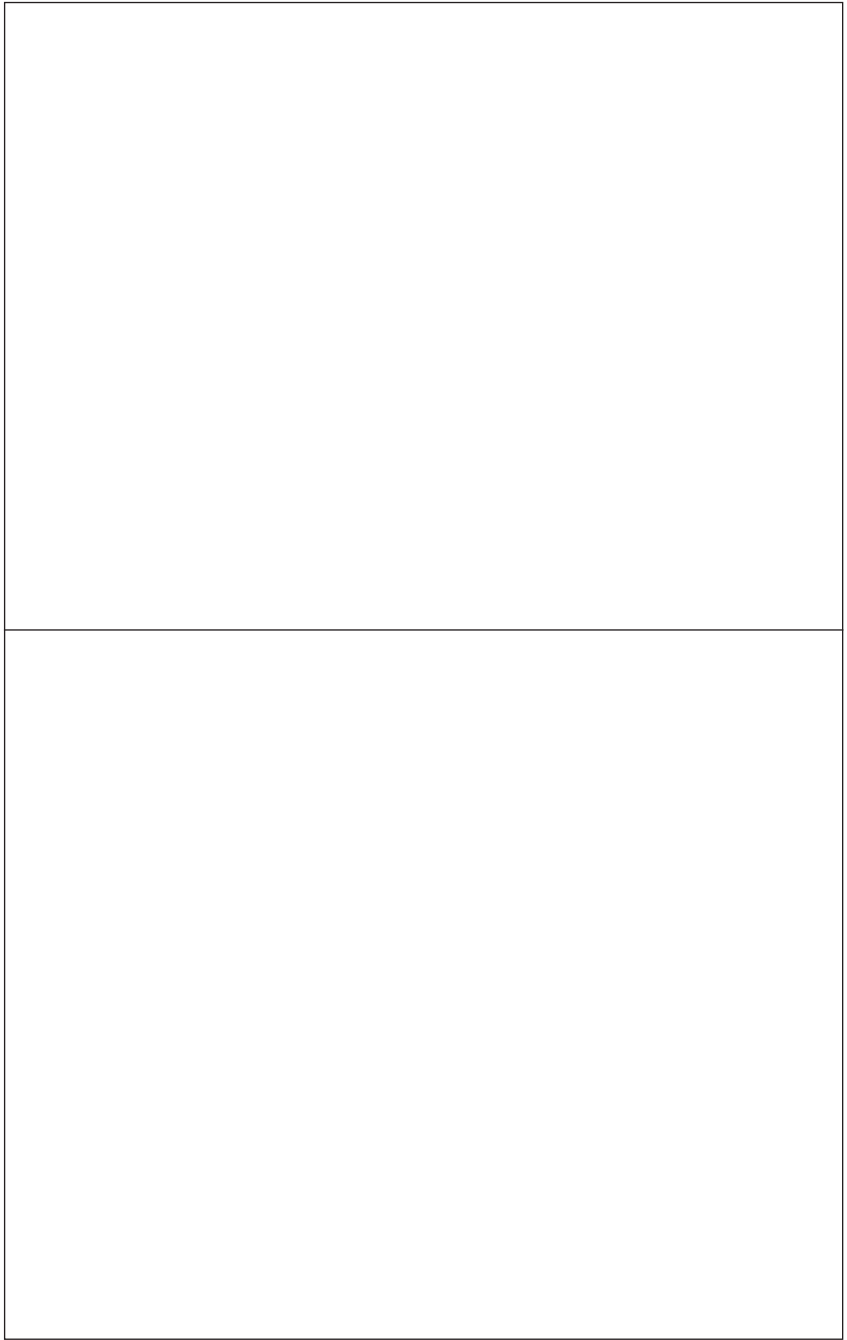
Stiftung Adam von Trott, Imshausen e.V. (Hrsg.)

Die Rolle der Juristen im Widerstand gegen Hitler

Festschrift für Friedrich Justus Perels



Nomos



Stiftung Adam von Trott, Imshausen e.V. (Hrsg.)

Die Rolle der Juristen im Widerstand gegen Hitler

Festschrift für Friedrich Justus Perels



Nomos



kontakt@stiftung-adam-von-trott.de
www.stiftung-adam-von-trott.de



Stiftung
Adam von Trott

Imshausen e.V.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4353-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-8577-1 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.



Friedrich Justus Perels
(* 13. November 1910 † 23. April 1945)

Vorwort

Er war da als x abgeholt wurde. Er kümmerte sich um die Unterkunft derer, die vor dem Rassismus der Nazis gerettet werden mussten. Er verteidigte furchtlos die Angeklagten der bekennenden Kirche, er machte Bibelarbeit.

Wer war er, wie wurde der Jurist Friedrich Justus Perels so?

Aufgewachsen unter dem starken Einfluss christlicher Jugendarbeit wurde er Justitiar der bekennenden Kirche und reihte sich in den Widerstand gegen den verbrecherischen Nazistaat ein. Für ihn war das Gebot „Liebe Deinen Nächsten“ ein ganzheitliches Bedürfnis. Er kümmerte sich um die Angehörigen der verfolgten Minderheiten als Christ, um die Mitwiderstandskämpfer als christlicher Anwalt. Er kämpfte gegen das Verbrecherregime als christlicher Jurist und politischer Widerstandskämpfer, der bereits den Weg für die Demokratisierung nach dem Sturz des Diktators zusammen mit Anderen vorbereiten half.¹ Er wurde festgenommen und in den letzten Kriegstagen als einer der Jüngsten aus diesem Kreis ermordet.

Seiner Familie sprach er Trost zu. Sein Leben ist ein Vorbild. Dies kann in noch viel breiterem Rahmen als bis dato auch innerhalb der christlichen Bewegungen bewusst werden. Hierin liegt der langfristige Trost, den er hinterlässt: seine Menschlichkeit und integrative Kraft in seinem Bezug zu

1 FAZ net 10.8.2009 Hinweis auf die Bücher von Alfred Gottwaldt: Eisenbahner gegen Hitler - Widerstand und Verfolgung bei der Reichsbahn 1933-1945, Marix Verlag, Wiesbaden 2009, S. 352. und Uwe Gerrens: Rüdiger Schleicher. Leben zwischen Staatsdienst und Verschwörung. Gütersloher Verlagshaus, München 2009. S. 254: „Zu den mutigen Hitler-Gegnern im Staatsdienst, die ihr Leben verloren, zählte auch Rüdiger Schleicher... Im August 1939 wurde er ins Allgemeine Luftamt versetzt. Zusätzlich leitete er seither als Honorarprofessor das Institut für Luftrecht der Universität Berlin. In Schleichers Institut fanden konspirative Treffen statt, an denen der Lufthansa-Rechtsberater Klaus Bonhoeffer (älterer Bruder von Dietrich Bonhoeffer), der Heeresrichter Karl Sack, der Diplomat Adam von Trott zu Solz sowie der Justitiar der Bekennenden Kirche der Altpreußischen Union Friedrich Justus Perels teilnahmen: Sie alle wurden ermordet, daher konnte über die Gespräche nichts in Erfahrung gebracht werden.“ Darauf macht Uwe Gerrens aufmerksam, der sich für Schleichers Lebensgeschichte, vor allem für die ihn "prägenden Einflüsse", interessiert.

den „Verdammten dieser Erde“ – seien es Verfolgte, ethnische oder religiöse Minderheiten, politisch Andersdenkende, Gefangene, Tod-Geweihte, seine Suche nach Mitkämpfern gegen Rassismus, Rechtlosigkeit, Chauvinismus, Exklusion.

Wie er unter existentieller Gefahr gegen schrankenlose Gewalt aufstand, so auch Viele im damaligen Europa und grenzübergreifend. Denken wir an die Führer, die der deutsche Widerstand u.a. über Dietrich Bonhoeffer, den Freund Perels', aber auch über Adam von Trott und Helmut Moltke in das Ausland aussandte, um zu erreichen, dass dem Morden Einhalt geboten würde und der deutsche politische Widerstand Unterstützung durch die Alliierten erhielt.² Inhumanität hat Geschichte, die Geschichte von selbst ernannten Eliten, fehlender Demokratie, autoritär verteidigter und erweiterter wirtschaftlicher Macht.

Heute sind Juristen im Widerstand zu finden bei der Ahndung von Menschenrechtsverbrechen, seien sie durch politische Machthaber oder aber durch die Missachtung sozialer, wirtschaftlicher und kultureller Rechte³ verursacht. Sie sind da, und es ist mehr denn je erforderlich, dass Juristen im Widerstand sich zusammenschließen untereinander und mit sozialen Bewegungen der Arbeitslosen, der von Landraub oder extrem ungerechter Landbesitzverteilung Betroffenen Landlosen und *last not least* der durch Umweltverbrechen ihrer Lebensgrundlage Beraubten.

Frieden wird darauf beruhen, dass von den Betroffenen und ihren Unterstützern und Verteidigern die Gerechtigkeit und Bewahrung der Schöpfung eingefordert wird, dies sahen Friedrich Justus Perels, Bonhoeffer und

2 Annedore Leber: Friedrich Justus Perels, in: Dieselbe: Das Gewissen steht auf, Berlin Frankfurt a.Main 1954, S. 187; Eberhard Bethge: Dietrich Bonhoeffer, Gütersloh 2001; Benigna von Krusenstjern: Adam von Trott, Göttingen 2009; Jochen Köhler: Helmut James von Moltke, Reinbek 2008; siehe auch u.a. den Aufsatz von Andreas Schott in diesem Band.

3 Vgl. Pakte der Internationalen Arbeitsorganisation vom 16.12.1966 über „Bürgerliche und Politische Rechte“ (inzwischen von 168 Ländern ratifiziert (3.5.2014), In einem Fakultativprotokoll, das bisher 114 Staaten ratifiziert haben (Stand Juli 2013), ist zudem die Individualbeschwerde eines jeden Betroffenen vorgesehen. 1989 wurde dem Pakt ein „Zweites Fakultativprotokoll“ über die Abschaffung der Todesstrafe hinzugefügt, das bisher 72 Staaten ratifiziert haben) sowie der UN-Sozialpakt über „Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte“ (vom 16.12.1966 inzwischen von 165 Ländern ratifiziert und vom UN-Ausschuß für Wirtschaftliche, Soziale und Kulturelle Rechte überwacht.

ihre Mitkämpfer schon damals. In diesem Kampf sind sie konkretes Vorbild und lebendiger Ansporn.

Dank für die Unterstützung der Tagung gebührt der Holtfort-Stiftung. Dank für die Ausrichtung der Tagung gebührt Joachim Perels, dem Sohn von Friedrich Justus Perels, der Stiftung Adam von Trott, Imshausen mit Dorothee Engelhard, Ute Janßen und dem Dietrich-Bonhoeffer-Verein e.V.

Clarita Müller-Plantenberg

Inhalt

I. Erinnerung

Rechtsdenken und Rechtspraxis im Widerstand gegen den Nationalsozialismus	15
<i>Claudia Fröhlich</i>	

II. Juristen im Widerstand

Die Welt war informiert! Friedrich Weißler und die Hitler-Denkschrift der DEK vom 28. Mai 1936	31
<i>Hans-Peter Schneider</i>	

Christlicher Widerstand gegen das Nazi-Regime – Friedrich Justus Perels	49
<i>Joachim Perels</i>	

Josef Wirmer, Jurist und Zentrumspolitiker (1901-1944)	67
<i>Helmut Moll</i>	

Adam von Trott zu Solz, Jurist im Kreisauer Kreis	85
<i>Andreas Schott</i>	

Richard Schmid, Anwalt der illegalen Sozialistischen Arbeiterpartei – Eine Skizze	91
<i>Hans-Ernst Böttcher</i>	

III. Das Erbe des Rechtsdenkens des Widerstands heute

Wolfgang Abendroth. Politischer Widerstand und Analyse des NS-Regime	137
<i>Gregor Kritidis</i>	
Probleme der Ahndung völkerrechtswidriger Staatsverbrechen	159
<i>Joachim Perels</i>	
Möglichkeiten und Schranken der Durchsetzung des Völkerrechts	175
<i>Dieter Deiseroth</i>	
Andacht zur Tagung: Die Rolle der Juristen im Widerstand gegen Hitler anlässlich des 100. Geburtstags von Friedrich Justus Perels am vorletzten Sonntag des Kirchenjahres (Volkstrauertag), 14.11.2010	223
<i>Cornelius Bundschuh</i>	
Autoren	231

I. Erinnerung

Rechtsdenken und Rechtspraxis im Widerstand gegen den Nationalsozialismus¹

Claudia Fröhlich

Friedrich Justus Perels verbrachte die Tage um den 30. Juni 1934 bei Martin Niemöller in Berlin-Dahlem. Die von Reichskanzler Adolf Hitler in Gang gesetzte Ausschaltung von Regimekritikern erreichte zu dieser Zeit einen neuen Höhepunkt. Mehr als 200 Menschen wurden zwischen dem 30. Juni und 2. Juli 1934 ermordet, unter ihnen war der Vorsitzende der Katholischen Aktion im Bistum Berlin, Erich Klausener, der wenige Tage zuvor anlässlich des Märkischen Katholikentags die antikirchliche Politik des Regimes kritisiert hatte. Klausener wurde in Berlin erschossen.

Auch Martin Niemöller war in diesen Tagen gefährdet. Als Vorsitzender des Pfarrernotbundes hatte Niemöller die Kirchenpolitik der Reichsregierung kritisiert. Im Herbst 1933 hatte er sich mit seinen „Sätze(n) zur Arierfrage in der Kirche“ klar gegen die Ausgrenzung und Entrechtung von Christen jüdischer Herkunft gewendet, und auf der Ende Mai 1934 in Barmen tagenden „Bekennnissynode der Deutschen Evangelischen Kirche“ hatten sich die anwesenden Repräsentanten der Evangelischen Kirche zur Anerkennung der Autorität nicht Hitlers, sondern Jesus Christus verpflichtet.² Friedrich Justus Perels absolvierte zu dieser Zeit seine Ausbildung zum Assessor, engagierte sich in den Schülerbibelkreisen, in denen die Bibel gemeinsam gelesen und interpretiert wurde, und war als Rechtsberater für den Pfarrernotbund tätig. Im Fall der Verhaftung wollte er Niemöller nun rechtlichen Beistand leisten.

1 Leicht überarbeitete Fassung des Vortrags auf der Tagung „Die Rolle der Juristen im Widerstand gegen Hitler“. Tagung zur Feier des 100. Geburtstags von Friedrich Justus Perels in der Stiftung Adam von Trott, Imshausen im November 2010.

2 Vgl. Martin Stöhr: Zu Leben und Werk von Martin Niemöller. In: Martin Niemöller. Gewissen vor Staatsräson. Ausgewählte Schriften. Herausgegeben von Joachim Perels. Göttingen 2016. S. 283f, 292.

Reflexion und Praxis von Recht

Die deutsche Regierung definierte die vom 30. Juni bis 2. Juli 1934 „zur Niederschlagung hoch- und landesverräterischer Angriffe“ vollzogenen Maßnahmen „als Staatsnotwehr“ und damit „rechtens“, Hitler selbst rechtfertigte die Mordaktion in einer Rede im Reichstag zwei Wochen später in völliger Negation der ordentlichen Gerichtsbarkeit, indem er sich zum „obersten Gerichtsherrn“ der Nation erklärte, der in der Situationen eines staatlichen Notstandes allein zuständig sei. Perels hingegen betrachtete die Morde als den vorläufigen Höhepunkt der Zerstörung von Recht und Rechtsstaatlichkeit durch das nationalsozialistische Regime³. Diese Beseitigung des Rechtsstaates ging weiter als wenige Wochen später Nationalsozialisten den österreichischen Bundeskanzlers Dollfuß ermordeten und nach dem Tod Hindenburgs die offensichtliche Überschreitung der Befugnisse des „Ermächtigungsgesetzes“ durch Hitler folgte, der im August 1934 „Führer und Reichskanzler des Deutschen Volkes“ wurde. Schließlich lieferte sich die Reichswehr der Macht Hitlers aus und die Soldaten wurden unmittelbar auf die Person Adolf Hitler vereidigt, sie schworen nicht mehr dem deutschen Volk, sondern „dem Führer“ ihren unbedingten Gehorsam.

Für Friedrich Justus Perels hatte die Beseitigung des Rechtsstaates durch die nationalsozialistische Regierung eine existentielle Dimension: Auf Grundlage des im April 1933 erlassenen „Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums“ hatten sieben seiner 12 Lehrer von der Universität Heidelberg ihre Positionen verloren. Auch sein in Heidelberg lehrender Onkel Leopold Perels und Gustav Radbruch waren betroffen.⁴ Perels selbst beauftragte einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Rechte, um seine Ausbildung als Jurist abschließen zu können.

In seiner im Exil verfassten und 1942 erschienenen Arbeit über die „Herrschaft des Gesetzes“ analysierte der Jurist Franz L. Neumann die Etablierung des NS-Staates als Suspendierung von Recht zugunsten des in Gesetzesform verkleideten „Willens des Führers“.⁵ Perels erlebte und beobachtete die von Neumann als Negation von Staatlichkeit beschriebene

3 Vgl. Matthias Schreiber: Friedrich Justus Perels. Ein Weg vom Rechtskampf der Bekennenden Kirche in den politischen Widerstand. München 1989. S. 78.

4 Schreiber: Perels, S. 67.

5 Siehe dazu das Hauptwerk von Franz L. Neumann: Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944 (zuerst 1942 und 1944) Frankfurt a.M. 1977

Suspendierung von Recht, die das Individuum ohne jeden rechtlichen Schutz politisch verfügbar machte und die Berechenbarkeit des Rechts zugunsten des totalen Herrschaftsanspruchs aufhob. Als konstituierende Merkmale der Errichtung des totalitären Staates ebneten Terror und Willkür, wie Hannah Arendt später festhielt, jene „Zäune der Gesetze“ ein, die den „Raum der Freiheit“ schaffen und sichern sollten, „in welchem menschliche Bewegungen und Handlungen stattfinden“.⁶

Die Reaktion von Friedrich Justus Perels auf die Beseitigung des Rechts durch das nationalsozialistische Regime 1933/34 zeigt, dass der Kampf gegen die Willkür- und Terrorherrschaft der Nationalsozialisten für oppositionelle Juristen von Beginn an zwei Seiten hatte: er war theoretische Reflexion über Recht und Staatstätigkeit sowie praktische und konkrete Verteidigung von Recht. Die Gegner des NS-Staates entwickelten ihre Reflexionen über Recht, den Begriff von Rechtsstaatlichkeit sowie ihren praktischen Kampf gegen die Entrechtlichung seit der frühen Phase der Etablierung der Diktatur. Der Verlust von Recht sowie der Niedergang des Rechtsstaates waren dabei für die Kritiker und Oppositionellen im NS-Staat von Anfang an eine existentielle Bedrohung. Ihre aktive Einforderung von Recht leisteten sie aus der Position einer kleinen Minderheit. Die Mehrheit der Deutschen schwieg. Sie akzeptierte die Zertrümmerung des Rechtsstaates im nationalsozialistischen Taumel von „Deutschlands Erneuerung“.⁷

Perels gehörte von Anfang an zu der Minderheit, die engagiert gegen die Preisgabe des Rechts und des Rechtsstaates kämpfte. Nachdem im März 1935 mehr als 500 Pfarrer der Bekennenden Kirche in der Altpreußischen Union verhaftet worden waren, kritisierte Perels in einem Bericht diese „Eingriffe des Staates in die Freiheit der evangelischen Kirche“ als „Eingriffe“ „schwerster Art“. Er wies nach, dass es keine Rechtsgrundlage für die Verhaftungen gegeben hatte. Perels kritisierte die Zusammenarbeit der Reichskirchenregierung mit dem NS-Regime, und als Konsequenz forderte man die Gemeinden auf, sich von der Reichskirchenregierung zu distanzieren.⁸ Die partizipative Rolle, die den Gemeinden bei der Verteidi-

übersetzt von Hedda Wagner und Gert Schäfer, mit einem großen Nachwort von Gert Schäfer.

6 Hannah Arendt: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*. Frankfurt a.M. 1958. S. 259.

7 Vgl. hierzu Wolfgang Benz: *Geschichte des Dritten Reiches*. München 2000. S. 56.

8 Schreiber: Perels, S. 86f.

gung des Rechtsstaates damit übertragen wurde, reflektierte Perels später in seiner bei Rudolf Smend geplanten Dissertation.⁹

Überwindung eines formalen Rechtsstaatsbegriffs

Die vielleicht bekannteste Forderung nach dem Rechtsstaat stammt von Ludwig Beck und Carl Friedrich Goerdeler. In der Regierungserklärung, die sie für den Fall eines gelungenen politischen Umsturzes vorbereiteten, nannten sie als „erste Aufgabe“ einer neu etablierten „Reichsregierung“ die „Wiederherstellung der vollkommenen Majestät des Rechts“. Die neue Regierung müsse „jede Willkür“ vermeiden und sich einer „geordneten Kontrolle durch das Volk unterstellen“, denn „keine menschliche Gemeinschaft“ könne „ohne Recht bestehen.“¹⁰

Recht wurde hier wieder zum Garant einer sicheren und menschenwürdigen Ordnung. Damit entwickelten Juristen im Widerstand zugleich einen Begriff von Rechtsstaatlichkeit, der ein an bloße verfahrensformale Strukturen gebundenes Rechtsstaatsverständnis überwindet, wie es im 19. Jahrhundert in der Auseinandersetzung mit dem vorkonstitutionellen Staat entwickelt worden war und wie es von der Mehrheit der Juristen formuliert noch in Gegnerschaft zur Weimarer Republik zur Geltung gekommen war. Goerdelers Reflexionen beschrieben den Staat nicht in seiner bloß Ordnung schaffenden Funktion, vielmehr wurden „Recht und Gerechtigkeit“ als materielle Werte bestimmt, die als „Voraussetzung“ einer „erfolgreichen Staatsführung“ beschrieben wurden.¹¹ In seinen letzten niedergelegten Überlegungen, den „Gedanken eines zum Tode Verurteilten“, wird sichtbar, dass Goerdelers Rechtsbegriff an das materielle Prinzip der Gerechtigkeit gebunden ist. Recht soll die Prinzipien einer guten Ordnung verkörpern.

9 Vgl. Schreiber: Perels, S. 124ff.

10 Ludwig Beck, Carl Friedrich Goerdeler: Die Regierungserklärung. In: Widerstand in Deutschland 1933-1945. Ein historisches Lesebuch. Hg. v. Peter Steinbach und Johannes Tuchel. München 1994. S. 332ff.

11 Carl Friedrich Goerdeler: Das Ziel. In: In: Widerstand in Deutschland 1933-1945. Ein historisches Lesebuch. Hg. v. Peter Steinbach und Johannes Tuchel. München 1994. S. 289ff.

Recht und Rechtsstaat – Schutz des Individuums und dem Staat übergeordnet

Auch für Helmuth James von Moltke, Peter Yorck von Wartenburg und andere Akteure des Kreisauer Kreises waren Überlegungen über eine „positive Staatslehre“ eine Voraussetzung für die aktive Gegnerschaft zum NS-Staat. Seit 1938 reflektierten Moltke und Yorck von Wartenburg, wenn über einen Anschlag auf die Führungsschicht um Hitler nachgedacht wurde, die Frage nach der Neufundierung eines dem Recht verpflichteten Staates mit.

Im Zentrum der Planungen zur Erneuerung des Staates als einem Rechtsstaat stand dabei das Verhältnis von Staat und Individuum. In einem Brief schrieb Moltke im Juni 1940 an Yorck von Wartenburg, das Kriterium für den Staat müsse die Verwirklichung von Gerechtigkeit sein. Gerechtigkeit bestünde darin, dass „im Rahmen des Staatsganzen ein jeder sich voll entfalten und entwickeln könnte“. Auch Moltkes Rechtsbegriff reflektiert die konkreten zeitgenössischen Erfahrungen mit dem NS-Staat, wenn er weiter schreibt, der Staat dürfe Menschen nicht „beherrschen und durch Gewalt ... zügeln“, sondern müsse die „Menschen in eine solche Beziehung zueinander bringen und sie darin erhalten, dass der Einzelmensch von jeder Furcht befreit in voller Sicherheit ... zu handeln vermag.“ Moltke rückt die Verantwortung des Staates für das Individuum in den Blick, das es nicht zu instrumentalisieren gelte, sondern dessen Freiheitsrechte durch staatliches Handeln geachtet werden müssten. So habe der Staat nicht das Recht, „Menschen zu wilden Tieren oder zu Maschinen zu machen“ und es sei „nicht die Aufgabe des Staates, unbedingten Gehorsam und blinden Glauben ... zu fordern“. Es sei vielmehr die „letzte Bestimmung des Staates ... , der Hüter der Freiheit des Einzelmenschen zu sein. Dann ist es ein gerechter Staat“.¹²

Ähnlich gewinnt bei Yorck von Wartenburg das Verhältnis von Staat und Individuum zentrale Bedeutung, wenn er über Recht nachdenkt: „im Rahmen der Rechtsidee, wonach die objektive staatliche und rechtliche Ordnung zugleich ein persönliches Rechtsgut des Einzelnen ist, der nicht der politischen Willkür des allgewaltigen Staates ausgeliefert sein darf,

12 Helmuth James Graf von Moltke: Gegen den Triumph des Bösen. In: Widerstand in Deutschland 1933-1945. Ein historisches Lesebuch. Hg. v. Peter Steinbach und Johannes Tuchel. München 1994. S. 201ff.

demgegenüber sich der Staat vielmehr auch in dem Verhältnis von Recht und Pflicht befindet“.¹³

Hier wird sichtbar, dass der von Juristen im Widerstand gegen das NS-Regime formulierte Rechtsstaatsbegriff gegen die erfahrene Willkürherrschaft und gegen Terror gerichtet den Staat an Recht bindet, also das Recht der Staatstätigkeit überordnet. Die zeitgeschichtliche Radikalität dieser Rechtsposition wird erkennbar, wenn sie als „Gegenentwurf“¹⁴ zu den den NS-Staat legitimierenden Theorien damals einflussreicher Staatsrechtslehrer gelesen wird. Ernst Forsthoff etwa hatte 1933 in seiner Schrift „Der totale Staat“ definiert: „Der totale Staat muss ein Staat der totalen Verantwortung sein. Er stellt die totale Inpflichtnahme jedes Einzelnen für die Nation dar. ... Dieser Anspruch des Staates, der ein totaler ist, macht das Wesen des neuen Staates aus.“¹⁵ Die theoretische und praktische Überwindung der von Forsthoff begründeten Gewalt des Staates über den Einzelnen war ein wesentliches Ziel, das Yorck von Wartenburg und Moltke in ihren 1940 geführten Gesprächen entwickelten.¹⁶

Legitimierung des Rechtsstaates – personale und religiöse Motive

Die Gespräche zwischen Moltke und Yorck von Wartenburg machten allerdings deutlich, dass die Bezugspunkte für die Legitimierung des Rechtsstaates durchaus verschieden waren.

Yorck von Wartenburg definierte den Staat als „Trieb göttlicher Ordnung“ und auch Goerdeler formulierte in dem „Entwurf einer Regierungserklärung“ die tragenden Prinzipien des Rechtsstaates und die Grenzen der Rechtsprechung mit Verweis auf einen Gottes-Bezug: „Gott hat uns in seiner Ordnung des Weltalls, in seiner Schöpfung und in seinen Geboten die Notwendigkeit des Rechts gegeben. Er hat uns Einsicht und Kraft verliehen, die irdischen Einrichtungen zu ihrer Sicherung im Recht zu führen.“¹⁷ Für Moltke hingegen war allein der Mensch in seiner realen Exis-

13 Yorck von Wartenburg zit. n. Peter Steinbach: Wiederherstellung des Rechtsstaats als zentrale Zielsetzung des Widerstands. In: Jürgen Schmädke, Ders. (Hg.): Der Widerstand gegen den Nationalsozialismus. München, Zürich 1994. S. 626.

14 Vgl. Günter Brakelmann: Helmuth James von Moltke. 1907-1945. Eine Biographie. München 2007. S. 143.

15 Ernst Forsthoff: Der totale Staat. Hamburg 1933. S. 42.

16 Vgl. Brakelmann: Moltke. S. 149.

17 Goerdeler zit. n. Steinbach: Wiederherstellung, S. 630.

tenz Bezugspunkt für den Rechtsstaatsgedanken. An seinen Freund Yorck von Wartenburg schrieb Moltke: „Ich stehe auf dem Standpunkt, dass die Staatslehre zu dem Gebiet der Philosophie, nicht zu dem der Theologie gehört“, eine „religiöse Erklärung“ konnte er nicht als Grundlage staatsphilosophischer Erörterungen akzeptieren.¹⁸

Der Völkerrechtler Helmuth James Graf von Moltke, seit 1933 im Amt Ausland/Abwehr beim Oberkommando der Wehrmacht Sachverständiger für völkerrechtliche Fragen und für die Verbindung zwischen Wehrmacht und Auswärtigem Amt zuständig, hatte seine Rechtsposition Mitte der 1920er Jahre im internationalen „Schwarzwaldkreis“ herausgebildet. Während seines Studiums in Breslau und Berlin war der politisch engagierte Moltke eingetaucht in diesen Freundes- und Diskussionskreis um Eugenie Schwarzwald. Im Wohnhaus der Pädagogin und Schulreformerin in Wien trafen sich Kulturschaffende und Politiker unterschiedlicher Nationalitäten, Religionen und Weltanschauungen. Dichter und Schriftsteller, unter ihnen Jakob Wassermann, Carl Zuckmayer, Bertolt Brecht, Karl Kraus, Robert Musil, Elias Canetti und Hugo von Hofmannsthal, tauschten sich hier mit Arnold Schönberg, Oskar Kokoschka und der Journalistin Dorothy Thompson aus. Mit ihnen diskutierte Moltke, man las, spielte und musizierte zusammen. Moltke lernte hier die Idee eines Europas ohne imperialistische Machtansprüche und Ideologien kennen. Er erlebte Dialoge zwischen Juden und Christen, zwischen Religiösen und Atheisten, er erlebte Pluralismus sowie eine an Werte und Normen gebundene Toleranz als Prinzipien, die für seinen im Widerstand gegen das NS-Unrechtsregime entwickelten Rechtsstaatsgedanken bedeutsam wurden.¹⁹

Im „Schwarzwaldkreis“ hatte Moltke auch Hans Kelsen getroffen, bei dem er schließlich an der Wiener Universität ein Semester studierte. Kelsen hatte 1920 mit der Arbeit über „Wesen und Wert der Demokratie“ eine einflussreiche Begründung der Demokratie vorgelegt, deren wertrelativistische Demokratietheorie auf der Idee der Freiheit des Einzelnen beruhte. Zudem hatte Kelsen in Österreich die moderne Verfassungsgerichtsbarkeit institutionalisiert, und Moltke hatte so eine zur Kontrolle von Gesetzen befugte Gerichtsbarkeit kennengelernt.

Mit dem Begriff der „Freiheit“, der für Moltke im Widerstand gegen den Nationalsozialismus zentrale Bedeutung gewann, hatte sich auch

18 Zit. n. Brakelmann: Moltke, S. 145.

19 Vgl. ebd. S. 35f.

Friedrich Justus Perels während seines Studiums auseinandergesetzt. Perels hatte von April 1929 bis April 1930 in Heidelberg bei Gustav Radbruch studiert. Anders als an der Mehrheit der deutschen Universitäten waren in Heidelberg viele Lehrende für die Weimarer Republik eingetreten, vor allem das Lehrpersonal der Juristischen Fakultät bildete den Kern der demokratisch orientierten Professorengruppe.²⁰ Perels hatte etwa Radbruchs „Einführung in die Rechtswissenschaft“ gelesen und in dessen Vorlesungen den Unterschied von „Rechtssicherheit“ und „Gerechtigkeit“ kennengelernt. Zwar räumte Radbruch der Rechtssicherheit, also der Positivität von Recht, eine Vorrangstellung ein, doch verpflichtete er den „Jurist aus Freiheitssinn“ darauf, ein „Vorposten des Rechtsstaates gegen unseren angeborenen Hang zum Polizeistaat“ zu sein. Perels' Widerstand gegen den NS-Staat und seine praktische Einforderung von Recht realisierten später die Prinzipien, die Radbruch gelehrt hatte. Als Juden und „Nichtarier“ durch die Nürnberger Rassegesetze 1935 zu Menschen minderen Rechts stigmatisiert wurden, beteiligte sich Perels an der Gründung des „Büro Grübers“. Die „Hilfsstelle für rassistisch Verfolgte“ realisierte im Sinne Radbruchs den Kampf gegen unrechtmäßige Übergriffe des Polizeistaates.

Aufarbeitung des Unrechts als Prinzip zukünftiger Rechtsstaatlichkeit

Auch Fritz Bauer hatte in Heidelberg Rechtswissenschaften studiert und sich mit der Rechtslehre Gustav Radbruchs beschäftigt. Bauer schrieb in einer seiner persönlichen Erinnerungen, dass er in Radbruchs „Einführung in die Rechtswissenschaft“ dick angestrichen hatte, was es bedeutete ein „Jurist aus Freiheitssinn“ zu sein. Der republiktreue, sozialdemokratische Jurist Fritz Bauer, dessen Name sich heute vor allem mit der Aufklärung von NS-Verbrechen in der Bundesrepublik der 1950er und 1960er Jahre verbindet, war 1933 vor der nationalsozialistischen Verfolgung in die Emigration geflohen. Er engagierte sich in den Gremien der Exilorganisation der SPD in Schweden und verfasste – unter dem Eindruck der von den Emigranten geführten Diskussionen – Reflexionen zum Rechtsstaat. Wie für den Kreisauer Kreis und wie für Beck und Goerdeler war auch für Bauer die Konstituierung eines zukünftigen Rechtsstaates an eine Aufklä-

20 Schreiber: Perels, S. 47.

nung der NS-Verbrechen und eine Aburteilung der Verbrechen gebunden. Fritz Bauer war seit 1942 über den befreundeten Willy Brandt von der Polnischen Sozialistischen Partei über die Vernichtung der europäischen Juden informiert. In seiner 1944 vorgelegten Publikation „Kriegsverbrecher vor Gericht“ kritisierte Bauer den völkerrechtswidrigen Krieg des nationalsozialistischen Regimes, die Massenmorde in Polen und in der Sowjetunion, die Deportationen sowie Verwüstungen und Plünderungen in den okkupierten Ländern als „klare Verletzungen des im Haag beschlossenen und von Deutschland unterzeichneten Landkriegsreglements.“ Bauer bewertete sie als Straftaten: „Sie können nach der herrschenden Auffassung der Juristen nach dem am Tatort geltenden Strafrecht bestraft werden, sie sind Mord, Totschlag, Freiheitsberaubung“. Die strafrechtliche Feststellung individueller Tatbeteiligung im NS-Unrechtssystem durch rechtsstaatliche Verfahren sollte Unrecht aufklären und das Ethos eines Widerstandsrechts und einer Widerstandspflicht gegen Unrecht an die Bürger eines zukünftigen Staates vermitteln.

Zentrales Merkmal der Rechts- und Rechtsstaatsgedanken, die Gegner des NS-Unrechtsregimes in Deutschland und in der Emigration formulierten, war das Prinzip, dass Recht über dem Staat stehe und die ordnende Funktion des Staates damit an das Recht gebunden wird. Dieser Rechtsstaatsgedanke löste sich von einem formalen Rechtsverständnis: der Staat wurde nicht als ein Selbstzweck gedacht, vielmehr waren Gerechtigkeit, Freiheit und Sicherheit die Werte und Normen, mit deren Realisierung der Rechtsstaat beauftragt war. Der einzelne Mensch als Individuum wurde dabei – oft in Anknüpfung an Radbruchs Wertrelativismus – zum Ausgangspunkt von Recht. Die zeithistorische Bedeutung gewinnen diese im Widerstand entwickelten Reflexionen in der Konfrontation mit dem von der Staatsrechtslehre weitgehend begründeten „totalen Verfügungsanspruch der Diktatur“; daneben wird die zeithistorische Bedeutung klar, wenn dieser Rechtsstaatsbegriff als ein materialer Begriff erkannt wird, der sich von einer Staatslehre löste, wie sie in der Weimarer Republik und im NS-Staat noch von der Mehrheit der Juristen und Rechtswissenschaftler verinnerlicht war und auch vertreten wurde, und wonach der Staat als das zu schützende Rechtsgut galt, ohne dass nach seiner inhaltlichen Gestalt gefragt wurde. Auch aus dieser obrigkeitstaatlichen Auffassung heraus wurde die im Nationalsozialismus vollzogene Suspendierung von Recht von der Mehrheit der Juristen mitgetragen.

Nach 1949: Negierung des Rechtsbegriffs der Opposition

Im Exil in London interpretierte die sozialistische und sozialdemokratische Opposition die Niederlage des NS-Systems als Fehlschlag des Angriffs auf den Rechtsstaat. Erich Ollenhauer resümierte: Die NS-Diktatur habe das „Verlangen nach Recht, Gesetzlichkeit und Schutz der Persönlichkeit vor Willkür und Gewalt“ entscheidend geprägt. Das „Verlangen nach Freiheit und Recht“ werde nach dem „Sturz der Hitlerdiktatur ihre Erfüllung suchen“.²¹ Doch was wurde aus diesem „Verlangen“ nach Recht? Wie wurde der in der Opposition zum NS-Staat entwickelte Rechtsstaatsbegriff in der Bundesrepublik rezipiert?

Friedrich Justus Perels, Carl Friedrich Goerdeler, Helmuth James Graf von Moltke und Peter Graf Yorck von Wartenburg hatten gegen das Unrechtsregime und für die „Wiederherstellung der Majestät des Rechts“ gekämpft. Sie waren deshalb ermordet worden. Die nach dem Ende des Dritten Reiches vollzogene Konstituierung der Demokratie und des Rechtsstaats erlebten sie nicht mehr. Fritz Bauer kehrte 1949 aus der Emigration nach Deutschland zurück. Er gehörte zu den wenigen Gegnern des Unrechtsregimes, die den Aufbau der Demokratie und des Rechtsstaats aktiv mitgestalteten.

Der mit Gründung der Bundesrepublik vollzogene Bruch mit dem NS-Unrechtsstaat war auf der Ebene der Institutionen weitreichend, in vielen Bereichen ging er weiter als in den Plänen der Gegner des NS-Regimes angedacht. Nimmt man jedoch den materialrechtlichen Gehalt des Rechtsstaatsbegriffs in den Blick, wird sichtbar, dass vor allem in der Gestaltung des Rechtsstaates in den 1950er und 1960er Jahren der von Gegnern des NS-Regimes formulierte Rechtsbegriff keineswegs realisiert wurde.

Zwei Beispiele: Moltke und Yorck von Wartenburg hatten sich in ihrer Denkschrift vom 23. Juli 1943 mit der „Wiederaufrichtung der Herrschaft des Rechts“ durch Aburteilung der NS-Täter beschäftigt. Einen erteilten „Befehl“ erkannten sie ausdrücklich nicht als Strafausschließungsgrund für NS-Täter an. Sie argumentierten, ein Befehl könne niemals die „bindende Kraft“ natürlichen Rechts, des Völkerrechts oder des positiven Rechts aufheben.²² Während die Gegner des NS-Regimes hier in Überein-

21 Erich Ollenhauer zit. n. Steinbach: Wiederherstellung, S. 629.

22 Vgl. Bestrafung von Rechtsschändern. Denkschrift vom 23. Juli 1943. In: Widerstand in Deutschland 1933-1945. Ein historisches Lesebuch. Hg. v. Peter Steinbach und Johannes Tuchel. München 1994. S. 219ff.