

Schriften zum Öffentlichen Recht

---

Band 194

# Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?

Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum Dritten Reich,  
insbesondere die Konflikte um die Kontinuität der Beamtenrechte  
und Art. 131 Grundgesetz

Von

Michael Kirn



Duncker & Humblot · Berlin

**MICHAEL KIRN**

**Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?**

**Schriften zum Öffentlichen Recht**

**Band 194**

# Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität?

Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum Dritten Reich  
insbesondere die Konflikte um die Kontinuität der  
Beamtenrechte und Art. 131 Grundgesetz

Von

Dr. Michael Kirn



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

**Alle Rechte vorbehalten**  
**© 1972 Duncker & Humblot, Berlin 41**  
**Gedruckt 1972 bei Buchdruckerei Bruno Luck, Berlin 65**  
**Printed in Germany**  
**ISBN 3 428 02736 1**

## Vorwort

Die Stellung der westdeutschen Jurisprudenz zum Dritten Reich ist deshalb so schwierig zu bestimmen, weil es an einer geschichtlichen Verarbeitung dieser Periode überhaupt mangelt. Bei der vorliegenden Untersuchung ergab sich daher die Notwendigkeit, zunächst den geschichtlichen Rahmen zu skizzieren, in welchem sie stattfinden kann, wobei auch als geschichtlicher Faktor mit einzubeziehen war, daß und warum eine tiefergehende Auseinandersetzung mit dem Dritten Reich bisher ausblieb. Diese Skizze (Einleitung) ist — insbesondere in ihren geschichtlich und philosophisch ins 19. Jahrhundert greifenden Aussagen — nicht isoliert vom Hauptteil der Untersuchung zu sehen und zu kritisieren. Es ist nicht meine Absicht, die Kant- und Savigny-Forschung zu bereichern, sondern zu verstehen, welche Stellung die westdeutsche Jurisprudenz zum Dritten Reich bezog — und dafür mußte ein Bezugsrahmen hergestellt werden.

Zu danken habe ich Herrn Prof. Dr. L. Raiser, Tübingen, für die Ermutigung, die Arbeit überhaupt zu wagen. Herrn Prof. Dr. Kriele, Köln, danke ich für die Förderung in klärenden Gesprächen und die Betreuung der Arbeit als Dissertation. Frau E. Jung und Fräulein B. Winkler haben mich bei der technischen Herstellung freundlichst unterstützt.

Köln, 18. 5. 1972

*Michael Kirn*



# Inhaltsverzeichnis

## Einleitung:

<b>Die Nachkriegsjurisprudenz in der deutschen Verfassungsgeschichte</b>	<b>11</b>
I. Überblick .....	11
II. Zur Stellung des Staatsapparates in der Verfassung des Dritten Reiches .....	17
1. Das Selbstverständnis der konservativen Justiz und Bürokratie im Dritten Reich .....	17
2. Die dreipolige Verfassung des Dritten Reiches .....	23
III. Die besondere Verfassungssituation der Nachkriegszeit .....	33
1. Das Dritte Reich als fortwirkendes Trauma .....	34
2. Die politische Lähmung Deutschlands durch die Interventionspolitik der Besatzungsmächte .....	39
3. Die Bundesrepublik auf dem Wege zu sich selbst .....	47
a) Auseinandersetzung mit der Geschichte? .....	48
b) Außengerichtete Dynamiken in der frühen Verfassung der Bundesrepublik .....	50
IV. Die Entwicklung der Diskussion um einen „Untergang des Deutschen Reiches“ .....	54
V. Formen des geräuschlosen Aussteigens aus der NS-Verfassung ...	64
1. Die „Kontinuität“ des rechtsstaatlichen Rechtsbegriffes .....	69
<i>Exkurs:</i> Die strafrechtliche Behandlung der „Euthanasie“-Fälle	77
2. Naturrecht und Rechtspositivismus, der große Gegensatz der Nachkriegsjurisprudenz? .....	82
a) Die verfassungspolitische Bedeutung der Naturrechtsrechtssprechung .....	82
b) Verwandtschaft und Unterschiede zwischen Naturrechtsjurisprudenz und Rechtspositivismus .....	87
VI. Nachkriegsjurisprudenz und Geschichtlichkeit des Rechts .....	92
1. Savigny, Kant und die verfassungsabsolute Rechtstheorie .....	92
2. Autonomie oder Geschichtlichkeit des Rechts .....	99
3. Gibt es gegenwärtig eine deutsche Verfassungsgeschichte? .....	103



## 1. Kapitel

<b>Entnazifizierung und Beamtenrecht</b>	111
§ 1: <i>Beamtenrecht gegen „politisches Recht“</i> .....	111
I. Die besondere Situation der entnazifizierten Beamten .....	111
II. Anfänge einer juristischen Revision der Entnazifizierung .....	115
§ 2: <i>Die Fortsetzung des Problems in Art. 131 Grundgesetz und im G 131</i>	121

## 2. Kapitel

**Positionskämpfe in der Rechtsprechung  
zur 131er-Problematik vor dem „Beamtenurteil“**

<i>Übersicht</i> .....	127
§ 3: <i>Die vermittelnde Haltung des Beamtenrechtssenats (dritter Zivilsenat) des Bundesgerichtshofes</i> .....	131
I. Der Einfluß des Württ.-Bad. VGH und Bachof's .....	131
II. Das Urteil des 3. ZS v. 15. 3. 1951, BGHZ 1, S. 274 ff. ....	133
III. Das Urteil des 3. ZS v. 10. 5. 1951, BGHZ 2, S. 117 ff. ....	138
IV. Das Urteil des 3. ZS v. 5. 7. 1954, BGHZ 14, S. 138 ff. ....	140
§ 4: <i>Stellungnahmen des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts für das G 131</i> .....	144
I. Das Urteil v. 20. 3. 1952, BVerfGE 1, S. 167 ff. (Verfassungsbeschwerde der Stadt Offenbach) .....	144
II. Der Beschluß v. 21. 1. 1952, BVerfGE 2, S. 105 ff. ....	146
III. Der Beschluß v. 24. 4. 1953, BVerfGE 2, S. 237 ff. ....	148
§ 5: <i>Der Kampf des Großen und ersten Zivilsenats des Bundesgerichtshofs für die Restauration der Beamtenrechte</i> .....	150
I. Der Beschluß des GSZ des BGH v. 11. 6. 1952, BGHZ 6, S. 208 ff. (Fortgeltung der Grundrechte der Weimarer Verfassung) .....	150
II. Das Gutachten des 1. ZS des BGH v. 6. 10. 1952, BGHZ 11, Anh. S. 2 ff. (Verfassungswidrigkeit des G 131) .....	155
III. Das Gutachten des 1. ZS des BGH v. 8. 6. 1953, BGHZ 11, Anh. S. 81 ff. (2. Gutachten zum G 131) .....	163

## 3. Kapitel

**Die Diskontinuitätsthese in den Urteilen  
des Bundesverfassungsgerichts von 1953/54**

§ 6: <i>Das „Beamtenurteil“ v. 17. 12. 1953, BVerfGE 3, S. 58—162</i> .....	167
I. Die These vom Erlöschen der aktiven Beamtenverhältnisse am 8. 5. 1945 .....	167
1. Die methodischen Grundsätze des Urteils .....	168
2. Beendigung der Beamtenverhältnisse durch den Untergang des deutschen Staates? .....	170

3. Das nationalsozialistische Beamtenverhältnis .....	172
a) Die Beseitigung des Art. 129 Weim. Verf. ....	173
b) Die persönliche Bindung an den Führer und die Abhängigkeit von der NSDAP .....	174
c) Der Beschluß des „Großdeutschen Reichstages“ v. 26. 4. 1942 .....	176
d) Das Beamtenrecht als Beamtenverfassung .....	176
4. Folgerung und Diskussion der Einwände .....	177
a) Folgerung .....	232
b) Im Beamtenurteil vorweggenommene Einwände gegen die Diskontinuitätsthese .....	179
II. Das weitere Schicksal der Beamtenverhältnisse .....	185
III. Die Verfassungsmäßigkeit des G 131 als Erfüllung eines Fürsorgeauftrages .....	187
IV. Das rechtliche Schicksal der am 8. 5. 1945 bestehenden Versorgungsverhältnisse .....	188
§ 7: Das „Soldatenurteil“ v. 26. 2. 1954, BVerfGE 3, S. 288—352 .....	190
I. Die Wehrverfassung im NS-Staat .....	191
II. Der Untergang der Wehrmacht und seine Rechtsfolgen .....	194
1. Die Bedeutung der bedingungslosen Kapitulation .....	194
<i>Exkurs: Zur völkerrechtlichen Lage Deutschlands nach dem 8. 5. 1945</i> .....	195
2. Der Restbestand von Rechtsbeziehungen aus dem Soldatenverhältnis .....	202

#### 4. Kapitel

<b>Die Nachkriegsjurisprudenz und die Diskontinuitätsthese des Bundesverfassungsgerichts</b> .....	205
<i>Übersicht</i> .....	205
§ 8: Der kämpferische Beschluß des Bundesgerichtshofs (GSZ) v. 20. 5. 1954, BGHZ 13, S. 265—319 .....	209
I. Die Bindungswirkung der verfassungsgerichtlichen Urteile (§ 31 BVerfGG) .....	210
II. Die Zurückweisung der Diskontinuitätsthese des Beamtenurteils .....	213
1. Kein Untergang des deutschen Staates am 8. 5. 1945 .....	214
2. Kein nationalsozialistisches Beamtenverhältnis .....	214
a) Beamter und unpolitischer Staat .....	215
b) Zur „Entrechtung“ der Beamten im Dritten Reich .....	217
c) Zur „Gleichschaltung“ der Beamten im Dritten Reich .....	220
III. Die Verfassungswidrigkeit des § 77 G 131 .....	223
IV. Die Zurückweisung der Vorlage des GSZ durch das BVerfG .....	226

<i>Exkurs: Der Streit um das Begutachtungsrecht der oberen Bundesgerichte nach § 80 Abs. 1 a. F. BVerfGG</i> .....	228
<b>§ 9: Verfassungsabsolute Strukturen gegen verfassungsimmanente Rechtsbetrachtung</b> .....	231
I. Erkenntnistheoretische Kritik des Beamtenurteils (C. A. Emge) ..	231
II. Kritik an der Dialektik des Beamtenurteils (Ernst Kern, F. Jerusalem) .....	236
1. Ernst Kern .....	237
2. Jerusalem .....	240
III. Die bürokratische Infrastruktur als Vorgegebenheit des modernen Staates (Forsthoff u. a.) .....	242
<b>§ 10: Kritik am Beamtenurteil aus der Verfassungssituation der Nachkriegszeit</b> .....	245
I. Im Zweifel für die Kontinuität (Krüger) .....	245
II. Das wahre Ausmaß des Kontinuitätsproblems (Köttgen) .....	249
<b>§ 11: Antikritiken aus dem Jahre 1954</b> .....	253
I. Zum Problem der verfassungsimmanenten oder verfassungsabsoluten Betrachtung des NS-Rechts .....	254
II. Zum Einfluß der Verfassungssituation der Gegenwart auf die Darstellung des NS-Rechts .....	257
<b>5. Kapitel</b>	
<b>Die Bestätigung der Diskontinuitätsthese</b>	
<b>§ 12: Der „Gestapo-Beschluß“ des ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts v. 19. 2. 1957, BVerfGE 6, S. 132—222</b> .....	259
I. Antikritik der Diskontinuitätsthese des Beamtenurteils .....	260
1. Das Wiederaufgreifen des Themas .....	260
2. Antikritische Bekräftigung der Diskontinuitätsthese .....	261
II. Die Verfassungsmäßigkeit des Ausschlusses der Gestapo von den Rechten des G 131 .....	271
III. Reaktionen auf den „Gestapo-Beschluß“ des BVerfG .....	274
<b>Satyrspiel:</b>	
<b>Der rechtsstaatliche Kern im Hitlergruß</b>	
<b>(Bundesdisziplinarhof v. 21. 5. 1955, BDHE 2, S. 174 ff.)</b>	
	276
<b>Literaturverzeichnis</b>	
	281
<b>Sachregister</b>	
	293
<b>Personenregister</b>	
	297

# Einleitung:

## Die Nachkriegsjurisprudenz in der deutschen Verfassungsgeschichte

### I. Überblick

Gibt es eine Kontinuität der Beamtenverhältnisse und Beamtenrechte, die in der Wandlung der Staatsverfassung vom Dritten Reich zur Bundesrepublik unberührt geblieben ist? Diese Frage wurde zwischen 1948 und 1957 in der Bundesrepublik heftig diskutiert, wobei mit dem Eindringen der Diskussion in die zugrundeliegenden verfassungspolitischen und -geschichtlichen Probleme die Heftigkeit des Streits zunahm, um schließlich alle herkömmlichen Regeln juristischer Diskussion zu sprengen. Der erste Höhepunkt war mit dem — das Erlöschen aller Beamtenverhältnisse am 8. 5. 1945 statuierenden — „Beamtenurteil“ des Bundesverfassungsgerichts (1. Senat) v. 17. 12. 1953 erreicht, der zweite mit dem Beschluß des Großen Zivilsenats des Bundesgerichtshofs v. 20. 5. 1954, der sich wie eine an das BVerfG gerichtete Kriegserklärung liest, der dritte mit dem „Gestapo-Beschluß“ des BVerfG, welcher mit nicht geringerem Engagement replizierte. In der juristischen Literatur gingen die Wellen der Emotion noch höher, in einer Flut von Publikationen wurde das BVerfG angegriffen, wobei manchmal der Eindruck entstand, die Welt des Rechts stehe kurz vor dem Zusammenbruch.

1. Der *Ausgangspunkt* des Streits war das Problem der stellungslosen, insbesondere der auf Grund der von den Besatzungsmächten erzwungenen „*Entnazifizierung*“ entlassenen Beamten und Hinterbliebenen. Deren Versorgung und Wiedereingliederung in den öffentlichen Dienst und die Regelung von Nachzahlungen für die Übergangszeit war eine der brennendsten innenpolitischen Fragen der jungen Bundesrepublik, die einen großen Kreis von Personen unmittelbar in ihrer materiellen Existenz betraf. Die Lösung dieser Fragen war durch schwere ideologische und rechtliche Differenzen belastet, die vor allem über die Rechtmäßigkeit der Entnazifizierung, aber auch über die Frage bestanden, inwieweit und welche unmittelbaren Rechtsfolgen sich aus der völkerrechtlichen Lage Deutschlands ergaben. Das Grundgesetz vermied es, hierzu Stellung zu nehmen und schob in *Art. 131 GG* das Problem global dem Bundesgesetzgeber zu. Aber auch im Bundes-

tag wollte und konnte man in der damaligen außen- und innenpolitischen Lage Deutschlands jene problematischen Fragen nicht ausdiskutieren, weil ein den möglichen Lösungen entsprechender eigener politischer Spielraum fehlte. Das Bundesgesetz zu Artikel 131 GG vom 11. 5. 1951<sup>1</sup> (im Folgenden: „G 131“) wurde daher vor allem unter finanzpolitischen Gesichtspunkten diskutiert, denn auch hier bestanden unüberschreitbare Grenzen: selbst wenn man gewollt hätte, wäre die Leistungsfähigkeit der öffentlichen Hand damals bei weitem nicht ausreichend gewesen, um alle „aufgelaufenen“ Gehalts- und Pensionsansprüche der Beamten voll zu erfüllen. Trotzdem war die vom G 131 getroffene Lösung recht *großzügig*: außer in bestimmten Fällen schwerster politischer Belastung erhielten die stellungslosen Beamten (soweit sie noch „aktiv“ bzw. „aktivierbar“ waren) einen Wiedereinstellungsanspruch und ein Übergangsgehalt in Höhe von durchschnittlich 55 % des Ruhegehaltes. Die Lösung des G 131 war in jeder Hinsicht ein Kompromiß, auch in ideologischer, denn das Gesetz war nicht als streng rechtliche Folgerung aus den alten, politisch belasteten Streitfragen beschlossen worden, es wollte vielmehr eine am Rahmen des Möglichen orientierte, vernünftige und praktische Regelung für die Zukunft treffen und die unheilvollen und unlösbaren Fragen der Vergangenheit auf sich beruhen lassen und mit Stillschweigen übergehen.

Die Betroffenen sahen in der Mehrzahl ihre Probleme im G 131 *nicht zufriedenstellend* gelöst. Vor allem die als NSDAP-Mitglieder bei der Entnazifizierung amtsentfernten Beamten betrachteten sich mit zunehmender Konsolidierung der Verhältnisse in Westdeutschland nicht mehr als „stellungslos“, sondern nurmehr als „unbeschäftigt“, da sie nicht „rechtsgültig“ nach beamtenrechtlichen Vorschriften „entlassen“ worden seien. Daraus folgerten sie ein Recht auf volle Gehalts- bzw. Pensionsnachzahlung, so daß aus dieser Perspektive das G 131 ihnen nicht Rechte zuwies, sondern im Gegenteil in bestehende Rechte „unzulässigerweise“ (nämlich entgegen dem Beamtenrecht) eingriff.

Aber es war nicht nur die materielle Regelung des G 131, die auf Ablehnung stieß und es war nicht nur der Kreis der materiell Interessierten, der das Gesetz ablehnte. Von noch größerer Relevanz war, daß dieses Gesetz von *politischen Eingriffen* in das Beamtenrecht ausging und diese damit (wie die Beamtenrechtler es sahen) sanktionierte, anstatt sie klipp und klar für rechtswidrig zu erklären. Hier war eine tiefe Wunde im verfassungspolitischen Bewußtsein Deutschlands und besonders der Beamten- und Richterschaft als des Trägers des konkreten Staates berührt. Denn mit der Kontinuität des neutralen, politisch nicht beeinflussten Beamtenrechts hing aufs Engste das Selbstver-

---

<sup>1</sup> BGBl. I, S. 307 ff.

ständnis der Beamten und Richter als unpolitischer Staatsdiener zusammen. Deren weit überwiegende Mehrheit hatte dieses Selbstverständnis gegenüber der politischen Dynamik und Parteilichkeit des Nationalsozialismus zu verteidigen gesucht und es im Stillen stets abgelehnt, sich „politisieren“ zu lassen. Man glaubte nach 1945, auf den unteren Ebenen und im Detail, also gewissermaßen in der „Infrastruktur“ von Staat und Recht, diese Tradition deutscher Obrigkeitlichkeit „durchgehalten“ zu haben und versuchte nun, diesem *Kontinuitätsbewußtsein* öffentlich-rechtliche Relevanz zu verleihen. Obwohl hier die juristische Problematik dieses Kontinuitätsdenkens lag, wurde kaum ernsthaft darüber diskutiert: die Nachkriegsjurisprudenz sah von der NS-Verfassung als Rechtsfaktor einfach ab und stellte die Kontinuität des „wahren Rechts“ (der Pflichttreue des „wahren Beamten“ entsprechend) der Verfassungsdiskontinuität als dem bloßen „Wechsel der politischen Verhältnisse“ gegenüber, wertete jene stillschweigend juristisch auf und diese ab.

Das G 131 schien jedoch von diesem Schema abzuweichen: es erschien den Beamtenrechtlern als ein versteckter Verrat an der Kontinuität des neutralen Beamtenrechts und es ließ indirekt Zweifel an der Haltung der Beamten im Dritten Reich offen. Zwar enthielt das Gesetz selbst beamtenrechtliche Rechtssetzung, aber es ging bei der Gruppe der „Entnazifizierten“ von nichtbeamtenrechtlichen Tatbeständen aus, nämlich von der durch die schematische Entlassung wegen Parteimitgliedschaft etc. herbeigeführten Stellungslosigkeit. Obwohl das Gesetz über Schuldfragen schwieg, war es für das irritierte Selbstbewußtsein der Betroffenen ein beredtes Schweigen, aus dem sie ungerechtfertigte *Vorwürfe* heraushörten. An sich wäre es sehr wohl möglich gewesen, die großzügige Regelung des Gesetzes für die Zukunft zu akzeptieren, sich wegen der Entlassung und Vertreibung auf den übergeordneten Zwang des Besatzungsrechts zu berufen und sich wegen des finanzpolitischen Kompromisses mit der Notlage der öffentlichen Hand zu beruhigen. Gegen die Zuspitzung des Konflikts sprach auch die Notwendigkeit einer innenpolitischen Konsolidierung der Bundesrepublik, die nach Lage der Dinge nur unter Ausklammerung derjenigen Probleme der „Vergangenheit“ erreicht werden konnte, die in bloßer Diskussion nicht kompromißfähig, aber auch nicht im offenen politischen Kampf austragbar waren. Aber diese Einwände und die Aussicht, den jungen demokratischen Rechtsstaat in eine tiefe Krise zu stürzen, wurden von vielen geringer veranschlagt als der Glaube, daß dieses Gesetz das heiligste Recht verletze und darum zu Fall gebracht werden müsse.

2. Das Problem spitzte sich zu, als der Bundesgerichtshof, damals auf allen Rechtsgebieten Protagonist einer christlich-metaphysisch untermauerten Rechtskontinuität, sich auch an die Spitze der *Protest-*