



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Entnazifizierung der Richter und Wiederaufbau der
Rechtsprechung in Deutschland und Österreich“
- Zum verfassungsrechtlichen Zielkonflikt zwischen
Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung und der
Entnazifizierung des Richterpersonals-

verfasst von / submitted by
Nicolas Rohde

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, >2020< / Vienna >2020<

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

UA >783 101<

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ.-Prof. Dr. Thomas Simon

Inhalt

A.	Einführung.....	18
I.	Anlässe und Erkenntnisinteresse	19
1.	Aktuelle Berichterstattung, Filme und sonstige Medien	20
2.	Unterschiede zu bisherigen Forschungen auf dem Gebiet der Entnazifizierung der Richterschaft.....	21
3.	Relevanz der Untersuchung	32
II.	Methodologische Probleme und Grundlagen der Untersuchung	32
1.	Analyse, Bewertung und Berücksichtigung historischer und gesellschafts- politischer Entwicklungen des Entnazifizierungsprozesses	32
2.	Determinanten der Rechtsvergleichung	42
3.	Hinreichende Zulänglichkeit des empirischen Materials?	50
III.	Beschränkung des Untersuchungsgegenstands auf die Weiterverwendung und die Wiedereinstellung von Richtern.....	50
B.	Entnazifizierung der Richterschaft in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich	54
I.	Organisation und Ablauf der Entnazifizierung.....	54
1.	Begriff, Funktion und Ziele der Entnazifizierung	54
2.	Organisation und Verfahren des Entnazifizierungsvorgangs	62
3.	Erkenntnisse über das Ausmaß der Entnazifizierung der belasteten Richter und den Grad der Zielerreichung	81
4.	Beendigung der Entnazifizierung.....	87
5.	Signifikante Beispiele	88
II.	Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Entnazifizierung der Richterschaft in Deutschland und Österreich	91
1.	Verfassungsrechtliches Prinzip der Gewaltenteilung und Funktionentrennung	93
2.	Verfassungsrechtlich besonders hervorgehobene Funktionsgewährleistung der Rechtsprechung.....	95
III.	Der „Zusammenbruch des Deutschen Reiches“ mit der Kapitulation am 8./9. Mai 1945 und die Folgen für bestehende Dienstrechtsverhältnisse von Richtern.....	119
1.	Staatsrechtliche Auseinandersetzung über die Kapitulation: Staatliche Kontinuität oder totaler Neuanfang?	119
2.	Auseinandersetzungen in Deutschland über die Rechtsfolgen der Kapitulation am 08./09. Mai 1945	123
3.	Entwicklung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Österreich.....	144
IV.	Tatsächlicher Wiederaufbau einer rechtsstaatlichen Gerichtsorganisation in Deutschland und in Österreich	167

1. Organisation und Verfahren in Deutschland	168
2. Organisation und Verfahren in Österreich	181
C. Bewertung der Praxis der Weiterverwendung oder Wiedereinstellung von Richtern vor dem Hintergrund der Spannungslage zwischen verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen einerseits und dem Schutz richterlicher Unabhängigkeit andererseits.....	186
I. In Betracht kommende Wertungsmaßstäbe	186
1. Relevanz der umstrittenen Rechtsfolgen der Kapitulation am 8./9. Mai 1945?	186
2. Auflösung der Spannungslage im Einzelfall durch Rechtsgüterabwägung im Wege praktischer Konkordanz.....	189
II. Bewertung des tatsächlichen Wiederaufbaus der richterlichen Rechtspflege in Deutschland anhand der relevanten Maßstäbe	192
III. Weiterverwendung oder Neueinstellung von Richtern nach 1945 in Österreich nach Inkrafttreten der Bundesverfassung in der Fassung von 1929.....	202
IV. Vergleich der Umsetzung der Entnazifizierung der Richterschaft und des rechtsstaatlichen Wiederaufbaus der Gerichtsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich.....	211
1. Bisherige Erkenntnisse über Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Entnazifizierung der Richterschaft in Deutschland und in Österreich.....	211
2. In Betracht kommende Vergleichskriterien	214
D. Von der Geschichte lernen: zur Einstellung oder Übernahme „belasteter“ Personen in den öffentlichen Dienst unter der Geltung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland	218
I. Problematik und Umsetzung des sogenannten „Extremistenbeschlusses“	218
II. Weiterverwendung oder Neueinstellung von ehemaligen DDR-Richtern in den neuen Bundesländern nach deren Beitritt zur Bundesrepublik Deutschland	221
E. Fazit:	225

Abkürzungsverzeichnis

(ö = österreichisch)

a.A.	anderer Ansicht
aaO.	am angegebenen Ort
AAÜG	Gesetz zur Überführung der Ansprüche und Anwartschaften aus Zusatz- und Sonderversorgungssystemen des Beitrittsgebiets vom 25.07.1991
AB	Ausschußbericht (ö)
ABl.	Amtsblatt
Abg.	Abgeordnete (r)
abgedr.	abgedruckt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.D.	ausser Dienst
AdG	Archiv der Gegenwart
a.E.	am Ende
a.F.	alte(r) Fassung
AfK	Archiv für Kommunalwissenschaften
Ah	Allerhöchstes (ö)
AHK	Alliierte Hohe Kommission für Deutschland
AHKABl.	Amtsblatt der Alliierten Hohen Kommission für Deutschland
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz (hrsg.) von R. <i>Wassermann</i> u.a.)
allg.	allgemein
am.	Amerikanisch
AmMRABl.	Amtsblatt der Militärregierung der Vereinigten Staaten von Amerika
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Anz.	Wien Anzeiger der österreichischen (früher: kaiserlichen)

	Akademie der Wissenschaften
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
arg.	argumentum
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz (ö)
AVR	Archiv des Völkerrechts
B	Beschluß (ö)
BAanz.	Bundesanzeiger
BadVerf.	Verfassung des Landes Baden vom 22.05.1947
BadVerf. 1818	Verfassung für das Großherzogtum Baden von 1818
BadWürtt.	Baden-Württemberg
BadWürttVerf.	Verfassung des Landes Baden-Württemberg
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bay.	Bayern, bayerisch
BayOblG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerf.	Verfassung des Freistaates Bayern
BayVerf. 1818	Verfassung des Königreiches Bayern von 1818
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVerfGHE	Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bbg.	Brandenburg, brandenburgisch
Bd.	Band
Bde.	Bände
BeamtStG	Beamtenstatusgesetz
bearb.	Bearbeitet (ö)
BEG	Bundesgesetz zur Entschädigung für die Opfer der nationalsozialistischen Verfolgung vom 14.06.1956
Benelux	Kurzwort für die Länder Belgien, Niederlande und Luxemburg
ber.	berichtigt
Bln.	Berlin
bes.	besonders
betr.	betreffend (ö)
BlnVerf.	Verfassung von Berlin vom 01.09.1950 bzw. vom 05.07.1995

BG	Bundesgesetz (ö)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof (auch ö)
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bgld.	Burgenland (ö)
BHE	Bund der Heimatvertriebenen und Entrechteten
BK	Bonner Kommentar zum Grundgesetz (hrsg. von R. <i>Dolzer</i>)
BA	Bundeskanzleramt (ö)
BMinG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Mitglieder Bundesregierung – Bundesministergesetz
BPräs.	Bundespräsident (ö)
BR	Deutscher Bundesrat
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache (Nummer und Jahrgang)
Breg.	Bundesregierung
BR-Prot.	Stenographische Berichte der Verhandlungen des Bundesrates (Jahrgang und Seite)
Brem.	Bremen, bremisch
BremVerf.	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen (vom 21.10.1947)
BRGÖ	Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs
brit.	Britisch
BritMR.ABl.	Amtsblatt der Militärregierung des Vereinigten Königreichs
BritZ	Britische Besatzungszone in Deutschland
BRüG	Bundesgesetz zur Regelung der rückerstattungsrechtlichen Geldverbindlichkeiten des Deutschen Reichs und gleichge- stellter Rechtsträger (Bundesrückerstattungsgesetz) vom 19.07.1957
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BT	Deutscher Bundestag
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages (Wahlperiode und Nummer)
BT-Prot.	Stenographische Berichte der Verhandlungen des Deutschen Bundestages (Wahlperiode und Seite)

BV	Bundesversammlung (ö)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfG-Festgabe 1976	Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Fest aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, hg. von Ch. Starck, 2. Bde., 1976
BVerfG-Festschrift 2001	Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, hg. von P. <i>Badura</i> und H. <i>Dreier</i> , 2 Bde., 2001
BVerfG-K	Entscheidung einer Kammer des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Entscheidungssammlung der Kammern des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
B-ÜG	Behörden-Überleitungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz der Republik Österreich vom 01.10.1920
BWahlG	Bundeswahlgesetz vom 07.05.1956
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
CDU	Christlich Demokratische Union
CSU	Christlich Soziale Union
CVP	Christliche Volkspartei
DBA	Deutsche Bundesakte vom 08.06.1815
ders.	derselbe
DBG	Deutsches Beamten-gesetz vom 25.01.1937
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DDR-Verf.	Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 07.10.1949
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
DGO	Deutsche Gemeindeordnung vom 30.01.1935
d.h.	das heisst
dis.	dieselbe (n)
Diss.	Dissertation

d.J.	dieses Jahres
DJ	Deutsche Justiz
DKP	Deutsche Kommunistische Partei
DNVP	Deutschnationale Volkspartei
DÖD	Der öffentliche Dienst
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DÖW	Dokumentationsarchiv des österreichischen Widerstands
DOG	Deutsches Obergericht für das Vereinigte Wirtschafts- gebiet
DP	Deutsche Partei
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Drucks.	Drucksache (n)
dt.	deutsch
DV	Die Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVG	Deutsche Verwaltungsgeschichte, hrsg. von G. A. Jeserich/ H. Pohl/ G.-Ch. von Unruh, 6 Bde., 1983 – 1988
DVV	Deutsche Verwaltung/Vertrag über die Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland mit den Drei Mächten (Deutsch- landvertrag) vom 26.05.1952
DVP	Deutsche Volkspartei
EAC	European Advisory Commission
EALG	Gesetz über die Entschädigung zur Regelung offener Ver- mögensfragen und über staatliche Ausgleichsleistungen für Enteignungen auf besatzungsrechtlicher und besatzungs- hoheitlicher Grundlage (Entschädigungs- und Ausgleichs- leistungsgesetz) vom 27.09.1994
ebda.	ebenda
EG	Europäische Gemeinschaft(en)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften vom 25.03.1957 (aufgehoben und ersetzt durch den EUV und den AEUV)
EinigungsV	Vertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der

	Deutschen Demokratischen Republik über die Herstellung der Einheit Deutschlands – Einigungsvertrag – vom 31.08.1990
Einl. ALR	Einleitung des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten von 1794
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 04.11.1950
Erg.bde.	Ergänzungsbände
Erl.	Erläuterung
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechtezeitung
EUV	Vertrag über die Europäische Union vom 07.02.1992
EvStL	Evangelisches Staatslexikon (hrsg. von R. <i>Herzog</i> u.a.)
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (seit dem Vertrag über die Gründung der Europäischen Union: EGV) vom 25.03.1957
f.	folgend
FDP	Frei Demokratische Partei Deutschlands
ff.	fortfolgend
Fn.	Fußnote
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
franz.	Französisch
FS	Festschrift
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (in der Europäischen Union)
GBI. DDR	Gesetzblatt der DDR
GemO	Gemeindeordnung
GeschO	Geschäftsordnung
GeschOBR	Geschäftsordnung der Bundesregierung
GeschOBReg.	Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages
GeschOVermA	Gemeinsame Geschäftsordnung des Bundestages und des

	Bundesrates für den Ausschuß nach Art. 77 II des Grundgesetzes (Vermittlungsausschuß)
Gestapo	Geheime Staatspolizei
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.05.1949
ggf.	gegebenenfalls
GIW	Geschichte im Westen (Fachzeitschrift)
GM	Geheimer Mitarbeiter der Staatssicherheit der DDR
GMBI.	Gemeinsames Ministerialblatt (der Bundesministerien)
GO	Geschäftsordnung des/der ...
GOG	Gerichtsorganisationsgesetz
GS	Gesetzessammlung
GStA	Geheimes Staatsarchiv
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hbg.	Hamburg, hamburgisch
HbgVerf	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg
HbgVerfG	Hamburgisches Verfassungsgericht
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von G. <i>Anschütz</i> und R. <i>Thoma</i> , Bd. I, 1930; Bd. II, 1932
Hess.	Hessen, hessisch
HessStGH	Hessischer Staatsgerichtshof
HessVerf	Verfassung des Landes Hessen
HGR	Handbuch der Grundrechte, hrsg. von D. <i>Merten</i> und H.-J. <i>Papier</i>
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber
HKWP	Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis (hrsg. von G. <i>Püttner</i>)
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HS	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts, hrsg. von J. <i>Isensee</i> und P. <i>Kirchhof</i> , 10 Bde., 1. Aufl. 1987 ff.; 3. Aufl.; derzeit 7 Bde., 2003 ff.

HVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, hg. von E. <i>Benda</i> , W. <i>Maihofer</i> , H.-J. <i>Vogel</i> , 2. Aufl. 1994
HZ	Historische Zeitschrift
i.d.F.	in der Fassung
i.e.S.	im engeren Sinne
i.S.	im Sinne
i.V.m.	in Verbindung mit
IGH	Internationaler Gerichtshof
IM	Inoffizieller Mitarbeiter des Staatssicherheitsdienstes der DDR
insbes.	insbesondere
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jg.	Jahrgang
Jh.	Jahrhundert
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JP	H. D. <i>Jarass</i> /B. <i>Pieroth</i> , Grundgesetz, Kommentar 12 Auflage, 2012
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift (erschieden von 1872 bis 1939)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KJ	Kritische Justiz
Komm.	Kommentar
KPD	Kommunistische Partei Deutschlands
KPdSU	Kommunistische Partei der Sowjetunion
KPÖ	Kommunistische Partei Österreichs
KRABä.	Amtsblatt des Alliierten Kontrollrates
krit.	kritisch
KritV.	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechts- Wissenschaft
Kurhess.Verf.	Kurhessische Verfassung

Kursächs.Verf.	Kursächsische Verfassung
KZ	Konzentrationslager
LBG	Landesbeamtengesetz
LDPD	Liberal-Demokratische Partei Deutschlands
Leg.Per.	Legislaturperiode
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LVerf	Landesverfassung
LVwVfG	Landesverwaltungsverfahrensgesetz
MD	Th. <i>Maunz</i> /G. <i>Dürig</i> u.a., Grundgesetz, Kommentar, Loseblattausgabe
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MGM	Militärgeschichtliche Mitteilungen
MKSt.	H. v. <i>Mangoldt</i> /F. <i>Klein</i> /Ch. <i>Starck</i> (Hg.), Das Bonner Grundgesetz, 3 Bde., 5. Aufl. 2005
MP	Ministerpräsident
MüK	I. v. <i>Münch</i> /Ph. <i>Kunig</i> (Hg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 5. Aufl. 2000; Bd. 2, 4./5. Aufl. 2001; Bd. 3, 4./5. Aufl. 2003
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
M-VVerf.	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern
M-VLVerfG	Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern
MVVerf	Verfassung des Landes Mecklenburg-Vorpommern
MVLVerfG	Landesverfassungsgericht Mecklenburg-Vorpommern
mit weit. Nachw.	mit weiteren Nachweisen
Nds.	Niedersachsen, niedersächsisch
NdsStGHE	Entscheidungen des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs
NdsVBl.	Niedersächsisches Verwaltungsblatt
NdsVerf	Niedersächsische Verfassung
n.F.	neue(r) Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NPD	Nationaldemokratische Partei Deutschlands
NPL	Neue Politische Literatur
Nr(n)	Nummer(n)
NRW	Nordrhein-Westfalen, nordrhein-westfälisch
NRWVerf.	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 18.06.1950

NS	Nationalsozialismus, nationalsozialistisch
NSDAP	Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei
NSG 1947	Nationalsozialistengesetz 1947
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NS-VG	Verbotsgesetz 1945
NVA	Nationale Volksarmee
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZZ	Neue Züricher Zeitung
OG	Oberstes Gericht der Deutschen Demokratischen Republik
OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
o.J.	ohne Jahresangabe
OKW	Oberkommando der Wehrmacht
OLG	Oberlandesgericht
OrgA	Organisationsausschuss des Parlamentarischen Rates
OVG	Oberverwaltungsgericht
ÖHB	Österreichische Historische Bibliographie
ÖVP	Österreichische Volkspartei
Parl.Rat	Parlamentarischer Rat
ParlR	Parlamentsrecht und Parlamentspraxis, hrsg. von H.-P. Schneider/W. Zeh, 1989
PartG	Gesetz über die politischen Parteien vom 24.07.1967
PDS	Partei des Demokratischen Sozialismus (SED-Nachfolgepartei)
Preuß.	Preußen, preußisch
Preuß.AL	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, 1794
PreußOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
preuß.Verf.	(oktroierte) preußische Verfassung vom 06.12.1848
PreußVBl.	Preußisches Verwaltungsblatt
Prof.	Professor
Prot.	Protokoll(e)
Rd(n)	Randnummer(n)
RDG	Richterdienstgesetz
Rep.SchG	Gesetz zum Schutze der Republik vom 21.07.1922

rev.	Revidiert
rev.preuß.Verf.	revidierte preußische Verfassung vom 31.01.1850
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPf.	Rheinland-Pfalz, rheinland-pfälzisch
RhPfVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18.05.1947
Rspr.	Rechtsprechung
R-ÜG	Rechts-Überleitungsgesetz
RuP	Recht und Politik
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz vom 22.07.1913 (RGBl. S. 583) mit zahlreichen Änderungen, seit 01.01.2000 mit der Bezeichnung Staatsangehörigkeitsgesetz (StAG)
RVerf. 1849	Verfassung des Deutschen Reiches vom 28.03.1849
RVerf. 1871	Verfassung des Deutschen Reiches vom 16.04.1871
RVerwBl.	Reichsverwaltungsblatt
s.	siehe
S.	Satz/Seite
SA	Sturmabteilung
Saarl. saarl.	Saarland, saarländisch
SaarlVerf	Verfassung des Landes Saarland vom 15.12.1947
Sachs., sächs.	Sachsen, sächsisch
SachsAnh, sachsanh.	Sachsen-Anhalt, sachsen-anhaltinisch
SachsAnhVerf.	Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt
SächsVerf.	Verfassung des Freistaates Sachsen
Schs.Verf.	Sächsische Verfassung
SBZ	Sowjetische Besatzungszone
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (der ehemaligen DDR)
SchlH/S-H	Schleswig-Holstein
SchlHVerf	Verfassung des Landes Schleswig-Holstein vom 13.12.1949 bzw. Verfassung des Landes Schleswig-Holstein vom 13.06. 1990
SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands

SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (1946 – 1950) oder Schweizer Juristenzeitung
SKK	Sowjetische Kontrollkommission
SMAD	Sowjetische Militär-Administration in Deutschland
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
SPÖ	Sozialistische/Sozialdemokratische Partei Österreichs
SPS	Sozialistische Partei des Saarlandes
SRP	Sozialistische Reichspartei
SS	Schutzstaffel
SSW	Südschleswigscher Wählerverband
St.	Sankt/Saint(e), bei Ortsnamen
Staatslex	Staatslexikon Recht Wirtschaft Gesellschaft (hrsg. von der <i>Görres-Gesellschaft</i>)
Staatsvertrag	Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18.05.1990
Stasi	Abkürzung für „Ministerium für Staatssicherheit der DDR“ bzw. „Staatssicherheit“
Sten.Ber.	Stenografische Berichte
Sten.Prot.	Stenografische Protokolle
StGB	Strafgesetzbuch vom 15.05.1871
StGBI. (ö)	Österreichisches Staatsgesetzblatt
StGH	Staatsgerichtshof
st. Rspr.	Ständige Rechtsprechung
StW	Staatswissenschaften und Staatspraxis (Zeitschrift)
Thür.	Thüringen, Thüringer
ThürVerf	Verfassung des Freistaats Thüringen vom 25.10.1993
Tit.	Titel
Tz.	Textziffer
u.	und
u.a.	unter anderem/und andere
UdSSR	Union der sozialistischen Sowjetrepubliken
UK	United Kingdom

UN	United Nations
UN-Charta	Charta der Vereinten Nationen vom 26.06.1945
UNO	Organisation der Vereinten Nationen
unstr.	unstreitig
Urt.	Urteil
U.S.	United States
USA	United States of America (Vereinigte Staaten von Amerika)
USPD	Unabhängige sozialdemokratische Partei
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
ÜV	Überleitungsvertrag (Zusatzvertrag gem. Art. 8 DV)
v.	versus/vom/von
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg
VdU	Verband der Unabhängigen
Verf.	Verfassung
VerfG	Verfassungsgericht
VerfGesch.	Verfassungsgeschichte
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfGHE	Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs
VerfR	Verfassungsrecht
Verh.	Verhandlungen
VerwArch.	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
VerwR	Verwaltungsrecht
VfSlg	„Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofs“
VfZ	Vierteljahreshefte für Zeitgeschichte
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VOBl.	Verordnungsblatt
V-ÜG	Verfassungs-Überleitungsgesetz

V-V 1945	Vorläufige Verfassung 1945 (Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des B-VG in der Fassung von 1929)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Wahlvertrag	Vertrag zur Vorbereitung und Durchführung der ersten Gesamtdeutschen Wahl des deutschen Bundestages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 03.08.1990
WiGBI.	Gesetzblatt der Verwaltung des vereinigten Wirtschaftsgebietes (Nr. 1 – 18/1948, Gesetz- und Verordnungsblatt des Wirtschaftsrates für das vereinigte Wirtschaftsgebiet)
WSA	Wiener Schlußakte vom 15.05.1820
WRV	Weimarer Reichsverfassung vom 11.08.1919 (RGBl. 1383)
Wp.	Wahlperiode
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfP	Zeitschrift für Politik
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZGB-DDR	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik vom 19.06.1975 (GBI. DDR I S. 465)
ZNR	Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte
ZParl.	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

A. Einführung

Das Ende des zweiten Weltkriegs markiert einen historisch bedeutsamen Zeitraum in der Geschichte. Nur selten wurde ein Krieg mit einer größeren rechtlichen und moralischen Legitimationsgrundlage geführt. Dabei waren die Alliierten vereint in ihrem Bestreben, Deutschland und die Welt von dem Terrorregime des Nationalsozialismus einschließlich des damit verbundenen Militarismus zu befreien¹: Ein steiniger Weg, der durch die bedingungslose Kapitulation der Deutschen Wehrmacht im Mai 1945 nicht beendet, sondern in vielerlei Hinsicht erst begonnen hatte. Beachtenswert ist das, sich nach 1945 entwickelnde, Verhältnis zwischen der deutschen Bevölkerung und den alliierten Westmächten. Innerhalb von vier Jahren wurde das Staatssystem des Deutschen Reichs in den westlichen Besatzungszonen wirkungsvoll und nachhaltig von einer hierarchisch organisierten Diktatur in eine parlamentarische Demokratie umgewandelt. Bei einer oberflächlichen Betrachtung könnte deshalb der Eindruck entstehen, Westdeutschland sei unter Beobachtung der Besatzungsmächte im Sinne einer für Deutschland typischen Tradition von „oben“ bzw. von „außen“ reformiert und demokratisiert worden². Eine solche Einordnung würde der Akzeptanz des demokratischen Staatssystems sowie den innen- und außenpolitischen Entwicklungen in den vergangenen Jahrzehnten nicht gerecht werden. Dennoch stellt sich die Frage, wie dieser strukturelle und gesellschaftliche Wandel praktisch vollzogen werden konnte. Schließlich ist es eine Tatsache, dass nach 1945 zahlreiche ehemalige Funktionseliten wieder in den Staatsdienst aufgenommen und nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland weiterverwendet wurden. War diese Entwicklung auch den Umständen der Zeit vor dem Hintergrund des enormen Personalmangels und dem sich abzeichnenden Ost-West-Konflikt geschuldet, so ist die personelle Übereinstimmung zweier sich derart widersprechender Staatssysteme dennoch auffallend. Es erscheint deshalb nicht überraschend, dass die von den Besatzungsmächten begonnene und später auf die Landesregierungen übertragene Aufgabe der Entnazifizierung rückblickend vielfach als gescheitert angesehen wird³. Vor diesem Hintergrund ist es daher angebracht, die staatsrechtliche und politische Situation Deutschlands und Österreichs nach 1945 in einen unmittelbaren Kontext zu den Maßnahmen der Entnazifizierung und „Reeducation“ durch die Alliierten zu stellen. Denn der Aufbau eines funktionsfähigen Staats- und Verwaltungsapparats ist unmöglich, wenn das notwendige Personal als durch die NS-Herrschaft vorbelastet gilt und insoweit für die Übernahme in einen, an den Zielen der Demokratie und des sozialen Rechtsstaats orientierten, öffentlichen Dienst kaum geeignet ist. Der Wiederaufbau musste daher zwangsläufig zu Lasten der Entnazifizierung gehen.

¹ *Freund*, Deutsche Geschichte, S. 1479 f.; *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, § 41 Rdnr. 1 ff

² *Fürstenau*, Entnazifizierung, S. 53

³ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnrn. 724, 725

Die vorliegende Untersuchung ist auf den Berufsstand der *Richterschaft* beschränkt. Als wesentlicher Bestandteil der Justiz bildet die Richterschaft die tragende Säule eines Rechtsstaats. Ihre Bedeutung, namentlich in Ausübung der Funktion der unabhängigen Rechtsprechung, kann für die Entwicklung eines Staates, gerade nach der Erfahrung des Missbrauchs von Recht und Gesetz während der Nazidiktatur, nicht hoch genug eingeschätzt werden.

Wegen den notwendigen fachlichen Qualifizierungen stießen die Besatzungsmächte beim Wiederaufbau der Gerichtsbarkeit frühzeitig an personelle Grenzen. Aus pragmatischen Gründen wurden bei den Personalentscheidungen deshalb Kompromisse eingegangen, die bekanntlich dem Ansehen der Richterschaft in den frühen Nachkriegsjahren nicht zum Besten gereichten. Die sich für das Dienstverhältnis der Richter ergebenden Konsequenzen der bedingungslosen Kapitulation, der Entnazifizierungsverfahren sowie den neu geschaffenen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in den Landesverfassungen sowie im Grundgesetz stehen im Mittelpunkt dieser Untersuchung. Dabei geht es um den unterschiedlichen Umgang mit vorbelasteten Richtern in Deutschland im Vergleich zu Österreich. Dafür müssen die für beide Länder maßgeblichen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und offenen Fragen der damaligen Zeit, im Hinblick auf die Rechtsfolge der Kapitulation 1945 für Deutschland und den Anschluss an das Deutsche Reich im März 1938 für Österreich, dargestellt und analysiert werden.

I. Anlässe und Erkenntnisinteresse

Die Rechtsprechung ist im kontinental-europäischen Rechtssystem für die Entstehung, Entwicklung und Fortbildung des Rechts von erheblicher Bedeutung. Gerade in Abkehr zu dem in der Zeit der Weimarer Republik und des Nationalsozialismus vertretenen ausschließlich positivistischen Ansatz⁴, der zwischen Recht und Gesetz keinen wesentlichen Unterschied macht⁵, gehen die Verfassungen Deutschlands und Österreichs⁶ davon aus, dass *Recht* mehr ist als nur die Gesamtheit der geschriebenen Rechtsnormen auf den unterschiedlichen Rechtssetzungsebenen⁷. Neben oder sogar über den geschriebenen Rechtssätzen der Parlamente kann *Recht* existieren, das seine Begründung namentlich in dem Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung und der Menschenwürde

⁴ *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, Rdnr. 87 f.;

⁵ Vgl. *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 24

⁶ Zum positivistischen Ansatz des B-VG vgl. etwa: *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rdnr. 73 ff.; zum Gesetzespositivismus vgl. *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 24 ff.

⁷ Zum „liberalen Prinzip“ der österreichischen Verfassung vgl. etwa: *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rdnr. 76, 77

findet⁸. Im Grundgesetz wird dies besonders an der Regelung des Art. 79 Abs. 3 GG deutlich, wonach bestimmte Prinzipien nicht einmal mit verfassungsändernder Mehrheit revidiert werden dürfen. Derartiges überpositives Recht zu erkennen und zu konkretisieren sowie im Einzelfall durchzusetzen, ist wesentliche Aufgabe der Fach- und diese kontrollierenden Verfassungsgerichte.

Aus heutiger Hinsicht unverständlich ist es daher, wie diese elementare Aufgabe nach 1945 zeitnah wieder auf Personen übertragen werden konnte, die durch ihre NS-Vergangenheit korrumpiert waren. Der unterschiedliche Umgang mit vorbelasteten Richtern in Deutschland und Österreich und die staats- und verfassungsrechtlichen Theorien, die damals vertreten wurden, um deren Neueinstellung bzw. Weiterverwendung im Justizdienst überhaupt zu rechtfertigen, bilden den wesentlichen Kern des Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung. Denn ein Rechtsstaat kann und darf sich nicht allein damit zufriedengeben, dass Entscheidungen, die in seinem Namen getroffen werden, ausschließlich deshalb gerechtfertigt sind, weil sie vor dem Hintergrund einer tatsächlichen Situation getroffen wurden, die kein anderes, weniger einschneidendes, Mittel zuließ⁹. Bei einer diachronischen Betrachtung waren und sind die Personalentscheidungen nach 1945 verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn man ein bestimmtes theoretisches Modell zum Untergang bzw. Fortbestand des Deutschen Reichs zu Grunde legt und in einen inneren Zusammenhang zu den Maßnahmen der Entnazifizierung stellt. Dieses Modell, mit seinen normativen Maßstäben, gilt es herauszuarbeiten und kritisch zu hinterfragen.

1. Aktuelle Berichterstattung, Filme und sonstige Medien

Während die Nazizeit von 1933 bis 1945 in sämtlichen Medien weltweit immer wieder zum Thema gemacht wird, kann dies von der Zeit unmittelbar nach 1945 und den konkreten Entnazifizierungsmaßnahmen der Alliierten nicht behauptet werden. Von publizierten wissenschaftlichen Untersuchungen abgesehen, finden sich in den allgemeinen Medien nur vereinzelte Darstellungen etwa über die Nürnberger Prozesse¹⁰, die Auschwitz Prozesse in Frankfurt in den 1960er Jahren¹¹ oder den Prozess über Adolf Eichmann in Jerusalem¹².

Dabei nimmt das *Justizunrecht* bei den Verbrechen einen besonderen Stellenwert ein, der gerade für die von den Amerikanern vertretene These der Kollektivschuld der Deutschen

⁸ BVerfGE 34, 269

⁹ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rdnr. 86; BVerfGE 76, 1/51

¹⁰ Vgl. etwa die ZDF-Verfilmung „Das Zeugenhaus“ (2014)

¹¹ Steinke, Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht (2013)

¹² Arendt, Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen (2012)

von Bedeutung ist. Konnten Maßnahmen und Entscheidungen der Exekutive, d.h. der Verbände der SA, SS oder der Gestapo, der Wehrmacht oder einer sonstigen Einheit oder Behörde, zwar nicht der Kenntnis, wohl aber dem Zugriff und der Beteiligung der gesamtdeutschen Bevölkerung entzogen sein, ist dies zumindest formell bei einem Gerichtsurteil nicht der Fall. Nach dem offiziellen Rubrum ergingen sämtliche Gerichtsentscheidungen, und damit über 16.500 Todesurteile zwischen 1933 und 1945, ausdrücklich im Namen des deutschen Volkes. Auch in der Zivilgerichtsbarkeit zeichnet sich kein besseres Bild ab¹³. Wie bereits ausgeführt wurde, ist es aber nicht nur eine Tatsache, dass zahlreiche vorbelastete Richter nach 1945 wieder den Weg in den Justizdienst fanden. Es ist erwiesen, dass kein Richter, der zwischen 1933 und 1945 im Amt war, jemals eine Verurteilung in Deutschland erfahren hat¹⁴. Indirekt wurde damit der NS-Richterschaft nachträglich eine Art Freibrief ausgestellt.

Heute, 75 Jahre nach dem Ende des zweiten Weltkriegs und dem Beginn der Nürnberger Prozesse gegen die Hauptkriegsverbrecher, 65 Jahre nach dem Staatsvertrag von Wien, ca. 70 Jahre nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes und 58 Jahre nach der Normierung des ersten Deutschen Richtergesetzes und des österreichischen Richterdienstgesetzes im Jahre 1961, dürfte es allemal an der Zeit sein, sich die organisatorischen, rechtssystematischen und rechtspraktischen Hintergründe für die getroffenen Personalentscheidungen in der Richterschaft nach 1945 vor Augen zu führen. Denn die insoweit Verantwortlichen in Deutschland oder in Österreich sollten nicht dem pauschalen Verdacht ausgesetzt werden, vorsätzlich gegen Verfassungsrecht verstoßen zu haben und sich dessen weder bewusst gewesen zu sein, noch sich damit überhaupt auseinandergesetzt zu haben.

2. Unterschiede zu bisherigen Forschungen auf dem Gebiet der Entnazifizierung der Richterschaft

Die Richterschaft nahm bei den Entnazifizierungsmaßnahmen keine Sonderstellung ein. Formell sahen sich die Richter denselben Maßnahmen und Verfahren ausgesetzt, wie die übrigen Angehörigen des öffentlichen Dienstes. Ein Zusammenspiel mehrerer Faktoren ist letztlich dafür verantwortlich, weshalb die Richterschaft bei der Entnazifizierung *anders* behandelt wurde und möglicherweise auch behandelt werden musste als andere Berufsgruppen des öffentlichen Dienstes.

¹³ Übersichtlich *Wesel*, Geschichte des Rechts, S. 493 ff. mit weit. Nachw.

¹⁴ *Kroeschell*, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jh., S. 242

Ausschlaggebend ist einerseits die traditionelle Juristenausbildung, sowohl in Österreich als auch in Deutschland. Die Ausbildung zum Juristen setzt nicht nur bestimmte Interessen und kognitive Fähigkeiten voraus¹⁵, sie zeichnet sich vielmehr dadurch aus, dass die theoretischen Kenntnisse nur und ausschließlich durch das Studium der Rechtswissenschaft erlangt werden können. Dabei handelt es sich um ein Universitätsstudium, so dass es faktisch keine schulische Vorbereitung gibt, und das mit der Hochschulreife einer Zulassungsbeschränkung unterliegt, die zur damaligen Zeit, schon aus Kostengründen, nur von wenigen erreicht werden konnte. Um als Richter in Deutschland schließlich eingestellt oder tätig werden zu können, ist eine weitere, seinerzeit dreieinhalb Jahre andauernde praktische Ausbildung in der Justiz, der öffentlichen Verwaltung und der Anwaltschaft u.a. erforderlich, die mit einer zweiten Staatsprüfung endet. Die Ausbildung zum Richteramt in Österreich war zumindest grundlegend vergleichbar, dass es zunächst einer universitär-wissenschaftlichen Vorbildung durch das Rechtsstudium bedurfte und sodann einer weiteren postgradualen Ausbildung, die in ihren Einzelheiten davon abhängig war, welcher juristische Berufsweg eingeschlagen wurde¹⁶. Das Rechtsstudium selbst war in Österreich in drei Studienabschnitte von jeweils mindestens drei Semestern aufgeteilt¹⁷. Um diese Voraussetzungen in beiden Ländern damals erfüllen zu können, bedurfte es einer wesentlichen Ressource: *Zeit!* An ihr fehlte es in den frühen Nachkriegsjahren in allen gesellschaftlichen und staatlichen Bereichen.

Die Besatzungsmächte hatten eigene und damit unterschiedliche Vorstellungen, was aus dem Gebiet des besetzten Deutschlands mit seinen gesellschaftlichen und staatlichen Strukturen künftig einmal werden sollte. War die gemeinsame „Marschroute“ der Alliierten auf den Konferenzen von *Casablanca* und *Jalta* noch einheitlich festgelegt, so zeichnete sich spätestens seit dem Ende der *Potsdamer Konferenz* im August 1945 ab, dass die USA, Frankreich und Großbritannien – im Vergleich zur Sowjetunion – andere politische und territoriale Interessen verfolgten; im Übrigen gab es grundlegende Unterschiede im jeweiligen Rechts- und Verfassungsverständnis. Während die Sowjetunion bestrebt war, ihr Territorium in Osteuropa abzusichern und ihre Wirtschaft durch Reparationszahlungen anzukurbeln, hatten sich die angelsächsischen Mächte, mehr oder minder stillschweigend, davon verabschiedet, die deutsche Industrie vollständig abzubauen und das Land in einen Agrarstaat zu verwandeln. Ohne Industrie wäre die Bevölkerung weder im Stande gewesen sich dauerhaft selbst zu ernähren noch die Kriegsschulden zu begleichen. Mit der Absage

¹⁵ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 1 ff.

¹⁶ *Reiter-Zatloukal*, Richterbild und Richterausbildung in Österreich unter der NS-Herrschaft, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 114 mit weit. Nachw.

¹⁷ *Reiter-Zatloukal*, Richterbild und Richterausbildung in Österreich unter der NS-Herrschaft, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 110, 111 mit weit. Nachw.

an den „Morgenthau-Plan“ entschieden sich die westlichen Alliierten aber zugleich gegen die in Potsdam verabschiedeten Grundsätze, die neben der *Entnazifizierung*, *Entmilitarisierung* und *Demokratisierung* zunächst auch die vollständige industrielle *Demontage* vorsahen. Dem Wiederaufbau und der Gründung eines souveränen Deutschen Staates auf dem Gebiet der westlichen Besatzungszonen musste langfristig auch die *Entmilitarisierung* zum Opfer fallen, was spätestens durch die Gründung der Bundeswehr im November 1955 auch geschehen ist.

Für die beiden verbleibenden Potsdamer-Grundsatzentscheidungen, der *Entnazifizierung* und *Demokratisierung*, ergab sich ein folgenschweres Dilemma. Unabhängig davon, in welcher Form und Konsequenz die *Entnazifizierung* von den Besatzungsmächten in ihren jeweiligen Zonen betrieben wurde, war sie doch im Wesentlichen ein Vorgang, der auf den Abschluss eines in der Vergangenheit liegenden Sachverhalts gerichtet war und einen strafrechtsähnlichen Charakter hatte¹⁸. Sie sollte der Demokratisierung vorausgehen bzw. deren Grundlage bilden. *Demokratisierung* besteht deshalb aus zwei tragenden Elementen, von denen sich nur eines mit der Vergangenheit auseinandersetzt, dass andere aber in die Zukunft gerichtet ist. Die Zerschlagung des nationalsozialistischen Staatsapparats durch die bedingungslose Kapitulation sowie die Übernahme der Staatsgewalt und die Beschlüsse der Militärregierung, gerade im Hinblick auf die Entnazifizierung der Bevölkerung, bilden deren Ausgangspunkt. Mit der Entscheidung der westlichen Alliierten aber, einen neuen Deutschen Staat zu gründen, entfaltete sich zugleich das zweite, wesentlich problematischere, Element der *Demokratisierung*: Der Aufbau, die Entwicklung und Etablierung eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats, d.h. eines rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden demokratischen Staats- und Verwaltungsapparats. Zu diesem Zeitpunkt waren die Entnazifizierungsmaßnahmen aber noch lange nicht abgeschlossen. Die Entnazifizierungspolitik der westlichen Alliierten und der demokratische Staatsaufbau verliefen vielmehr zeitgleich und damit parallel.

Man hatte sich dazu entschieden, die Entnazifizierung und den Aufbau eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats in Westdeutschland fortan unabhängig voneinander zu betreiben. Während auf der einen Seite weiter versucht wurde, die Bevölkerung von jeglichem nationalsozialistischen Gedankengut zu befreien, sollten auf der anderen Seite auf Bundes- und Länderebene verbindliche Verfassungen geschaffen werden, in denen die Staatszielbestimmungen des republikanischen, sozialen und demokratischen Rechtsstaats als verfassungsgestaltende Grundentscheidungen normiert

¹⁸ *Vollnhals*, Entnazifizierung– Politische Säuberung und Rehabilitation in den vier Besatzungszonen 1945 – 1949, S. 7 ff.

sind¹⁹ sowie Grund- und Menschenrechte als unmittelbar geltendes Recht²⁰, möglicherweise versehen mit unterschiedlichen Gesetzesvorbehalten, so strikt verankert werden, dass sie zumindest in ihrem Kernbereich nicht mehr beseitigt werden konnten²¹. Damit war zwar einerseits jeglichem Rückfall in die vergangenen Struktur- und Herrschaftselemente vorgebeugt, andererseits wurde aber auch die ursprüngliche Reihenfolge verändert. Ein demokratischer Rechtsstaat in Deutschland konnte nunmehr, unabhängig von den Ergebnissen der Entnazifizierung, entstehen.

Diese theoretische Verfahrensweise fand daher auch ihre entscheidende Schwäche in der praktischen Umsetzung. Unverkennbares Wesensmerkmal eines demokratischen Rechtsstaats sind der Grundsatz der Volkssouveränität und das Prinzip der Gewaltenteilung mit Funktionentrennung, also die Verteilung der vom Volk abgeleiteten Staatsgewalt auf Organe der Legislative, Exekutive und Judikative. Sowohl die öffentliche Verwaltung als auch die Gerichtsbarkeit mussten mit einem Personal besetzt werden, das die Wertentscheidungen des Grundgesetzes nicht nur akzeptiert und verinnerlicht hatte, sondern auch bereit war, diese in ihrem Amt nach außen zu vertreten und täglich praktisch umzusetzen. Dies konnten aber nur solche Personen sein, die mit dem nationalsozialistischen Terrorregime in keiner Verbindung standen und/oder zumindest entnazifiziert waren. Aus den bereits dargestellten Gründen war es nicht möglich, innerhalb dieser kurzen Zeit von 1945 bis 1949 und unter den tatsächlichen Bedingungen nach Kriegsende, eine neue Generation von Juristen auszubilden, die diese Aufgabe hätte übernehmen können. Auch der ursprünglich von Großbritannien erwogene Vorschlag, für 10 Jahre eine Art „Kolonialjustiz“ zu etablieren, um einer neuen Richtergeneration mehr Zeit für Aus- und Fortbildung sowie praktische Erprobung einzuräumen, wurde verworfen²². Die sich folglich ergebenden Personalmängel der Justiz führten zu dem unliebsamen Ergebnis, dass ein undefinierbarer Druck auf die Entnazifizierungsmaßnahmen ausgeübt wurde, der seinen inoffiziellen Höhepunkt in der Einführung der sog. „Huckepackregel“ fand. Für jeden, in den Entnazifizierungsverfahren als unbelastet eingestuft, Richter durfte zugleich ein weiterer Richter eingestellt werden, der durch seine NS-Vergangenheit sogar formell belastet war. Anstatt sich gegenseitig zu ergänzen, schlossen Entnazifizierung und Demokratisierung sich nunmehr faktisch aus.

Die bisherigen Forschungsprojekte sind zumeist primär auf das *Schicksal* einzelner Persönlichkeiten innerhalb der Richterschaft beschränkt²³. Es wird vergleichend dargestellt,

¹⁹ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rdnr. 28 ff.

²⁰ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 1 Rdnr. 21 ff.

²¹ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 79 Rdnr. 6 mit weit. Nachw.

²² Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland, S. 98 mit weit. Nachw.

²³ Vgl. etwa Rottleuthner, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, S. 11 ff.

welche Personen welches Amt innerhalb des *Justizapparats* der Nazidiktatur innehatten und welche Position sie nach 1945 und nach der Gründung der Bundesrepublik 1949 wieder bekleideten²⁴. Anhand dieser, sicherlich ernüchternden, Statistik wird dann der Rückschluss gezogen, dass die Entnazifizierung der Justiz insgesamt oder zumindest zum überwiegenden Teil fehlgeschlagen sei.

Oftmals wird bei einer derartigen Beurteilung der Entnazifizierungspolitik mit „zweierlei Maß“ gemessen, da die damit verbundene Problematik nicht in ihrem historischen Kontext analysiert und im Einzelnen differenziert untersucht wird. Ein demokratisches Staatssystem, das mit einem durch die NS-Zeit vorbelasteten Personal besetzt ist, erscheint aus heutiger Sicht derart unvorstellbar, dass man nur zu dem Ergebnis kommen kann, die Entnazifizierung sei wenig erfolgreich verlaufen. Vernachlässigt wird dabei aber die Tatsache, dass Entnazifizierung und Aufbau eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats nebeneinander durchgeführt wurden. Welche verfassungsrechtliche Bedeutung es hat, dass aufgrund dieser Vorgehensweise wieder Richter in den Staatsdienst gelangten, die eine nationalsozialistische Vergangenheit hatten, wird nicht aufgezeigt. Gerade für das Dienstverhältnis der Richter ist diese Frage von entscheidender Bedeutung. Der Status der Richter ist durch das Grundgesetz 1949 und die Länderverfassungen zum Teil schon nach 1945, besonders im Hinblick auf die richterliche Unabhängigkeit, verändert und gestärkt worden. Entlassungen aus dem Richterdienst sind nur unter begrenzten Ausnahmen gesetzlich überhaupt möglich. Eine nachträgliche (zwangsweise) Entfernung von Richtern aus dem Justizdienst, wegen ihrer nationalsozialistischen Vergangenheit, hat es tatsächlich auch nicht gegeben; im Gegenteil: die eigene NS-Vergangenheit des zuständigen Bundesministeriums der Justiz stand in jüngster Zeit selbst auf dem Prüfstand und war unter der Überschrift „Die Akte Rosenberg“²⁵ (Sitz des Ministeriums von 1950 bis 1973) Gegenstand eines gesonderten Forschungsprojekts²⁶.

Die verfassungsrechtlichen Diskussionen über den Untergang oder Fortbestand des Deutschen Reiches, die Auswirkungen der Kapitulation für die vorherigen Dienst- und

²⁴ Umfassend dazu: *Boss*, Unverdienter Ruhestand – Die personalpolitische Bereinigung belasteter NS-Juristen in der westdeutschen Justiz; *Falk*, Die ungesühnten Verbrechen der NS-Justiz, in: *Form/Schiller/Seitz* (Hrsg.), NS-Justiz in Hessen. Verfolgung, Kontinuitäten, Erbe. S. 337-372; *Rottleuthner*, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945; *Schumann*, Kontinuitäten und Zäsuren Rechtswissenschaft und Justiz in der Nachkriegszeit; *Stadler*, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen.“ Die Verfahren des Volksgerichts Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955; *Stadler*, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 145-169

²⁵ Ausführlich *Görtemaker/Safferling*, Die Akte Rosenberg, S. 17 ff. mit weit. Nachw.

²⁶ *Görtemaker/Safferling*, Die Rosenberg, S. 38 ff. mit. weit. Nachw.

Beamtenverhältnisse, das Gesetz zu Art. 131 GG und die Entstehung des ersten Deutschen Richtergesetzes 1962 sollten vor dem Hintergrund dieses vollzogenen „Gleichlaufs“ zwischen Entnazifizierung und Demokratisierung gesehen werden. Dieser Beitrag ist daher dem rechts- und verfassungshistorischen Verständnis der Entnazifizierung der Richterschaft gewidmet.

3. Aktueller Forschungsstand und thematische Abgrenzung

Die Thematik der Entnazifizierung ist in der Bundesrepublik Deutschland, insbesondere für das Staatsgebiet des ehemaligen Westdeutschlands, umfassend erforscht²⁷. So existieren zahlreiche und vor allem auch bereits etwas ältere, allgemeinere Darstellungen, die als Übersichtswerke bezeichnet werden können und von den spezielleren Forschungsprojekten als „Standardwerke“ betrachtet und daher regelmäßig zitiert werden²⁸. Dazu gehört jedenfalls die als „Pionierarbeit“ bezeichnete Darstellung von Lutz *Niethammer* zur Entnazifizierung in Bayern in seiner Dissertation aus dem Jahre 1971²⁹; das von Clemens *Vollnhals* in Zusammenarbeit mit Thomas Schlemmer 1991 herausgegebene Werk über die Politische Säuberung und Rehabilitation in den vier Besatzungszonen, welches allerdings einen Schwerpunkt nur auf die Besatzungszeit von 1945 bis 1949 legt³⁰; der Beitrag von Klaus-Dietmar *Henke* über die Trennung vom Nationalsozialismus, Selbstzerstörung, politische Säuberung, Entnazifizierung und Strafverfolgung in seiner mit Hans *Woller* zusammen herausgegebenen Arbeit über Politische Säuberung in Europa aus dem Jahr 1991³¹; die Studie von Norbert *Frei*, Vergangenheitspolitik, die sich ebenfalls in weiten Teilen mit der Entnazifizierung befasst, allerdings nicht auf die Besatzungszeit, sondern auf die Zeit nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland 1949 bezogen ist³² und das Forschungsprojekt „Entnazifizierung“ von Justus *Fürstenau* an der Goethe Universität Frankfurt am Main über die politischen Säuberungen unter der Ägide der amerikanischen Militärregierungen in Deutschland und Japan aus dem Jahre 1969³³. Auf diesen Übersichtswerken aufbauend

²⁷ Anmerkung: Da nicht Gegenstand dieser Untersuchung, bleiben Arbeiten zur sowjetischen Besatzungszone hier unberücksichtigt.

²⁸ Vgl. dazu den Beitrag von *Schuster*, Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West-)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18 (2003), S. 155-179 [S. 155 mit weit. Nachw.]

²⁹ *Niethammer*, Entnazifizierung in Bayern – Säuberung und Rehabilitation unter amerikanischer Besatzung, Frankfurt 1972

³⁰ *Vollnhals*, Entnazifizierung – Politische Säuberung und Rehabilitation in den vier Besatzungszonen 1945 – 1949, 1991

³¹ *Henke*, Die Trennung vom Nationalsozialismus – Selbstzerstörung, politische Säuberung, Entnazifizierung, Strafverfolgung, in: *Henke/Woller* (Hrsg.), Politische Säuberung in Europa – Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem zweiten Weltkrieg, 1991

³² *Frei*, Vergangenheitspolitik – Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS Vergangenheit, 1997

³³ *Fürstenau*, Entnazifizierung – Ein Kapitel deutscher Nachkriegspolitik, 1969

gibt es mehrere Regionalstudien, welche entweder in frühen Forschungsstadien der Entnazifizierung auf die Besatzungszonen oder, abhängig von ihrem Untersuchungszeitraum, auf die späteren Bundesländer bezogen sind. Dazu zählen insbesondere das Werk über die Entnazifizierung in Nordrhein-Westfalen von Irmgard *Lange* aus dem Jahre 1971³⁴; die Untersuchungen von Reinhard *Grohnert* über die Entnazifizierung in Baden 1991, allerdings wiederum beschränkt auf die Jahre von 1945 bis 1949³⁵; die 1999 veröffentlichte Forschungsarbeit von Armin *Schuster* über die Entnazifizierung in Hessen von 1945 bis 1954³⁶; der von Ulrike *Drechsel* und Andreas *Röpcke* 1992 herausgegebene Beitrag „Denazification“ über die Entnazifizierung in Bremen³⁷ oder Angela *Borgstedts* Ausführungen über die Entnazifizierung in Karlsruhe von 1946 bis 1951 aus dem Jahre 2001³⁸.

Im Vergleich dazu, war die österreichische Literatur und Forschung auf diesem Gebiet lange Zeit nicht besonders umfassend ausgeprägt, was auch damit zusammenhängen kann, dass die konkreten Entnazifizierungsmaßnahmen, ermächtigt insbesondere durch das Verbotsgesetz 1945 in seiner endgültigen Fassung als Nationalsozialistengesetz 1947, von den Regierungsvertretern der wiedererrichteten Republik Österreich selbst durchgeführt wurden. Insoweit dürfte es in vielen gesellschaftlichen, politischen und wohl auch wissenschaftlichen Kreisen an der notwendigen Distanz zu diesem Thema zunächst gefehlt haben, was durch die von den Alliierten in der Moskauer Erklärung 1943 postulierte „Opferrolle“ Österreichs noch verstärkt wurde. Gleichwohl in dieser Erklärung auch die „Verantwortung“ Österreichs für die Teilnahme am Kriege an der Seite Hitler-Deutschlands“ hervorgehoben wurde³⁹.

Mit der Zeit hat sich diese Sichtweise deutlich verändert. Dennoch ist es nicht übertrieben zu sagen, dass die österreichische Forschung bis zum Ende des vergangenen Jahrhunderts zu einem nicht unerheblichen Teil auf der Monographie von Dieter *Stiefel* aus dem Jahr 1981⁴⁰ und seinem Aufsatz über den „Prozess der Entnazifizierung in Österreich“,

³⁴ *Lange*, Entnazifizierung in Nordrhein-Westfalen. Richtlinien, Anweisungen, Organisation, 1976

³⁵ *Grohnert*, Die Entnazifizierung in Baden 1945-1949. Konzeption und Praxis der Epuration am Beispiel eines Landes der französischen Besatzungszone (Veröffentlichungen der Kommission für Geschichtliche Landeskunde in Baden-Württemberg 123), 1991

³⁶ *Schuster*, Die Entnazifizierung in Hessen 1945-1954. Vergangenheitspolitik in der Nachkriegszeit (Vorgeschichte und Geschichte des Parlamentarismus in Hessen) 1999

³⁷ *Drechsel/Röpcke* (Hrsg.), Denacification – Zur Entnazifizierung in Bremen (Beiträge zur Sozialgeschichte Bremens 13) 1992

³⁸ *Borgstedt*, Entnazifizierung in Karlsruhe 1946 bis 1951 – Politische Säuberung im Spannungsfeld von Besatzungspolitik und lokalpolitischem Neuanfang (Karlsruher Beiträge zur Geschichte des Nationalsozialismus 5). 2001

³⁹ Vgl. dazu übersichtlich, *Stourzh*, Geschichte des Staatsvertrages 1945-1955 – Österreichs Weg zur Neutralität, S. 1

⁴⁰ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, 1981

in dem bereits dargestellten Werk von Klaus-Dietmar *Henke* und Hans *Woller* über Politische Säuberung in Europa aus dem Jahr 1991⁴¹ basieren⁴². Zu erwähnen ist weiter der Beitrag von Ernst *Hanisch* über die Entnazifizierung in Salzburg, in dem von Stein Ugelvik *Larsen* und Bernt *Hagvet* herausgegebenen Werk „Modern Europe after Fascism“ 1998⁴³ und jedenfalls der von Sebastian *Meissl*, Klaus-Dieter *Mulley* und Oliver *Rathkolb* 1985/1986 herausgegebene Sammelband „Verdrängte Schuld verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955“⁴⁴, sowie der Aufsatz von Winfried R. *Garscha* über die Entnazifizierung und gerichtliche Ahndung von NS-Verbrechen in der von Emmerich *Tálos*, Ernst *Hanisch*, Wolfgang *Neugebauer* und Reinhard *Sieder* im Sommer 2000 herausgegebenen Studie über die „NS-Herrschaft in Österreich“⁴⁵. Eine sehr ausführliche Darstellung bietet zudem das von Walter *Schuster* und Wolfgang *Weber* 2004, in Zusammenarbeit mit dem Landesarchiv Vorarlberg und dem Archiv der Stadt Linz, veröffentlichte Forschungsprojekt „Entnazifizierung im regionalen Vergleich“⁴⁶.

Auch die Entnazifizierung der Richterschaft ist in beiden Ländern sukzessive in den Vordergrund der wissenschaftlichen Forschung gerückt. Für Deutschland sind hier unter anderen, die Behandlung der NS-Justiz nach 1945 untersuchenden, Projekten jedenfalls die relativ frühe Regionalstudie von Joachim *Wenzlau* von 1979 über den Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland, also vornehmlich auf die britische Besatzungszone und den Untersuchungszeitraum von 1945 bis 1949 vor Gründung der Bundesrepublik bezogen⁴⁷; die umfassenden Studien von Jörg *Friedrich* „Freispruch für die Nazi-Justiz“ aus dem Jahre 1983, die sich allerdings auf Urteile gegen ehemalige NS-Richter vor den westdeutschen Strafgerichten und damit nicht auf die verwaltungsorganisatorische Entnazifizierung konzentrieren⁴⁸; der Aufsatz von Hans *Hege* „Recht und Justiz“ in dem von Wolfgang *Benz* 1983 herausgegebenen Sammelband, Die Bundesrepublik Deutschland⁴⁹;

⁴¹ *Stiefel*, Der Prozess der Entnazifizierung in Österreich, in: *Henke/Woller* (Hrsg.), Politische Säuberung in Europa – Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem zweiten Weltkrieg, 1991

⁴² Ähnlich vgl. *Schuster*, Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West-)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18 (2003), S. 155-179 [S. 155]

⁴³ *Hanisch*, Denazification in Salzburg – a Region with strong German-nationalist Traditions, in: *Larsen/Hagvet* (Hrsg.), *Modern Europe after Fascism 1943-1980s*, 1998; *ders.*, Braune Flecken im Goldenen Westen – Die Entnazifizierung in Salzburg, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb* (Hrsg.), *Verdrängte Schuld verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955*

⁴⁴ *Meissl/Mulley/Rathkolb*, *Verdrängte Schuld verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955*, 1986

⁴⁵ *Garscha*, Entnazifizierung und gerichtliche Ahndung von NS-Verbrechen, in: *Tálos/Hanisch/Neugebauer/Sieder* (Hrsg.), *NS-Herrschaft in Österreich – Ein Handbuch*, 2000

⁴⁶ *Schuster/Weber* (Hrsg.), *Entnazifizierung im regionalen Vergleich*, Linz 2004

⁴⁷ *Wenzlau*, *Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland*, 1979

⁴⁸ *Friedrich*, *Freispruch für die Justiz, Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948 – Eine Dokumentation*, 1983, 2. Aufl. 1998

⁴⁹ *Hege*, *Recht und Justiz* in: *Benz* (Hrsg.), *Die Bundesrepublik Deutschland. Geschichte in drei Bänden – Bd. 1: Politik*

die umfassenden Untersuchungen von Ingo *Müller* aus dem Jahre 1987 unter der Überschrift „Furchtbare Juristen“, in welcher er die verwaltungsorganisatorischen Entnazifizierungsmaßnahmen der Justiz in Westdeutschland, anhand von Einzelfällen, auf das Schärfste kritisiert⁵⁰; der Beitrag von Wolfgang *Benz* über die Entnazifizierung der Richter in dem von Bernhard *Diestelkamp* und Michael *Stolleis* 1988 herausgegebenen Werk über den „Justizalltag im Dritten Reich“⁵¹; der Katalog im Rahmen der vom Bundesministerium der Justiz 1989 veröffentlichten Ausstellung „Justiz und Nationalsozialismus“, unter Mitwirkung zahlreicher Historiker und Juristen⁵²; die Studien Marc von *Miquel*’s „Ahnden oder Amnestieren von 2004 über westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik, allerdings beschränkt auf die 1960er Jahre“⁵³; die Untersuchungen von *Godau-Schüttke* über die NS-Belastung deutscher Richter am Bundesgerichtshof in Karlsruhe aus dem Jahr 2005⁵⁴; die Dissertation von Sonja *Boss* an der Freien Universität Berlin 2007 „Unverdienter Ruhestand“ über die personalpolitische Bereinigung belasteter NS-Juristen in der westdeutschen Justiz⁵⁵; der von Eva *Schumann* 2008 herausgegebene Sammelband „Kontinuitäten und Zäsuren – Rechtswissenschaft und Justiz im Dritten Reich und in der Nachkriegszeit“⁵⁶, das von Hubert *Rottleuthner* 2010 veröffentlichte Forschungsprojekt der Deutschen Forschungsgemeinschaft über Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen in der Zeit vor 1945 im Vergleich zu ihrer Tätigkeit im Justizapparat nach 1945 in der Bundesrepublik Deutschland⁵⁷; der von Joachim *Perels* und Wolfram *Wette* 2011 herausgegebene Sammelband „Mit reinem Gewissen“, welcher die Karrieren von ehemaligen Wehrmachtsrichtern in der Bundesrepublik untersucht, während die Opfer der NS-Militärjustiz jahrzehntelang um ihre Rehabilitation kämpfen mussten⁵⁸; der Beitrag von Ulrich *Herbert* über Justiz und NS-Vergangenheit in der Bundesrepublik von 1945 bis 1970 in dem von Manfred *Görtemaker* und Christoph *Safferling* 2013 herausgegebenen Sammelband „Die Rosenberg“⁵⁹ und nicht zuletzt die umfassenden Untersuchungen in dem von Wolfgang *Form*, Theo *Schiller* und Lothar *Seitz* 2015

⁵⁰ *Müller*, Furchtbare Juristen – Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz, 1987

⁵¹ *Benz*, Die Entnazifizierung der Richter, in: *Diestelkamp/Stolleis* (Hrsg.), Justizalltag im Dritten Reich, 1988

⁵² *Bundesministerium der Justiz/Fieberg* (Hrsg.), Justiz und Nationalsozialismus – Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, 1989

⁵³ v. *Miquel*, Ahnden oder Amnestieren – Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren, 2004

⁵⁴ *Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland, 2005

⁵⁵ *Boss*, Unverdienter Ruhestand – Die personalpolitische Bereinigung belasteter NS-Juristen in der westdeutschen Justiz, 2008

⁵⁶ *Schumann*, Kontinuitäten und Zäsuren- Rechtswissenschaft und Justiz in der Nachkriegszeit, 2008

⁵⁷ *Rottleuthner*, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, 2010

⁵⁸ *Perels/Wette*, Mit Reinem Gewissen, Wehrmachtsrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, 2011

⁵⁹ *Herbert*, Justiz und NS-Vergangenheit in der Bundesrepublik 1945-1970, in: *Görtemaker/Safferling* (Hrsg.), Die Rosenberg – Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, 2013

herausgegebenen Sammelband über die NS-Justiz in Hessen und den Umgang belasteter NS-Richter im Bundesland Hessen nach 1945 zu nennen⁶⁰.

Die Rolle der österreichischen Richter zur Zeit der NS-Herrschaft zwischen 1938 und 1945 gilt bislang nur in Teilbereichen als erforscht, weil eine kollektivbiographische Gesamtsicht oder eine Erfassung in Form von Einzelbiographien, an der enormen Anzahl der zu bearbeitenden Biographien, zumindest bisher gescheitert ist⁶¹. Dies hat einen mittelbaren Einfluss auf die Forschungen zur Entnazifizierung der NS-Justiz. Neben den bereits dargestellten allgemeinen Publikationen zur Entnazifizierung in Österreich, bei denen teilweise auch die NS-Justiz abgebildet wurde⁶², hat es aber hier, vermehrt in den letzten Jahren, und insbesondere durch die Forschungsprojekte von Frau Dr. Ursula Schwarz und die Zusammenarbeit des Dokumentationsarchivs des österreichischen Widerstands (DÖW) mit der Philipps Universität Marburg, einen erheblichen „Durchbruch“ gegeben⁶³. Zu nennen sind hier insbesondere die Veröffentlichung von Wolfgang Form und Oliver Uthe aus dem Jahre 2004 zur NS-Justiz in Österreich⁶⁴; das 2005 von Wolfgang Form, Wolfgang Neugebauer und Theo Schiller herausgegebene Werk über Verfahren vor dem Volksgerichtshof mit österreichischer Beteiligung und den Oberlandesgerichten Wien und Graz⁶⁵; die 2006 von denselben herausgegebenen Studie über NS-Justiz und politische Verfolgung in Österreich zwischen 1938 und 1945⁶⁶, sowie die Studie von Ursula Schwarz und Wolfgang Form über österreichische Opfer der NS-Justiz⁶⁷. Zu der justiziellen Ahndung von NS-Verbrechen nach 1945 vor den Volksgerichten, sind insbesondere die Beiträge von Claudia Kuretsidis-Haider in dem bereits dargestellten Sammelband von Walter Schuster und Walter Weber⁶⁸; sowie die Darstellungen von Winfried R. Garscha und Claudia Kuretsidis-Haider, über die strafrechtliche Verfolgung von nationalsozialistischen

⁶⁰ Form/Schiller/Seitz (Hrsg.), NS-Justiz in Hessen – Verfolgung, Kontinuitäten, Erbe, 2015

⁶¹ So jedenfalls Enderle-Burcel, Karrieren von Richtern und Staatsanwälten 1938 bis 1945 und in der Nachkriegszeit, BRGÖ 2017

⁶² Vgl. etwa die Beiträge von Garscha, Entnazifizierung und gerichtliche Ahndung von NS Verbrechen, in: Tálos/Hanisch/Neugebauer/Sieder (Hrsg.), NS-Herrschaft in Österreich – Ein Handbuch, S. 852- 883 mit weit. Nachw.; Kuretsidis-Haider, Volksgerichtsbarkeit und Entnazifizierung in Österreich, in: Schuster/Weber (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 563-601 mit weit. Nachw.; Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 149-154

⁶³ Vgl. dazu Form/Neugebauer/Schwarz, Die Kooperationsprojekte der Universität Marburg und des DÖW zur NS-Justiz, DÖW (Hrsg.), Jahrbuch 2007 – Schwerpunkt Namentliche Erfassung von NS-Opfern

⁶⁴ Form/Uthe (Hrsg.), NS-Justiz in Österreich, Lage- und Reiseberichte 1939-1945, in: Schriftenreihe des DÖW zu Widerstand, NS-Verfolgung und Nachkriegsjustiz 3, 2004

⁶⁵ Form/Neugebauer/Schiller (Hrsg.), Widerstand und Verfolgung in Österreich 1938 bis 1945. Die Verfahren vor dem Volksgerichtshof und den Oberlandesgerichten Wien und Graz, 2005

⁶⁶ Form/Neugebauer/Schiller (Hrsg.), NS-Justiz und politische Verfolgung in Österreich 1938-1945. Analysen zu dem Verfahren vor dem Volksgerichtshof und dem Oberlandesgericht Wien, 2006

⁶⁷ Form/Schwarz, Österreichische Opfer der NS-Justiz, in: DÖW (Hrsg.), Namentliche Erfassung der Opfer politischer Verfolgung 1938-1945

⁶⁸ Kuretsidis-Haider, Volksgerichtsbarkeit und Entnazifizierung in Österreich, in: Schuster/Weber (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 563-601

Verbrechen zu berücksichtigen⁶⁹. Die Rolle des Bunds sozialdemokratischer AkademikerInnen, Intellektueller und KünstlerInnen (BSA) bei der Reintegration ehemaliger Nationalsozialisten in den Justizdienst der Republik Österreich, ist von Wolfgang *Neugebauer* und Peter *Schwarz* in ihrer 2005 veröffentlichten Studie „Der Wille zum aufrechten Gang“ reflektiert worden⁷⁰. Ausführungen zur NS-Justiz und der Entnazifizierung nach 1945 finden sich zudem in der 2007 von Winfried R. *Garscha* und Franz *Scharf* herausgegebenen Studie „Justiz in Oberdonau“⁷¹. Ein Standardwerk zur Thematik der nationalsozialistischen Belastung der österreichischen Justiz durch ehemalige NS-Richter ist die von Wolfgang *Stadler* 2007 erschienene Untersuchung über die Renazifizierung der Justiz und die Verfahren des Volksgerichts Wien gegen Richter und Staatsanwälte von 1945 bis 1955⁷². Hervorzuheben ist schließlich, das 2014 von Gerald *Kohl* und Ilse *Reiter-Zatloukal* veröffentlichte Forschungsprojekt über „RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft“⁷³ und hier insbesondere der Beitrag über die Entnazifizierung von Richtern und Staatsanwälten nach 1945 von Wolfgang *Stadler*⁷⁴.

Die vorliegende Untersuchung greift diesen Forschungsstand auf. Dabei geht es im Schwerpunkt um die verfassungsrechtlichen Auswirkungen der dienstrechtlichen Kontinuität belasteter NS-Richter nach 1945⁷⁵. Insbesondere wird die erwiesene Tatsache vorausgesetzt, dass sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in der Republik Österreich zahlreiche vormalige NS-Richter im Justizdienst wieder als Richter beschäftigt waren, gleichwohl sie – während ihrer Zeit als NS-Richter – sogar an exzessiven Todesurteilen⁷⁶ beteiligt waren⁷⁷. Darunter sind solche Urteile zu verstehen, welche auf die

⁶⁹ *Garscha/Kuretsidis-Haider*, Die strafrechtliche Verfolgung nationalsozialistischer Verbrechen – Eine Einführung, in: *Albricht/Garscha/Polaschek* (Hrsg.), Holocaust und Kriegsverbrechen vor Gericht – Der Fall Österreich, 2006

⁷⁰ *Neugebauer/Schwarz*, BSA (Hrsg.), Der Wille zum aufrechten Gang – Offenlegung der Rolle des BSA bei der gesellschaftlichen Reintegration ehemaliger Nationalsozialisten, 2005

⁷¹ *Garscha/Scharf* Justiz in Oberdonau – Oberösterreich in der Zeit des Nationalsozialismus, 2007

⁷² *Stadler*, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen.“ Die Verfahren des Volksgerichts Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955, 2007

⁷³ *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, 2014

⁷⁴ *Stadler*, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 145-169

⁷⁵ Vgl. dazu insbesondere *Boss*, Unverdienter Ruhestand – Die personalpolitische Bereinigung belasteter NS-Juristen in der westdeutschen Justiz; *Falk*, Die ungesühnten Verbrechen der NS-Justiz, in: *Form/Schiller/Seitz* (Hrsg.), NS-Justiz in Hessen. Verfolgung, Kontinuitäten, Erbe. S. 337-372; *Rottluthner*, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945; *Schumann*, Kontinuitäten und Zäsuren Rechtswissenschaft und Justiz in der Nachkriegszeit; *Stadler*, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen.“ Die Verfahren des Volksgerichts Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955; *Stadler*, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 145-169

⁷⁶ Zum Begriff vgl. v. *Miquel*, Ahnden oder Amnestieren – Westdeutsche Justiz und Vergangenheitspolitik in den sechziger Jahren, S. 86

⁷⁷ Vgl. dazu in Österreich auch die „Forum-Debatte“ um Christian Broda, in: *Wirth*, Christian Broda – Eine politische Biographie, S. 291 ff. mit weit. Nachw.

Todesstrafe erkannt oder diese bestätigt haben, gleichwohl diese Strafe – auch unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie ergangen sind – nicht vertretbar waren und die Urteile deshalb gegen Grundsätze der Menschlichkeit oder der Rechtsstaatlichkeit verstoßen haben. Im Rahmen einer Diskursanalyse soll der Frage nachgegangen werden, welche verfassungsrechtlichen Konsequenzen sich in beiden Ländern aus dieser Tatsache ergeben und ob die Wiedereinstellung oder Weiterverwendung teilweise im höchstem Maße belasteter NS-Richter verfassungsgemäß war oder gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen hat. Dies unterscheidet die vorliegende Arbeit von den bisherigen Untersuchungen.

3. Relevanz der Untersuchung

Die vorliegende Untersuchung soll einen rechtshistorischen Beitrag zu den umstrittenen staats- und verfassungsrechtlichen Folgen des Zusammenbruchs des Deutschen Reiches nach der Bedingungslosen Kapitulation am 8. Mai 1945 in Bezug auf das Richterpersonal und die Rechtsprechung liefern. Rechtsvergleichend wird in diesem Zusammenhang auf die Folgen für Österreich, nach dem Anschluss 1938 eingegangen werden. Da die verfassungsrechtliche Entwicklung in Österreich nach 1945 sich deutlich von der Deutschlands unterschied – insbesondere gab es eine Provisorische Staatsregierung und es wurde die Verfassung von 1920 in der Form von 1929 wieder in Kraft gesetzt – muss auch das Verhältnis zwischen Entnazifizierung und Konstituierung einer Verfassung bzw. Wiederherstellung der Verfassung anders bewertet werden als in der Bundesrepublik Deutschland.

II. Methodologische Probleme und Grundlagen der Untersuchung

1. Analyse, Bewertung und Berücksichtigung historischer und gesellschaftspolitischer Entwicklungen des Entnazifizierungsprozesses

a) Die Deutschlandpolitik der Alliierten stand nach der Kapitulation unter katastrophalen Vorzeichen. Nach vorsichtigen Schätzungen hatten mindestens 5,2 Millionen deutsche Soldaten im Krieg ihr Leben verloren, ca. die Hälfte davon in den letzten zehn Monaten von Juli 1944 bis Mai 1945⁷⁸. In dieser Zeit fielen allein an der Ostfront täglich ca. 5000 Soldaten.

⁷⁸ Insgesamt kostete der Zweite Weltkrieg etwa 55 Millionen Menschen das Leben, weitere 35 Millionen wurden verwundet und ungefähr 3 Millionen gelten als vermisst, vgl. dazu: *Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, S. 61 ff. mit weit. Nachw.

Über 1,5 Millionen wurden als Vermisste registriert, 1,086 Millionen vom Roten Kreuz später für tot erklärt, weitere 11 Millionen gerieten in Gefangenschaft⁷⁹. 600.000 Zivilisten starben bei Bombenangriffen auf deutsche Städte. 9 Millionen Menschen konnten erfolgreich evakuiert werden und befanden sich seither auf der oftmals aussichtslosen Suche nach einer Bleibe, nach Freunden und nach Verwandten⁸⁰. Hinzu kamen 14,6 Millionen Flüchtlinge und Heimatvertriebene aus den ehemaligen Ostgebieten, von denen mindestens 1,71 Millionen die Reise in den Westen nicht überlebten⁸¹. Millionen ostdeutscher Frauen und Kinder mussten einen demütigenden und zumeist tödlichen Preis für den Vernichtungskrieg in Form von Massenvergewaltigungen, vornehmlich durch sowjetische Soldaten, bezahlen. Deutschland bot ein Bild der Verwüstung und Zerstörung, der Trauer und völligen Orientierungslosigkeit. Ein Viertel des vormaligen deutschen Staatsgebiets wurde förmlich abgetrennt⁸², womit ein mindestens ebenso großer Teil an landwirtschaftlicher Nutzfläche, Industrie und Bodenschätzen verloren ging. Die Soldaten der Alliierten mit einberechnet, lebten gleichzeitig weit mehr als 100 Millionen Menschen auf dem verbliebenen Teil des deutschen Reichsgebiet.

Die Zeit von 1945 bis 1948 war geprägt von Zwangsunterbringungen, Hungersnöten und den Schwarzmärkten. Selbst ohne die Zerstörungen hätte der vorhandene Wohnraum in den Besatzungszonen nicht annähernd ausgereicht. Nunmehr waren über 25% aller Wohnungen zerstört. In der britischen Zone konnte den Menschen durchschnittlich eine Tagesration von zwei Brotscheiben, einer Kelle Suppe und zwei kleinen Kartoffeln zur Verfügung gestellt werden. In den anderen Besatzungszonen bot sich ein ähnliches Bild. Erst im Jahre 1951 konnten diesbezüglich wieder dieselben Bedingungen hergestellt werden wie 1938. Diese Lebensumstände führten nicht nur zu einer Ausbreitung ansteckender Krankheiten, sondern auch zu einer exponentiell ansteigenden Kriminalitätsrate. Ca. 9% aller Jugendlichen waren in Fälle einfacher und mittlerer Kriminalität verstrickt. 1948 sind über 100.000 Fälle einfachen und schweren Diebstahls von Kohle, Holz, Briketts und Lebensmitteln aktenkundig.

Es war jene Zeit, in der die Alliierten die Regierungsgewalt über Deutschland übernahmen⁸³, die Entnazifizierung, d.h. die Ausrottung des Nationalsozialismus offiziell

⁷⁹ Gute Zusammenfassung bei *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, S. 942 ff.; ebenso *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte S. 125 ff. mit weit. Nachw.

⁸⁰ *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, S. 941

⁸¹ *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 122 ff.

⁸² *Freund*, Deutsche Geschichte, S. 1535

⁸³ *Freund*, Deutsche Geschichte, S. 1525

zur Doktrin erhoben wurde⁸⁴, sämtliche deutsche Behörden und Gerichte bis auf Weiteres geschlossen und in den westlichen Besatzungszonen über 200.000 NS-Verdächtige verhaftet und in Internierungslager überführt wurden⁸⁵. Es war die Zeit, in der die Hauptkriegsverbrecher sich vor dem Militärgerichtshof in Nürnberg verantworten mussten und die schreckliche Wahrheit über den Holocaust und die Vernichtungslager an die Öffentlichkeit und damit ins allgemeine Bewusstsein gelangte, die von nun an weder geleugnet noch heruntergespielt werden konnte⁸⁶. Es war die Zeit der Denunziationen, der Fragebögen und der „Persilscheine“⁸⁷.

Es war aber zugleich auch die Zeit der politischen Gegensätze. Der ideologische Machtkampf zwischen Liberalismus und Kommunismus, zwischen Freiheit und Gleichheit, zwischen Zentralismus und Föderalismus, zwischen freier Marktwirtschaft und Planwirtschaft, kurz zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und der Sowjetunion drohte, sich im Herzen Europas zu entladen. Er endete mit einer strategischen Patt-Situation, die als *Kalter-Krieg* bezeichnet wurde und die Geschichte Deutschlands und Europas teilweise noch bis in die heutige Zeit geprägt hat.

Die Entnazifizierungspolitik der Alliierten musste sich deshalb darauf einstellen, dass alle Kreise der Bevölkerung nachhaltig verunsichert waren⁸⁸. Die individuelle Vergangenheitsbewältigung stand im Schatten einer akuten Angst vor eigener Strafverfolgung. Trauer, Existenz- und Zukunftsängste sowie Kriegstraumata, Obdachlosigkeit und Überlebenskämpfe dürften den physischen und psychischen Zustand der Menschen ebenfalls stark beeinflusst haben⁸⁹.

Außenpolitisch war spätestens seit der *Londoner Konferenz* am 1. Juni 1948 klar, dass ein deutscher Gesamtstaat nach westlichem Vorbild nicht die Chance haben würde, die Zustimmung der Sowjetunion zu erhalten. Eine Einigung zwischen den beiden politischen Lagern war ausgeschlossen, da durch die Währungsreform vom 20. Juni 1948 und der entsprechenden Reaktion der UdSSR mit ihrer *Berlin-Blockade* vom 24. Juni 1948 bis zum 12. Mai 1949 unmissverständliche Fakten geschaffen wurden. Deutschland war geteilt, und beide Seiten hatten verdeutlicht wie ernst ihnen die Sache war.

⁸⁴ Kroeschell, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jh., S. 123

⁸⁵ Übersicht bei Erdmann, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 14

⁸⁶ Weinke, Die Nürnberger Prozesse (2006), S. 44 ff. mit weit. Nachw.

⁸⁷ Kroeschell, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jh., S. 124

⁸⁸ Vgl. Erdmann, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 128 ff.

⁸⁹ Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, S. 953-954; Erdmann, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte S., S. 128

Möglicherweise war es jene vielfach zur Schau gestellte Kaltblütigkeit der sowjetischen Machthaber, lieber die westliche Bevölkerung Berlins qualvoll verhungern zu lassen, als in der politischen Frage über die Zukunft Deutschlands mit dem Westen zu kooperieren, die zu einem entscheidenden gesellschaftlichen Stimmungswandel führte⁹⁰. Nach der Blockade Westberlins und der Gegenreaktion der westlichen Alliierten durch die *Luftbrücke*, stellte sich die große Mehrheit der Bevölkerung im Zweifel hinter die USA sowie ihre Wertvorstellungen und Absichten. So war es denn auch kein Zufall, dass gerade eine Woche später die westdeutschen Ministerpräsidenten den Auftrag annahmen, eine *Verfassung* für einen westdeutschen Staat, ohne Beteiligung der sowjetischen Zone, zu entwerfen⁹¹. Der Entwurf einer solchen Verfassung, die den Namen *Grundgesetz* (engl. „Basic Constitutional Law“) tragen sollte, wurde am 8. Mai 1949 vom Parlamentarischen Rat angenommen und am 12. Mai 1949 von den Militärgouverneuren der amerikanischen, britischen und französischen Zone genehmigt. Es war derselbe Tag, an dem die Blockade Westberlins endete.

Die Gründung der Bundesrepublik Deutschland am 23. Mai 1949 und der Beginn der „Ära Adenauer“ im August 1949 veränderten die Situation in Deutschland nachhaltig. Die westlichen Alliierten hatten die Entnazifizierung bereits auf die Länderregierungen delegiert und überwachten deren Durchführung nur noch oberflächlich⁹². Vor dem Hintergrund des Kalten Krieges war ihnen, nach dem Ende der 12 Nachfolgeprozesse in Nürnberg 1949, eine antikommunistische politische Einstellung der Bevölkerung tendenziell wichtiger als die weitere Fahndung nach ehemaligen Nationalsozialisten. Auch die Politik der Bundesrepublik war vornehmlich antisowjetisch ausgerichtet⁹³. Insbesondere nach der Gründung der „Deutschen Demokratischen Republik“ (DDR) auf dem Gebiet der sowjetischen Besatzungszone nahm man für sich in Anspruch, die „wahren“ Vertreter Deutschlands und seiner Bevölkerung zu sein.

Die Vereinigung der westlichen Besatzungszonen in Verbindung mit der finanziellen Unterstützungsleistungen der USA durch den *Marshall-Plan*, führte zu einer Konsolidierung der Wirtschaft⁹⁴. Der Wiederaufbau war nicht auf den Staatsapparat beschränkt, sondern umfasste nahezu alle Lebensbereiche. Da die Zerstörungen groß waren, bedeutete Wiederaufbau zwangsläufig die Modernisierung der Industrie durch neue Maschinen,

⁹⁰ ähnlich *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, S. 980

⁹¹ *Mußgug*, Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, Rdnr. 22 ff. mit weit. Nachw.

⁹² *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 723 ff.

⁹³ *Benz*, Die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 33

⁹⁴ Vgl. den Ausstellungskatalog des Deutschen Bundestags (1979), Fragen an die Deutsche Geschichte, S. 366 ff.

Kollussionsverfahren und Arbeitsabläufe, aber auch erhebliche Investitionen in die gesamte Infrastruktur wie öffentliche Straßen, Bahnanlagen, Wasserstraßen mit Schleusen und Brücken, städtische Kanalisationen, Strom- und Telefonnetze usw. Die Arbeitslöhne und Sozialleistungen waren in der Bundesrepublik niedriger als in anderen westlichen Industriestaaten, die Arbeitszeiten jedoch höher. So verdreifachte sich zwischen 1950 und 1960 das Bruttosozialprodukt, und die Arbeitslosenquote sank von 11% auf 0,7%⁹⁵. Die Bundesrepublik wurde innerhalb kürzester Zeit zu einem bedeutenden Industrie- und Exportland.

Staatsgründung und Wiederaufbau führten dazu, dass sowohl politisch wie auch gesellschaftlich der Blick nach „vorne“ gerichtet wurde. Die Bevölkerung identifizierte sich mit der Bundesrepublik und ihren demokratischen wie rechtsstaatlichen Strukturen und langsam, aber stetig begann sich Selbstvertrauen und ein neues Selbstwertgefühl zu entwickeln. Genährt wurden diese Entwicklungen nicht zuletzt von dem viel zitierten Mythos von der „Stunde-Null“⁹⁶. Mit der Kapitulation und ihren Folgewirkungen sollte nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland unter die Vergangenheit ein „Schlussstrich“ gezogen werden. Historiker, Publizisten und Forscher unterschiedlicher Fachrichtungen waren darum bemüht, ein demokratisch-liberales deutsches Nationalgefühl zu kreieren, das es in Deutschland längst gegeben habe und von den Nationalsozialisten lediglich unterdrückt und pervertiert worden sei⁹⁷. Der Name Deutschland sollte mit einer Geisteshaltung und Kultur verbunden sein, die bereits vor 1933 existierte⁹⁸. So berief man sich etwa auf das Luthertum, das Preußentum und die Romantik. Die hinter diesen Begriffen stehenden Wertvorstellungen konnten nicht untergehen. Von hier an war es nur noch ein kleiner Schritt zu den staatsrechtlichen Auseinandersetzungen über Fortbestand und/oder Untergang des Deutschen Reiches.

Nicht übersehen werden sollte die Ironie dieses Ausgangspunktes. Rassenwahn, Antisemitismus und Sozialdarwinismus waren ebenfalls Geisteseinstellungen und zugleich die dogmatischen Eckpfeiler nicht nur der Hitler-Diktatur, sondern auch maßgeblicher politischer und gesellschaftlicher Kreise in der Weimarer Republik. Das Austreiben dieses Gedankenguts war gerade die Zielsetzung der Alliierten nach 1945. Wenn die, zuvor dargestellte, deutsche Kultur und Geisteshaltung aber sogar die Zeit zwischen 1933 und 1945 überdauern konnte, stellt sich die unbequeme Frage, was wohl aus den Leitgedanken des Nationalsozialismus nach 1945 geworden ist. Diese Frage sollte erst eine Generation

⁹⁵ *Abelshauser*, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, S. 101 f.

⁹⁶ Vgl. Darstellungen bei: *Benz*, Die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, S. 22

⁹⁷ *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 130 f.

⁹⁸ *Meinecke*, Die deutsche Katastrophe, S. 176; *Ritter*, Europa und die deutsche Frage, S. 200; gute Darstellung ebenfalls bei *Lattmann* in: *Benz*, Die Bundesrepublik Deutschland Bd. 3, S. 420 f.

später, von den Jahrgängen der sog. „1968er“, aufgegriffen werden. Sie zeigt aber, wie eng die Probleme der damaligen Zeit miteinander verwoben waren.

b) Die wirtschaftliche und gesellschaftliche Lage **Österreichs**, in den Grenzen von 1937, ist mit der des besetzten Deutschlands in gewisser Hinsicht vergleichbar. 247.000 Österreicher, die für die deutsche Wehrmacht gekämpft hatten, waren gefallen oder wurden für Tod erklärt, etwa 500.000 Soldaten gerieten in Gefangenschaft. Hinzukommen 24.000 Zivilisten, allein 8.000 davon starben bei den Bombenangriffen auf Wien⁹⁹. Insgesamt sind durch den Krieg oder den NS-Terror ca. 350.000 Österreicherinnen und Österreicher getötet worden. Die Bevölkerungsdichte lag vor Kriegsausbruch 1939 bei lediglich ca. 6,5 Mio. Menschen¹⁰⁰. Nahezu jede österreichische Stadt wurde durch Bombenangriffe der Alliierten schwer beschädigt, 10 Prozent der Häuser waren zerstört¹⁰¹. Hungersnöte und Nahrungsmittelknappheit prägten die Zeit der frühen Nachkriegsjahre.

Die wichtigsten Produktionsstätten waren entweder von den Nationalsozialisten oder später von der Sowjetunion demontiert oder im Krieg vernichtet worden, das öffentliche Verkehrsnetz war beschädigt, sodass der Güter-, Waren- und Wirtschaftsverkehr stagnierte, Rohstoffe und Energie standen nur unzureichend zur Verfügung¹⁰². Aus diesem Grund lag die Industrieproduktion lediglich bei 50 Prozent des Standes von 1937. Das Realeinkommen erreichte sogar nur 1/3 des Werts von 1937. Kriegsschäden und Personalknappheit bescherten den österreichischen Bauern 1945 schließlich eine Ernte, die nicht einmal die Hälfte derjenigen aus den Vorkriegsjahren betrug. Den Unterstützungsleistungen der Besatzungsmächte und den UNO Lebensmittellieferungen ist es zu verdanken, dass ein großer Teil der Bevölkerung nicht im Winter verhungert ist. In Wien lag 1945 die durchschnittliche Energiemenge pro Tag bei 350 Kalorien pro Person. Wirtschaftlich und finanzpolitisch stand einem nahezu halbierten Warenangebot eine Vervierfachung der Geldmenge gegenüber. Einer Inflation konnte nur durch das „Einfrieren“ von Sparkonten, Lohn- und Preisstopps sowie der Währungsreform 1947 entgangen werden¹⁰³.

Durch die Unterstützungsleistungen der Alliierten, von insgesamt etwa 1,5 Milliarden US-Dollar zwischen 1945-1955, insbesondere durch den *Marshall-Plan* der US-Amerikaner, vollzog sich der Wiederaufbau der Infrastrukturen in Österreich gleichwohl relativ zügig und das Land avancierte zum Industriestaat. Der Anteil von Land- und Forstwirtschaft am

⁹⁹ Vgl. Übersicht bei *Vocelka*, Geschichte Österreichs, S. 316

¹⁰⁰ Vgl. Auswertung des Statistischen Bundesamts (STAT) von 2011

¹⁰¹ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 367 mit weit. Nachw.

¹⁰² Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 367 mit weit. Nachw.

¹⁰³ *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 368 mit weit. Nachw.

Bruttoinlandsprodukt reduzierte sich, während die Zahl der industriell Beschäftigten rapide anstieg¹⁰⁴.

Territorial war, ebenso wie Deutschland, auch das Gebiet des besetzten Österreich 1945 zunächst in vier Besatzungszonen aufgeteilt. Tirol und Vorarlberg gehörten zur französischen Besatzungszone, Osttirol, Kärnten und die Steiermark zur britischen, Salzburg und Oberösterreich zur amerikanischen und der restliche Teil nördlich der Donau, Niederösterreich und das Burgenland standen unter russischer Besatzung. Wie in Berlin war auch Wien in vier Besatzungszonen geteilt.

In politischer Hinsicht waren sich die Alliierten über Österreich allerdings schon frühzeitig dem Grunde nach einig. Bereits in der Moskauer Deklaration von 1943 wurde das Land Österreich als „erstes Opfer Hitlers und des Nationalsozialismus“ bezeichnet und man war bestrebt, seine Unabhängigkeit wiederherzustellen¹⁰⁵. Auch in den beiden Kontroll- und Zonenabkommen von Juni 1945 kam die kategorische „Besserstellung“ Österreichs im Vergleich zu Deutschland zum Ausdruck¹⁰⁶. Die Besetzung Österreichs hatte zum einen nicht das Ziel, nur zu bestrafen, zum anderen wollten die Alliierten zeitnah ihre Befugnisse wieder auf eine österreichische Zentralverwaltung übertragen (vgl. Art. 10 des Kontrollabkommens vom 4. Juli 1945¹⁰⁷). Dies geschah mit der Anerkennung der Provisorischen Staatsregierung unter der Führung von Dr. Karl Renner am 20. Oktober 1945.

Österreich hatte sich am 27. April 1945 durch eine *Unabhängigkeitserklärung* vom Deutschen Reich gelöst und die demokratische Republik Österreich im Geiste der Bundesverfassung von 1920/29 wiederhergestellt¹⁰⁸. Nach deren Artikel II wurde der, „*im Jahre 1938 dem österreichischen Volke aufgezwungene Anschluss [für] null und nichtig [erklärt]*“. Vollzogen wurden die Absichten und Maßnahmen der *Unabhängigkeitserklärung* zunächst nicht von einem Parlament, denn ein solches existierte 1945 schon lange nicht mehr, sondern von den drei antifaschistischen Parteien Österreichs, der ÖVP (Österreichische Volkspartei), der SPÖ (damals: Sozialistische Partei Österreichs) und der KPÖ (Kommunistische Partei Österreichs). Diese drei Parteien schlossen sich unter dem Vorsitz Karl *Renners* zusammen und bildeten eine provisorische Regierung als

¹⁰⁴ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 368 mit weit. Nachw.

¹⁰⁵ *Vocelka*, Geschichte Österreichs, S. 317

¹⁰⁶ *Rauchensteiner*, Der Sonderfall, S. 109

¹⁰⁷ Abgedruckt bei *Verosta*, Die internationale Stellung Österreichs 1938-1947, S. 66

¹⁰⁸ *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 257 mit weit. Nachw.

Zentralregierung¹⁰⁹. Der Sinn und Zweck dieser Regierung bestand darin, die demokratischen Verfassungsorgane der Bundesverfassung wiederherzustellen. So fehlte es 1945 nicht nur an den notwendigen Exekutivorganen eines eigenen Staats- und Verwaltungsapparats oder an einer eigenen und unabhängigen Gerichtsbarkeit. Ohne den Nationalrat gab es weder ein Kontrollorgan der Regierung noch eine *Legislative*. Dieser war 1930 zum letzten Mal gewählt und 1934, unter mehr als zweifelhaften Bedingungen¹¹⁰, zuletzt zusammengetreten¹¹¹.

Nach dem Verständnis der politischen Parteien von einer Besatzungsherrschaft Österreichs durch den NS-Staat zwischen 1938 und 1945, bedurfte es keiner Neukonstituierung einer eignen österreichischen Verfassung, denn eine solche war 1945 nach wie vor vorhanden. Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zur Verfassungssituation nach dem ersten Weltkrieg 1918¹¹². Die demokratische Republik Österreich nach den Vorstellungen der Bundesverfassung von 1920 in der Fassung von 1929 wiederherzustellen, war nach Artikel I in Verbindung mit Artikel III der *Unabhängigkeitserklärung* vom 27. April 1945 die Aufgabe der Provisorischen Staatsregierung. Als verfassungsrechtliche Legitimationsgrundlage erließ sie dafür am 1. Mai 1945 eine *Vorläufige Verfassung*. Deren Verfassungsverständnis beruhte auf einem zentralistisch aufgebauten, von der Provisorischen Staatsregierung gelenkten, Einheitsstaat, der die Staatsgewalten der Exekutive und Legislative in einer Hand vereinigte¹¹³. Diese Verfassung sollte, nach Artikel 4 V-ÜG, sechs Monate nach dem Zusammentritt der ersten demokratisch gewählten Volksvertretung außer Kraft treten. Mit der Wahl der ersten Regierung durch den Nationalrat, endete damit auch die Amtszeit der Provisorischen Staatsregierung.

Die Provisorische Staatsregierung wurde von den sowjetischen Besatzungsmächten sofort anerkannt, allerdings nicht von den Westalliierten. Diese sahen in ihr zunächst ein Hilfsorgan der Sowjetunion für eine zeitnah beabsichtigte kommunistische Machtergreifung in Österreich. Erst im Oktober 1945 änderte sich diese Einschätzung und die bis dato schwebenden Bemühungen der Westalliierten mit der Konstituierung einer „Gegenregierung“ wurden fallen gelassen¹¹⁴.

¹⁰⁹ Kohl, in: Rechts- und Verfassungsgeschichte – Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, in: Kohl/Neschwara/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schlennach (Hrsg.), Rdnr. 1944

¹¹⁰ Vgl. dazu etwa Lehner, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 321 mit weit. Nachw.

¹¹¹ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 257

¹¹² Vgl. dazu Kohl, in: Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte(Hrsg.), Rdnr. 1945

¹¹³ Lehner, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 376

¹¹⁴ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 259

Bezogen auf die *Entnazifizierung*, war mit der völkerrechtlichen und territorialen Trennung Österreichs vom Deutschen Reich, von vornherein eine Absage an die von den Amerikanern später postulierte These einer *Kollektivschuld* der Bevölkerung verbunden. Österreich sollte für den nationalsozialistischen Terror nicht allgemein zur Verantwortung gezogen werden. Im Gegensatz zur deutschen Bevölkerung, war eine politische Umerziehung Österreichs, im Sinne der in Potsdam beschlossenen *Demokratisierung*, nach Ansicht der Alliierten deshalb auch nicht erforderlich. An der demokratischen Einstellung und Gesinnung der Bevölkerung Österreichs bestand offenbar kein Zweifel. Man konnte sich daher darauf beschränken, die von Österreichern begangenen Verbrechen während der NS-Zeit strafrechtlich, d.h. individuell und nicht kollektiv, zu ahnden. Nur konsequent war es insoweit auch, sich bei der strafrechtlichen Verfolgung zeitnah wieder der österreichischen Justiz, zunächst in Form der Volksgerichte, ab 1955 dann der Ordentlichen Gerichte, zu bedienen.

Eine Bewertung der Entscheidungen der Alliierten und ihrer Konsequenzen sei an dieser Stelle dahingestellt. Zweifellos waren viele Österreicher dem Nationalsozialismus von Anfang an zugeneigt und verübten in den Verbänden der SS und Gestapo bereitwillig „namenloses Unrecht“¹¹⁵, so dass es im Nachhinein unangebracht erscheint, generell von einer Opferrolle zu sprechen¹¹⁶. Nach vorsichtigen Schätzungen lieferte Österreich etwa 14 Prozent der Mitglieder der SS und ca. 40 Prozent der Täter von den „Euthanasieaktionen“¹¹⁷. Dabei wird jedoch möglicherweise außer Acht gelassen, dass Art, Umfang und tatsächliches Ausmaß der nationalsozialistischen Gewaltverbrechen zur Zeit der Moskauer Erklärung 1943 und auch beim Abschluss des Kontroll- und Zonenabkommens 1945 noch nicht abzusehen waren. Betrachtet man nur die kriegserische Expansionspolitik der Nationalsozialisten, so ist das Land Österreich dieser 1938 unstrittig zum Opfer gefallen. Als sich diese Betrachtungsweise nach 1945 änderte und die Wahrheit über den Holocaust ans Licht und in Nürnberg zur Anklage kam, sah man in Österreich bereits wieder ein eigenständiges Land von politischer und strategischer Bedeutung. Vor dem Hintergrund des sich anbahnenden Kalten Krieges war Deutschland, im Gegensatz zu Österreich, weder aus den amerikanischen noch den sowjetischen Sicherheitsinteressen wegzudenken¹¹⁸. Eine Änderung der politischen Richtung im Fall Österreichs war nicht mehr möglich, weil sich die beiden Hauptakteure schon auseinander bewegten. Umfassende Entnazifizierungs-, vor allem aber Demokratisierungsbestrebungen wie in

¹¹⁵ Der Begriff „Verbrechen ohne Namen“ geht zurück auf Winston Churchill, vgl. etwa Stillschweig, Die Friedenswarte 1949, S. 93

¹¹⁶ Zutreffend wohl Vocelka, Geschichte Österreichs, S. 303

¹¹⁷ Talos (Hrsg.), NS-Herrschaft in Österreich, S. 18 mit weit. Nachw.

¹¹⁸ Mußgnug, Entstehen der Bundesrepublik Deutschland, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, Rdnr.

Deutschland hätten nicht nur eine Änderung der bestehenden völkerrechtlichen Verträge zur Folge gehabt. Auch Österreich hätte sich früher oder später für eine Seite entscheiden müssen, was höchstwahrscheinlich auch hier zu einer Teilung des Landes geführt hätte. So konnte jedenfalls ein status-quo erhalten bleiben, in dem sich Österreich zur *Neutralität* verpflichtete¹¹⁹.

Praktisch schien sich die Einschätzung der Alliierten zu der generell demokratischen Gesinnung der österreichischen Bevölkerung jedenfalls zu bewahrheiten. Noch vor Kriegsende, am 27. April 1945, löste sich Österreich selbständig aus seiner staatlichen Umklammerung und erklärte sich für unabhängig. Seine Souveränität erlangte es allerdings erst durch den Staatsvertrag von 1955, in dem es sich, ähnlich wie die Schweiz, weiterhin zur Neutralität in dem Konflikt zwischen den USA und der UdSSR verpflichtete. Seit 1949 regierten überwiegend die beiden großen Volksparteien SPÖ und ÖVP in einer Koalition. Die Wahlbeteiligung bis ins Jahr 1978 zählt zu der höchsten in ganz Europa¹²⁰.

Ähnlich wie Deutschland erlebte Österreich in den 1950er Jahren einen wirtschaftlichen Aufschwung. Man konzentrierte sich auf den Wiederaufbau des Landes. Kultur, Landschaft, Natur, Sozialstaat und Neutralität waren die Begriffe, mit denen man Österreich in der Welt in Verbindung bringen wollte. Verhältnismäßig gering, vom Thema der staatlichen Souveränität abgesehen, war dagegen das allgemeine Interesse an der Tagespolitik. Insoweit spielte der Umstand, dass Jahrzehnte lang nach den Wahlen zum Nationalrat mehrheitlich große Koalitionen gebildet wurden, eine wichtige Rolle. Denn die Politik solcher Koalitionen ist typischerweise geprägt von vielen Kompromissen, mangelnder Konfliktbereitschaft und Transparenz. Insoweit war es nicht verwunderlich, dass die Aufarbeitung der nationalsozialistischen Vergangenheit lange Zeit weder ein gesellschaftliches noch ein politisches Thema war. Der Nationalsozialismus und die Zeit zwischen 1938 und 1945 waren etwas Fremdes, „von außen Gekommenes“, das es zu verdrängen galt. Dafür bildete die in der Moskauer Deklaration postulierte Opferrolle Österreichs die perfekte Legitimationsgrundlage. Erst bei den Studentenrevolten der 1968er, der „Forum-Debatte“ um und mit dem damaligen Justizminister Christian Broda und im Rahmen der Affäre um die Kandidatur von Kurt Waldheim zum Bundespräsidenten 1986 tauchte diese, lange vergessene, jedenfalls aber verdrängte Problematik wieder auf.

¹¹⁹ Vgl. allgemein dazu: *Stourzh*, Geschichte des Staatsvertrages 1945-1990, S. 93 ff. mit weit. Nachw.

¹²⁰ *Vocelka*, Österreichische Geschichte, S. 118

2. Determinanten der Rechtsvergleichung

a) Zu Funktion und Grenzen der Rechtsvergleichung

Die *Rechtsvergleichung* ist streng genommen kein Mittel der Norminterpretation; sie kann aber für die Auslegung hilfreich sein, insbesondere zur analytischen Problemlösung¹²¹. Zudem können rechtsvergleichende Gesichtspunkte, im Rahmen der entstehungsgeschichtlichen und historischen Auslegung, Bedeutung erlangen. Dies liegt daran, dass die durch Rechtsvergleichung gewonnenen Gesichtspunkte häufig rechts- bzw. verfassungspolitischer Art sind. Sie können im Einzelfall aber auch als Theorie-Elemente, als dogmatische Beiträge oder als Partikel der methodologischen Elemente (z.B. innerhalb der historischen Interpretation) auftreten¹²². Bei Rechtsordnungen auf mehreren Ebenen (z.B. im Rahmen der Bundesstaatlichkeit Grundgesetz und Landesverfassungen oder im Rahmen der Europäischen Union Europarecht und Recht der Mitgliedsstaaten) kann es zu Wechselwirkungen zwischen Rechtsnormen unterschiedlicher Regelungsebenen kommen mit der Folge, dass z.B. Landesverfassungsrecht mit seinen Tendenzen bei der Auslegung der Bundesverfassung bedeutsam wird oder umgekehrt, wegen des Homogenitätsprinzips in Art. 28 Abs. 1 GG bei der Auslegung des Landesverfassungsrechts, die Bedeutung bestimmter Normen des Grundgesetzes heranzuziehen sind¹²³. Für den zentralen Gegenstand der vorliegenden Untersuchung, geht es im Wesentlichen um die Konkretisierung des Zielkonflikts zwischen Entnazifizierung einerseits und dem rechtsstaatlichen Gewaltenteilungsprinzip mit der Garantie sachlicher und persönlicher Unabhängigkeit der Richter andererseits. Da, wie noch zu zeigen sein wird, die rechtsnormativen Grundlagen dieser kollidierenden Ziele bzw. Prinzipien auf unterschiedlichen Normebenen (Besatzungsrecht, Landesverfassungsrecht und später Grundgesetz) zumindest in Deutschland Verbindlichkeit erlangt haben, sind zur Auflösung der Kollisionslage in der Tat rechtsvergleichende Prüfungs- und Denkansätze zur Rechtsentwicklung in Österreich sehr aufschlussreich.

¹²¹ Grundlegend *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung; *Maurer*, Staatsrecht I, § 1 Rdnr. 58

¹²² Eingehend *Müller/Christensen*, Juristische Methodik Bd. I – Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, Rdnr. 349.

¹²³ *Maurer*, Staatsrecht I, § 1 Rdnr. 58; Zur immensen Bedeutung der Rechtsvergleichung im institutionellen Gefüge des Europäischen Gemeinschaftsrechts grundlegend von *Darwitz*, Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration, 1996, S. 147 ff. mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des EuGH.

b) Vergleichbares und Unterschiedliches in der Rechts- und Verfassungsentwicklung Deutschlands und Österreichs

aa) Verfassungsrechtlich unterscheidet sich die Situation in Österreich erheblich von der Deutschlands, was zunächst in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum zweiten Weltkrieg oder der NS-Herrschaft steht. Während für das Staatsgebiet des späteren Deutschen Reichs bereits die gescheiterte Frankfurter Reichsverfassung (Paulskirchen-Verfassung) von 1849¹²⁴ ein einheitliches geschriebenes Verfassungsdokument darstellte, handelte es sich beim Verfassungswerk der Reichsverfassung vom 16. April 1871 um die revidierte Fassung des bereits am 1. Januar 1871 in Kraft getretenen Reichsverfassungswerks, was – vergleichbar der österreichischen Bundesverfassung – aus mehreren Einzelstücken bestand, nämlich aus der im November 1870 zwischen dem Norddeutschen Bund, Baden und Hessen vereinbarten Verfassung des Deutschen Bundes, aus den zwischen dem Norddeutschen Bund, Bayern und Württemberg gleichfalls im November 1870 vereinbarten Änderungen und Zusätzen zu dieser Vor-Verfassung sowie aus den Beschlüssen des Norddeutschen Bundesrats und Reichstags vom 9. Dezember 1870 über die Einführung der Bezeichnungen „Deutscher Kaiser“ und „Deutsches Reich“. Keine abschließende Urkunde, sondern die Gesamtheit dieser Texte bildete die ursprünglich am 1. Januar 1871 in Kraft getretene Reichsverfassung, die erst nach ihrer Revision durch den neugewählten Deutschen Reichstag am 16. April 1871 ihre endgültige Gestalt erhielt¹²⁵. Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 sowie das Bonner Grundgesetz von 1949 fassten dagegen aber sämtliche Bestimmungen in einem abschließenden Verfassungsdokument zusammen.

Ganz anders war die verfassungsrechtliche Ausgangslage in Österreich. Die österreichische Verfassung stellt sich nicht als einheitlicher und inhaltlich abschließender Rechtstext, sondern als die Summe aller verfassungsrechtlicher Rechtsnormen dar, deren „Stammverfassung“ lediglich das Bundesverfassungsgesetz von 1920 (B-VG) ausmacht. Hinzukommen aber noch zahlreiche weitere Rechtsquellen, die ebenfalls Bestandteil der österreichischen Verfassung sind, aber nicht im B-VG aufgeführt werden¹²⁶. Die Hintergründe dieser „Zerstückelung“ sind der turbulenten Entstehungsgeschichte nach dem ersten Weltkrieg und dem Erbe der Habsburger Monarchie geschuldet, deren Rechtsnachfolge die Republik Österreich nach dem Vertrag von *St. Germain* anzutreten

¹²⁴ Ausführlich dazu *Pauly*, Die Verfassung der Paulskirche, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 3 Rdnr. 28 ff. mit weit. Nachw.

¹²⁵ *Huber*, Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 4 Rdnr. 1 mit weit. Nachw.

¹²⁶ *Berka*, Verfassungsrecht – Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, Rdnr. 62

hatte. Die Staatsgrenzen waren festgelegt¹²⁷. Damit schwebte über der staatsrechtlichen Neukonstituierung die Frage, ob die Republik als einheitlicher Gesamtstaat mit einem Einkammersystem auf Bundesebene, als Bundesstaat mit einem Zweikammersystem, d.h. einer Kammer für den Bund und einer weiteren für die Vertretung der Länder, oder als radikal föderalistischer Zusammenschluss der Länder, nach dem Vorbild der Schweizer Verfassung, errichtet werden sollte. Die ersten beiden Varianten standen im Streit zwischen den politischen Parteien der Konstituierenden Nationalversammlung 1919, letztere war der Vorschlag der Länder¹²⁸. Dass es in Österreich faktisch nicht möglich sein würde, diese divergierenden politischen Kräfte zeitnah zusammenzuschließen und mit einer einheitlichen Verfassung zu verbinden, war abzusehen. Um der wachsenden Gefahr einer mittelalterlichen Aufteilung des Landes in unterschiedliche Teilstaaten entgegen zu wirken, gelang es der Konstituierenden Nationalversammlung bis September 1920 schließlich, das Bundesverfassungsgesetz (B-VG) zu beschließen und die Republik Österreich nach Artikel 2 B-VG als föderalistischen Bundesstaat einzurichten. Über viele verfassungsrechtliche Fragen, wie etwa einen einheitlichen Grundrechtskatalog oder die Gemeindeverfassung, konnte aber keine politische Einigung gefunden werden¹²⁹. Diese blieben daher zunächst offen und wurden in einzelnen Verfassungsnovellen später ergänzt und die Verfassung somit erweitert. Die Rechtsgrundlage dafür bildete das Verfassungs-Übergangsgesetz¹³⁰, nachdem der Übergang Österreichs zum neuen demokratischen Verfassungssystem etappenweise vollzogen werden konnte¹³¹. Zum Verfassungsrecht im formellen Sinn gehören nach Art. 44 Abs. 1 B-VG allerdings nur solche Gesetze und Rechtsnormen, die vom Nationalrat bei Anwesenheit von mindestens der Hälfte der Mitglieder, mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen, beschlossen und ausdrücklich als Verfassungsgesetze oder Verfassungsbestimmungen bezeichnet wurden¹³². Diese Verfassungstexte findet man aber, im Gegensatz zur deutschen Verfassung, mit dem Grundgesetz nicht in einer abschließenden Urkunde, sondern in vielen Verfassungsrechtsquellen verteilt.

Nach dem Ende der Okkupation durch das Deutsche Reich von März 1938 bis April 1945, hatten sich die Vertreter der Sozialistischen Partei Österreichs (SPÖ), der Österreichischen

¹²⁷ *Neschwara*, in: Rechts- und Verfassungsgeschichte – Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, in: *Kohl/Neschwara/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schlennach* (Hrsg.), Rdnr. 1813

¹²⁸ *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 290 mit weit. Nachw.

¹²⁹ Vgl. *Neschwara*, in: Rechts- und Verfassungsgeschichte – Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, in: *Kohl/Neschwara/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schlennach* (Hrsg.), Rdnr. 1827

¹³⁰ VÜG 1920, BGBl. Nr. 2

¹³¹ *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 293 mit weit. Nachw.

¹³² Vgl. dazu *Berka*, Verfassungsrecht – Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, Rdnr. 65

Volkspartei (ÖVP) und der Kommunistischen Partei Österreich (KPÖ), bereits vor Kriegsende zu einer Provisorischen Staatsregierung zusammengeschlossen, die zunächst allerdings nur von den sowjetischen Besatzern akzeptiert wurde. In der *Unabhängigkeitserklärung* vom 27. April 1945 verkündeten die Vorstände der drei Parteien die Wiederherstellung der Republik Österreich und ihrer Einrichtungen im Geiste der Verfassung von 1920¹³³. Die *Unabhängigkeitserklärung* beruhte auf dem Gedanken einer *Kontinuität*. Danach war die Republik Österreich durch den Anschluss an das Deutsche Reich nicht untergegangen, sondern lediglich handlungsunfähig geworden und bestand als Völkerrechtssubjekt weiter fort¹³⁴. Aus diesem Grund war es 1945 in Österreich nicht notwendig, eine Nationalversammlung einzuberufen und eine neue Verfassung zu entwerfen. Vielmehr kehrte man auf dem Boden der Kontinuitätstheorie konsequent zur Verfassungsrechtslage von 1920/29 zurück¹³⁵.

Die Bundesverfassung von 1920 in der Fassung von 1929 setzt, wie jede liberal- und rechtsstaatliche Verfassung, bestimmte Staatsorgane, Strukturen und Staatsfunktionen voraus. Dazu gehört ein vom Volk gewähltes Parlament sowie eine an das Gesetz und Recht gebundene Verwaltung, die nach den Grundsätzen der Gewaltenteilung von einer unabhängigen Justiz kontrolliert und beschränkt wird¹³⁶. Diese Voraussetzungen der österreichischen Bundesverfassung nach 1945 wiederherzustellen, war die Aufgabe der Provisorischen Staatsregierung. Bis zum Zusammentritt einer in freien Wahlen gewählten Volksvertretung, übte die Regierung deshalb die Gesetzgebung sowie die oberste staatliche Vollziehung sowohl auf Bundes- als auch auf Länderebene aus. Die Staatsgewalten der Legislative und der Exekutive waren in einer Hand vereint. Die Provisorische Staatsregierung bestand im Wesentlichen aus dem Staatskanzler als Vorsitzenden und aus den Staatssekretären, die regelmäßig mit der ressortmäßigen Leitung eines Staatsamts betraut waren, den späteren Bundesministerien¹³⁷. Die verfassungsrechtliche Legitimation dieser besonderen Überleitungsphase bildete die *Vorläufige Verfassung* vom 1. Mai 1945. Diese sollte sechs Monate nach dem Zusammentritt der ersten demokratisch gewählten Volksvertretung wieder außer Kraft treten, was am 19. Dezember 1945 mit der ersten Sitzung des Nationalrats und der Wahl von Karl *Renner* zum Bundespräsidenten auch geschehen ist. Ab diesem Tag galt in

¹³³ Zu den sonstigen Deklarationen vgl. *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 29 mit weit. Nachw.

¹³⁴ Zum Theorienstreit zwischen Okkupations- und Annexionstheorie vgl. *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 30 mit weit. Nachw.

¹³⁵ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 367

¹³⁶ Zur Gewaltenteilung in Österreich vgl. etwa *Öhlinger/Eberhardt*, Verfassungsrecht, Rdnr. 616 ff.

¹³⁷ Vgl. *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 30

Österreich wieder das B-VG in der Fassung, die es durch die Verfassungsnovelle von 1929 erhalten hatte¹³⁸.

bb) Auch die gesellschaftspolitische Situation Österreichs war nach dem Ende des zweiten Weltkriegs in vielerlei Hinsicht komplexer als die Deutschlands, weil schon die staats- und völkerrechtliche Ausgangslage, nach der Eingliederung in das Deutsche Reich 1938, eine andere war.

Durch den Anschluss ist Österreich im Deutschen Reich aufgegangen und verschwand damit bis 1945 von der politischen Landkarte. Diese Maßnahme wurde von den Alliierten als eine gewaltsame Annexion eingestuft, bildete zugleich aber die Basis für den 1943 in Moskau kreierten *Opferstatus* Österreichs. Tatsächlich ist der Anschluss an das Deutsche Reich von vielen Österreichern gewünscht oder sogar herbeigesehnt worden¹³⁹. Es ist sogar nicht einmal unwahrscheinlich, dass es die nationale Trennung zwischen Deutschen und Österreichern, in den Köpfen vieler Anhänger des Nationalsozialismus, 1938 schon nicht mehr gegeben hat. Wer „Deutscher“ war oder überhaupt sein konnte, bestimmte sich schließlich nach anderen Maßstäben und Kriterien. Die Ländergrenze zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Österreich war dafür nicht entscheidend. Da es den Alliierten, insbesondere den Amerikanern, 1945 aber darauf ankam, alle Deutschen zu entnazifizieren und einer umfassenden politischen Überprüfung zu unterziehen, war es in dieser Hinsicht möglicherweise unzweckmäßig, die nationale Grenze vorher wieder „aufzubauen“ und Österreich damit aus seiner Verantwortung herauszunehmen. Wie bereits ausgeführt, dürften Alternativen dazu aber nicht bestanden haben.

Als Kriegsoffer war auch die staatsrechtliche Frage nach der *Kontinuität Österreichs* eigentlich entschieden: Die Alliierten waren gerade bestrebt, die Folgen des NS-Regimes rückgängig zu machen. Da man sich über die Rolle Österreichs einig war, konnte dies nur bedeuten, auch den Anschluss und alle damit einhergehenden verfassungsrechtlichen Rechtsfolgen zwischen 1938 und 1945 als nichtig zu erachten. Deshalb lag es nahe, die Kontinuität des Staates Österreich anzunehmen, also sein staats- und völkerrechtliches Fortbestehen über 1938 hinaus. Dessen Untergang anzunehmen, würde bedeuten, den Nationalsozialisten unnötigerweise einen „Teilerfolg“ zubilligen. Interessant ist jedenfalls, dass zur Zeit des Anschlusses 1938 die sog. *Untergangstheorie* sowohl die Ansicht der deutschen als auch der österreichischen Bundesregierung war und bis 1943 auch überwiegend im Ausland vertreten wurde¹⁴⁰. Erst 1945 wurde sie zur Mindermeinung und

¹³⁸ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 381

¹³⁹ Vgl. *Rauchensteiner*, Der Sonderfall, S. 47

¹⁴⁰ *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 262

von der sog. *Okkupationstheorie* verdrängt, wonach die Republik Österreich 1938 nicht untergegangen, sondern lediglich handlungsunfähig geworden sei¹⁴¹.

Kontinuität bedeutet jedenfalls grundsätzlich auch eine *personelle Übereinstimmung*. Sie legitimiert damit einen Anspruch auf Ein- bzw. Wiedereinstellung für alle ehemaligen Staatsbediensteten. Insoweit bildete die Entnazifizierung eine Kontrollinstanz, die dafür Sorge trägt, dass vormalige Nationalsozialisten nicht wieder in den Staatsdienst gelangen. Gerade für die Richterschaft ist dies von Bedeutung, da diese durch die richterliche Unabhängigkeit verfassungsrechtlich besonders geschützt ist (vgl. Art. 97 i.V.m. Art. 92 GG sowie Art. 87, 88 B-VG und Art. 41 Abs. 2 der *Vorläufigen Verfassung*)¹⁴². Ein Versagen bei der Entnazifizierung der Richter war daher kaum mehr rückgängig zu machen, wenn diese nach 1945 (obwohl möglicherweise NS-belastet) weiterverwendet wurden oder neu in den Staatsdienst gelangten. Diese Problematik stellt sich für Österreich wie für Deutschland gleichermaßen, allerdings mit einem entscheidenden Unterschied:

Deutschland hatte ca. ¼ seines ehemaligen Staatsgebietes verloren. Eine ungefähr ebenso große Anzahl ehemaliger Staatsbediensteter flüchtete folglich in den Westen und versuchte dort, Ansprüche auf Wiedereinstellung geltend zu machen. In diesem Zusammenhang tauchte die Frage nach dem Fortbestand des Deutschen Reichs, über den 8. Mai 1945 hinaus, auch erstmals vor deutschen Gerichten auf¹⁴³. Sofern man diese Frage mit der Rechtsprechung¹⁴⁴ und der überwiegenden Staatsrechtslehre¹⁴⁵ bejaht, herrschte kein Personalmangel an Staatsbeamten und Richtern, sondern eigentlich ein Überschuss. In Deutschland erhielt der Konflikt zwischen der Entnazifizierung auf der einen und dem Aufbau eines funktionsfähigen Staats- und Verwaltungsapparats auf der anderen Seite damit eine unmittelbare finanz- und wirtschaftspolitische Note. Im Streit stand schließlich, ob den ehemaligen Staatsdienern ein Anspruch auf ihre Versorgungsbezüge zustand. Dies war definitiv nur dann ausgeschlossen, sofern die betreffenden Personen bei der Entnazifizierung in die Kategorie der *Hauptschuldigen* eingeordnet werden konnten.

¹⁴¹ Zur Frage über die Geltung der Annexions- oder Okkupationstheorie vgl. *Adamovic*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts S. 38 ff. mit weit. Nachw.

¹⁴² Dazu statt Vieler *Maurer*, Staatsrecht I, § 19 Rdnrn. 17 ff.; *von Münch*, Staatsrecht Bd. 1, Rdnrn. 34, 133, 421; *Schilken*, Die Sicherung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt, JZ 2006, S. 860 ff.; *Huber*, P. M./*Storr*, Gerichtsorganisation und richterliche Unabhängigkeit in Zeiten des Umbruchs, ZG 2006, S. 105 ff.; *Gröschner*, Reichweite richterlicher Inamovibilität im Verfassungsstaat des GG, 2005; *Haberland*, Problemfelder für die richterliche Unabhängigkeit, DRiZ 2002, S. 301 ff.; *Papier*, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089 ff.

¹⁴³ Vgl. etwa Dienststrahof beim Personalamt des Vereinigten Wirtschaftsgebietes, Urt. v. 30.05.1949, DÖV 1949, S. 354; BVerfGE 2, S. 237, 250; BVerfGE 2, S. 266, 277; BVerfGE 3, S. 58, 88 ff.

¹⁴⁴ Vgl. BGHZ 13, S. 265, 296 ff.

¹⁴⁵ *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 27 ff.

Anderenfalls musste man sich darauf einstellen, ganze Scharen von ehemaligen Beamten und Richtern möglicherweise nachträglich für nichts bezahlen zu müssen, obwohl man sie bewusst –trotz vorhandener Stellen- nicht eingestellt hatte. Politisch und finanziell wäre diese Position, bei der damaligen Wirtschaftslage in Deutschland, kaum haltbar gewesen.

Zusammenfassend kann jedenfalls festgehalten werden, dass sich die Alliierten über die Zukunft Deutschlands lange Zeit uneins waren und 1948 schließlich sogar begannen, unterschiedliche Wege zu gehen, während die Entwicklung in Österreich ganz anders verlief. Die Provisorische Staatsregierung, unter der Führung Dr. Karl *Renners*, erhielt bereits 1945, zwar zunächst unter Vorbehalt, die volle Gesetzgebungs- und Vollzugsgewalt für das besetzte Österreich anvertraut. Diese nahm umgehend ihre Arbeit auf. Mit dem Verfassungs-Überleitungsgesetz (V-ÜG 1945) trat am 1. Mai 1945 die österreichische Verfassung von 1920 in der Fassung von 1929 wieder in Kraft, während für die kurze Übergangszeit bis Dezember 1945 allerdings eine *Vorläufige Verfassung* erlassen wurde, welche die Maßnahmen der Provisorischen Staatsregierung verfassungsrechtlich legitimierte. Zugleich schloss man mit dem Rechts-Überleitungsgesetz (R-ÜG 1945) an die bis 1933 bestehende österreichische Rechtsordnung an, löste mit dem Behörden-Überleitungsgesetz (B-ÜG 1945) sämtliche Behörden und Einrichtungen des Deutschen Reichs auf und leitete deren Geschäfte auf die österreichische Behördenorganisation vor 1938 über. Durch das Gerichtsorganisationsgesetz (GOG) wurde die am 13. März 1938 bestandene Gerichtsorganisation, die staatsanwaltschaftlichen Behörden und die sonstigen Justizeinrichtungen Österreichs wiederhergestellt.

Entnazifizierung ist daher schon von der Begriffsbestimmung eine für Österreich *eher unpassende Bezeichnung*. Dies liegt vornehmlich daran, dass deren Inhalt, Art und Vorgehensweise von den Alliierten erst in der *Potsdamer Konferenz* im August 1945 festgelegt wurde. Zu dieser Zeit hatte Österreich schon wieder eine Zentralregierung. Im Übrigen verstand man gemeinhin unter dem von den Alliierten in Potsdam verkündeten Programm, der sogenannten vier D's (democratisation, demilitarisation, deindustrialisation, denazification), Maßnahmen, die „von außen“ kommen sollten. In Österreich wurde die „Entnazifizierung“ dagegen von der Regierung selbst vollzogen. Natürlich arbeitete sie dabei eng mit den Alliierten und deren Entnazifizierungsbüro zusammen¹⁴⁶. Das ändert aber nichts an der Tatsache, dass die Verantwortung für deren Erfolg oder Misserfolg bei der Regierung und damit beim „Staat“ Österreich selbst lag.

¹⁴⁶ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 22

So wurde die NSDAP durch Gesetz vom 8. Mai 1945 verboten (Verbotsgesetz)¹⁴⁷, die Legitimation für die *Sonderkommissionen* für bestimmte Berufsgruppen erteilt, und durch das Kriegsverbrechergesetz vom 26. Juni 1945¹⁴⁸ eine zusätzliche Rechtsgrundlage zur strafrechtlichen Verfolgung nationalsozialistischer Straftaten erlassen. Der Staatskanzler war durch das Behörden-Überleitungsgesetz dazu ermächtigt, einen *Liquidator* zu benennen, der sämtliche Behörden und Einrichtungen des Deutschen Reichs auflöst und dafür Sorge trägt, dass belastetes Personal nicht übernommen wird. Eine ausschließlich von den Besatzungsmächten ausgehende Überprüfung der österreichischen Bevölkerung, wie in Deutschland, gab es mit der Anerkennung der Provisorischen Staatsregierung nicht mehr.

Entscheidend ist also, dass die Entnazifizierung für Österreich ein Selbstreinigungsprozess war. Ganz anders in Deutschland: Hier mangelte es bereits an den demokratischen und rechtsstaatlichen Grundvoraussetzungen, welche durch die Entnazifizierung erst hergestellt werden sollten. Dementsprechend ist auch die Akzeptanz in beiden Ländern völlig unterschiedlich. Für Österreich sind Fragen nach dem Ergebnis der Entnazifizierung nicht nur unweigerlich mit Selbstkritik verbunden, sie sind auch ein Politikum. Mängel bei der Strafverfolgung ehemaliger Nationalsozialisten sind unmittelbar auf die Strafverfolgungsbehörden, die Gerichte oder das Rechtssystem zurückzuführen. Damit war Kritik an der Entnazifizierung keine gesellschaftliche, sondern eine politische Debatte. Sie tauchte daher auch erstmals bei den politischen Revolten der 1968er auf.

In Westdeutschland sind die Entnazifizierung und die Zeit zwischen 1933 und 1945 keine rein politische Debatte, sondern immer zugleich eine persönliche und gesellschaftliche Diskussion. Da sie aber von den Alliierten angestoßen und anfangs auch ausschließlich durch diese durchgeführt wurde, ist sie im Nachhinein natürlich der deutschen Kritik leichter zugänglich als in Österreich.

Was die Rechtsordnung angeht, sind die Erfahrungen der Weimarer Republik und der Nazidiktatur nach 1945 in Deutschland verarbeitet worden. So war man bei sämtlichen staatlichen Wiederaufbaumaßnahmen, sowohl auf Länder-¹⁴⁹ als später auch auf Bundesebene, darum bestrebt, die Prinzipien eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats sowie die Verbindlichkeit der Grundrechte unabdingbar in den Verfassungen zu verankern¹⁵⁰. In Österreich war dies nicht erforderlich. Im Hinblick auf die Annexion durch

¹⁴⁷ StGBI. Nr. 13/1945

¹⁴⁸ StGBI. Nr. 32/1945

¹⁴⁹ Vgl. v. *Braunschweig*, Verfassungsentwicklung in den westlichen Bundesländern, S. 69

¹⁵⁰ Vgl. etwa: *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar. Art. 79 Rdnr. 6 mit weit. Nachw.

die Nationalsozialisten konnte man der österreichischen Verfassung 1938 kein Versagen vorwerfen.

3. Hinreichende Zulänglichkeit des empirischen Materials?

Da es sich vorliegend um eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung handelt, in der vordergründig und verallgemeinernd die staats- und verfassungsrechtlichen Folgen der Entnazifizierung für das Dienstverhältnis der Richter behandelt werden, war die Quellenforschung nicht sonderlich problematisch. In beiden Ländern sind die Art und Weise, Umfang und Durchführung der Entnazifizierung ausführlich dokumentiert. Ebenso verhält es sich mit den theoretischen Streitigkeiten über die Untergangs- oder Fortbestandstheorien. Die Einsichtnahme in Personalakten ehemaliger Richter ist aus datenschutzrechtlichen Gründen in Deutschland, im Gegensatz zu Österreich, teilweise, selbst zu wissenschaftlichen Zwecken, allerdings immer noch problematisch.

III. Beschränkung des Untersuchungsgegenstands auf die Weiterverwendung und die Wiedereinstellung von Richtern

Die Beschränkung dieser Untersuchung auf den Berufsstand der Richter erfolgt aus zwei Gründen. Es wurde bereits darauf hingewiesen¹⁵¹, dass die Ausbildung zum Volljuristen mit der Befähigung zum Richteramt ein komplizierter und vor allem langwieriger Prozess ist. In Deutschland nahmen aber in den westlichen Besatzungszonen, teilweise schon im Juni 1945, die ersten Amts- und Landgerichte ihren Betrieb wieder auf¹⁵². In Österreich gab es in manchen Bezirken keine Unterbrechung¹⁵³. Was das Justizsystem anbelangt, stand man nach 1945 somit vor einem praktisch kaum zu bewältigenden Personal- und Verwaltungsproblem, sofern man nicht bereit war, sich bei der Entnazifizierung der ehemaligen Richter auf Kompromisse einzulassen. Dass es solche Kompromisse in beiden Ländern gegeben hat und etliche vorbelastete Richter wieder in den Justizdienst gelangten, ist heute unbestritten¹⁵⁴. Entscheidend ist aber, dass bei der Richterschaft, im Gegensatz zu den Beamten, keine hinreichende Alternative bestand. Aufgrund der benötigten Ausbildung, konnte man Richter schließlich nicht einfach „produzieren“¹⁵⁵. Dennoch hatten

¹⁵¹ Sie oben: A, I, Nr. 2

¹⁵² *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 204 mit weit. Nachw.

¹⁵³ *Stadler*, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 119 mit weit. Nachw.

¹⁵⁴ Gute Übersicht bei *Rottleuthner*, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, S. 117 ff.

¹⁵⁵ Zur Herkunft des Begriffs: *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 152 mit weit. Nachw.

die Alliierten, gerade bei den Richtern, besondere Vorbehalte und bestanden nicht nur in Deutschland, sondern auch in Österreich – ausnahmsweise sogar ausdrücklich – auf einer strengen Handhabung und Durchführung der Entnazifizierung¹⁵⁶. Durchhalten konnten sie diese Linie jedoch in beiden Ländern nicht¹⁵⁷. Nirgendwo anders, als im Bereich der Rechtsprechung, dürfte daher das Spannungsverhältnis zwischen Funktionsfähigkeit des Staatsapparats und Entnazifizierung so eklatant gewesen sein; es gab praktisch keine realistische Alternative.

Doch gibt es einen anderen, verfassungsrechtlich gebotenen Umstand, der es interessant und erforderlich macht, sich bei der Untersuchung von Verfahren und Methoden der Entnazifizierung auf die Richterschaft zu konzentrieren. Dies zeigt ein Vergleich mit der aus funktionalen Gründen unterschiedlichen Ausgestaltung des Dienstrechts zwischen der Richterschaft und den Staatsbeamten. Sowohl in Österreich als auch in Deutschland wurde erst Anfang der 1960er Jahre ein, ausschließlich die Stellung des Richters regelndes, *Dienstrecht* erlassen. Zuvor waren gesetzliche Bestimmungen über das Dienstverhältnis vereinzelt in verschiedenen Gesetzen verteilt und allgemein an das Beamtenrecht angelehnt¹⁵⁸. Die Pervertierung von Recht und Gesetz während der Nazizeit hatte aber gezeigt wie notwendig es war, die Richterschaft auch dienstrechtlich von der öffentlichen Verwaltung zu trennen. Das historisch hart erkämpfte Recht auf *richterliche Unabhängigkeit* wurde im Nazistaat zeitnah aufgelöst¹⁵⁹. Sämtliche Richter sahen sich von nun an staatlichen Eingriffen, Weisungen und Verfolgungen aus politischen oder rassistischen Gründen ausgesetzt¹⁶⁰.

In Österreich wurde der Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit – ohne äußere Beeinträchtigungen durch das NS-Regime – bereits 1934 zwar nicht formell abgeschafft, weil sich an dem Wortlaut der „ständestaatlichen Verfassung“¹⁶¹ zu der Vorgängerbestimmung in Art. 87 Abs. 1 B-VG nicht viel verändert hatte. Gleichwohl ist die institutionelle Absicherung der Gerichtsbarkeit gegenüber politischen Eingriffen beseitigt worden, da nach § 28 V-ÜG 1934¹⁶² bis zum 30. Juni 1935 [...] *Richter, ohne dass es eines gerichtlichen Erkenntnisses bedarf, von Amts wegen an eine andere Stelle oder in den zeitlichen oder dauernden Ruhestand versetzt werden, wenn ihr Verbleiben auf ihrem*

¹⁵⁶ Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945-1949, S. 98; Übersichtlich bei Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 151 ff. mit weit. Nachw.

¹⁵⁷ Müller, Furchtbare Juristen, S. 210 ff.; Ausführlich für die Entnazifizierung der Justiz in Österreich, vgl. Stadler, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 126 ff. mit weit. Nachw.

¹⁵⁸ Schmidt-Räntsch, Kommentar zum Deutsches Richtergesetz (DRiG), S. 36-37, 40 f.; Spehar/Fellner, RDG und GOG, S. XIII mit weit. Nachw.

¹⁵⁹ Schmidt-Räntsch, Kommentar zum DRiG, S. 37 mit weit. Nachw.

¹⁶⁰ Vgl. Braun/Falk, Die deutschen Richter im Jahre 1933, in: Form/Schiller/Seitz (Hrsg.), NS-Justiz in Hessen, Verfolgung – Kontinuitäten – Erbe, S. 21 ff. mit weit. Nachw.

¹⁶¹ BGBl. Nr. 1/1934

¹⁶² BGBl. II Nr. 75/1934

*Dienstposten oder im richterlichen Dienste überhaupt dem Ansehen der Rechtspflege offenbar zum Abbruch gereichen, insbesondere die Unparteilichkeit der Rechtsprechung nicht mehr gewährleisten würde*¹⁶³. Diese Verfügungen waren organisatorisch vom Bundesjustizministerium und damit von einem Exekutivorgan, nach Anhörung des Präsidenten des OGH oder des jeweiligen OLG, zu treffen. Die, dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit dienenden, Garantien der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit waren damit praktisch ausgehebelt¹⁶⁴.

Nach dem Ende der Okkupation 1945 wurde in Österreich mit dem ersten Verfassungs-Überleitungsgesetz (V-ÜG 1945)¹⁶⁵ das B-VG 1920 in der Fassung von 1929 wieder in Kraft gesetzt. Damit galten grundsätzlich auch wieder die Bestimmungen über die richterliche Unabhängigkeit und das Verbot vor Amtsenthebung und Versetzung im Sinne von Art. 87 Abs. 1 B-VG und Art. 88 Abs. 2 B-VG. Auch für die Übergangszeit, bis zur Wiedererrichtung sämtlicher Verfassungsorgane des B-VG, waren diese Garantien in den §§ 40, 41 Abs. 2 der *Vorläufigen Verfassung* gewährleistet.

In Deutschland kodifizierten die Landesverfassungen der Bundesländer bereits ab 1946 das Richterprivileg ausdrücklich und 1949 fand es Eingang ins Grundgesetz¹⁶⁶. Die endgültige Loslösung des Richterstatus vom Beamtenrecht stellt damit den Schlusspunkt einer langen historischen Entwicklung dar¹⁶⁷, die mit der Französischen Revolution begonnen und mit den 12 Jahren des NS-Regimes ein trauriges Ende gefunden hatte¹⁶⁸.

Es braucht an dieser Stelle nicht betont zu werden, welchen enormen Stellenwert die richterliche Unabhängigkeit in einem Rechtsstaat hat. In der jüngeren Vergangenheit wurde dies an den heftigen politischen Auseinandersetzungen in Polen und der massenhaften Entlassung von Richtern in der Türkei besonders deutlich. Neben der verfassungsrechtlichen Garantie der Unabhängigkeit in Art. 97 GG und Art. 87, 88 B-VG, dienen ihr zahlreiche einfachgesetzliche Regelungen. Rechtsprechung sowie Wissenschaft, ebenso wie die Medien, mit ihrer die öffentliche Meinung prägenden Funktion, sind bei etwaigen Eingriffen in die richterliche Unabhängigkeit gleichermaßen sensibilisiert¹⁶⁹. Sie gehört zu den „tragenden Grundsätzen des Verfassungsrechts“¹⁷⁰ und

¹⁶³ Zitiert nach *Reiter-Zatloukal*, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, in: BRGÖ 2016, S. 434 mit weit. Nachw.

¹⁶⁴ Ausführlich dazu *Reiter-Zatloukal*, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, in: BRGÖ 2016, S. 424 ff. mit weit. Nachw.

¹⁶⁵ StGBI. Nr. 4/1945

¹⁶⁶ Vgl. zur verfassungsrechtlich gewährleisteten sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit der Richter die Nachweise oben, A., II., 2.

¹⁶⁷ Übersichtlich bei: *Hattenhauer*, Geschichte des Beamtentums Bd. I, S. 283 ff.

¹⁶⁸ Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 291

¹⁶⁹ Vgl. *Heussen*, Richterliche Berufsethik aus der Sicht eines Rechtsanwalts, NJW 2015, S. 1927 ff.

¹⁷⁰ BVerfGE 2, S. 307, 320

ist im Mindesten eine Konkretisierung der Gewaltenteilung und des Rechtsstaatsprinzips¹⁷¹. Im Gegensatz zu Art. 102 WRV, ist sie über Art. 79 Abs. 3 GG einer Verfassungsänderung entzogen¹⁷². Und dennoch wirft die Zeit des Nationalsozialismus und der Entnazifizierung nach 1945 einen Schatten über sie.

Diese Form der Etablierung der Unabhängigkeit des Richters war eine besondere Reaktion auf den Nationalsozialismus und diente auch dazu, ein verfassungsrechtliches Bollwerk gegen ein erneutes Aufkeimen eines Unrechtsstaats zu bilden. Die Trennung der Staatsgewalten bzw. Staatsfunktionen ergibt schließlich nur dann einen Sinn, wenn gesichert ist, dass die jeweils handelnden Organe vor Übergriffen der anderen geschützt sind. An keiner anderen Stelle dürften sich die theoretischen Bestrebungen, demokratische Strukturen aufzubauen und zugleich (praktisch) auf nationalsozialistisch belastete Personen angewiesen zu sein, so unmittelbar gegenübergestanden haben wie im Bereich der Rechtsprechung. Sowohl in Österreich wie auch in Deutschland führt damit die praktische Umsetzung der Entnazifizierung der Richterschaft zu einem *verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis*. Waren belastete Nationalsozialisten erst einmal wieder als Richter tätig, konnten sie den Schutz ihrer Unabhängigkeit für sich in Anspruch nehmen und der Entnazifizierung entgegenhalten. Durch diese Umkehr schützte die richterliche Unabhängigkeit letztlich das, was zu bekämpfen sie eigentlich bezwecken sollte.

Diesem *verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis* zwischen den Prinzipien des demokratischen und sozialen Rechtsstaats sowie des Gewaltenteilungsprinzips mit der besonderen Hervorhebung richterlicher Unabhängigkeit einerseits und der Notwendigkeit effizienter Entnazifizierung andererseits, ist in den bisherigen wissenschaftlichen Untersuchungen nicht die nötige Aufmerksamkeit geschenkt worden. Dies überrascht umso mehr, als rechtsnormative Zielkonflikte oder gar Kollisionen auf den unterschiedlichen Rechtsebenen, insbesondere im Verfassungsrecht, seit langem in Rechtsprechung und Schrifttum diskutiert werden¹⁷³. Insoweit hängt die Auflösung des Spannungsverhältnisses bzw. des Zielkonflikts entscheidend davon ab, ob es möglich ist, die Entnazifizierung von der Demokratisierung zu trennen oder ob die Entnazifizierung zwangsläufig einer

¹⁷¹ Wassermann in: Wasserman, Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 97 Rdnr. 14 mit weit. Nachw.

¹⁷² Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. V., Art. 97 Rdnr. 3

¹⁷³ Vgl. statt Vieler Schneider, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten – Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles; Fohmann, Konkurrenzen und Kollisionen im Verfassungsrecht – Studie zur Operationalisierung spezifischer Rechtsanwendungsmethoden und zur Konstruktion einer rechtsorientierten Argumentationstheorie; Maurer, Staatsrecht I., § 1 Rdnr. 62; von Münch, Staatsrecht Bd. 1, Rdnrn. 579 ff.: zur Kollision von Bundes- und Landesrecht; von Mutius, Zum Verhältnis von gleichlautendem Bundes- und Landesverfassungsrecht, VerwArch. 66 (1975), S. 161 ff..

erfolgreichen Demokratisierung vorausgehen muss. Dieser Frage soll hier, unter Berücksichtigung der rechtlichen, tatsächlichen, politischen und gesellschaftlichen Umstände der damaligen Zeit, nachgegangen werden. Insbesondere geht es sowohl in Deutschland als auch in Österreich darum, ob die praktische Durchführung der Entnazifizierung der Richterschaft den verfassungsrechtlich gewährleisteten rechtsstaatlichen Anforderungen genügt hat.

B. Entnazifizierung der Richterschaft in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich

I. Organisation und Ablauf der Entnazifizierung

1. Begriff, Funktion und Ziele der Entnazifizierung

Wenngleich vielfach dieselben Aussagen getroffen und die gleichen Ansätze verfolgt werden, existiert keine einheitliche und allgemeingültige Begriffsdefinition der Entnazifizierung (*engl. denazification*)¹⁷⁴. Erst recht gibt es bei den zahlreichen Definitionsversuchen keine Unterscheidung zwischen den möglicherweise abweichenden Begriffsverständnissen in Deutschland und Österreich¹⁷⁵. Der Begriff selbst ist die geistige Schöpfung eines Politologen aus dem Stab des politischen Beraters von General Eisenhower. Dieser war angestellt in der für Direktiven des Generalstabs zuständigen Redaktion Eisenhauers und befand sich im April 1945 auf der Suche nach einer geeigneten Überschrift für die zu veröffentlichenden amerikanischen Besatzungsdirektiven¹⁷⁶. Mit seiner Wortschöpfung „Denazification“ fasste er neun Aufgabenbereiche zusammen, die von der Auflösung der NSDAP, der Ausmerzung des Nationalsozialismus aus deutschen Gesetzen und Verordnungen, über die Abschaffung von NS-Symbolen, Straßennamen und Denkmälern, der Beschlagnahme des Vermögens und der Unterlagen der NSDAP, dem Verbot aus der NS-Herrschaft herrührenden Privilegien, der Internierung von NS-Führern, der Ausschließung von mehr als nur nominellen Mitgliedern der NSDAP vom öffentlichen Leben, der Unterbindung von NS-Indoktrination in jeder Form und dem Verbot von Paraden und NS-Demonstrationen reichten¹⁷⁷.

¹⁷⁴ Vgl. etwa *Creifelds*, Rechtswörterbuch, S. 378

¹⁷⁵ Zur Entnazifizierung in Österreich umfassend vgl. *Schuster/Weber* in: *Schuster/Weber* (Hrsg.), *Entnazifizierung im regionalen Vergleich*, S. 15 ff. mit weit. Nachw.

¹⁷⁶ *Niethammer*, *Entnazifizierung in Bayern – Säuberung und Rehabilitierung unter amerikanischer Besatzung*, S. 11, 12

¹⁷⁷ *Niethammer*, *Entnazifizierung in Bayern – Säuberung und Rehabilitierung unter amerikanischer Besatzung*, S. 12; vgl. *Schuster/Weber* in: *Schuster/Weber* (Hrsg.), *Entnazifizierung im regionalen Vergleich*, S. 16 ff.

Der Begriff ist unbestimmt und bleibt der Interpretation zugänglich¹⁷⁸, weil er in seiner ursprünglichen Form mehrheitlich als Synonym für die politische Säuberung der deutschen und österreichischen Nachkriegsgesellschaft nach dem Ende der NS-Herrschaft verwendet wurde, gleichzeitig aber sämtliche Bereiche des gesellschaftlichen und öffentlichen Lebens zu erreichen hatte¹⁷⁹. So kann er für die umfassenden Personalsäuberungen nach 1945 in den westlichen Besatzungszonen in Deutschland und in Österreich ebenso verwendet werden, wie für die staatlichen Umbau- und Umerziehungsmaßnahmen in der sowjetischen Besatzungszone in Deutschland, wenngleich der Begriff wegen seiner amerikanischen Urheberschaft hier von den Verantwortlichen vermieden wurde.

Ausgehend von der Wortbedeutung stellt die Entnazifizierung das Gegenteil der „Nazifizierung“ dar, wie es sie in Deutschland spätestens ab 1933 und in Österreich allerspätstens ab 1938 gegeben hat. Diese sollte rückgängig gemacht werden.

Die Nationalsozialisten unterwarfen sukzessive die von ihnen besetzten Länder ihrer verqueren politischen Ideologie eines totalitären Führerstaates¹⁸⁰. Angetrieben von Rassenwahn, Sozialdarwinismus, übersteigertem Idealismus und Militarismus, fand das menschliche Individuum seine Bedeutung ausschließlich in seiner Unterordnung unter das vom Führer bestimmte Allgemeinwohl¹⁸¹. Der Nationalsozialismus war eine totale Bewegung, die Staat und Volk untrennbar miteinander zu verbinden suchte und insoweit keine abweichenden Vorstellungen oder gar Widerstand zuließ. Damit war sie das Gegenteil des Liberalismus, der gerade auf einer Trennung von Staat und Gesellschaft beruht und seine Begründung in der besonderen Wertschätzung des einzelnen Individuums findet¹⁸². Dieser liberalstaatliche Ansatz war historisch hart erkämpft und hatte eine lange Geschichte in den Verfassungen der USA, Englands, Frankreichs¹⁸³ und war darüber hinaus in der Tradition des Entwurfs der Paulskirchen-Verfassung¹⁸⁴ auch in der Weimarer Reichsverfassung¹⁸⁵ und der österreichischen Verfassung von 1920 verankert¹⁸⁶. Die

¹⁷⁸ Zum Wandel des Begriffsverständnis der Entnazifizierung im Laufe der Jahre vgl. den Beitrag von *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb*, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945-1955, S. 28

¹⁷⁹ *Schuster/Weber* in: *Schuster/Weber* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 17 mit weit. Nachw.

¹⁸⁰ Übersichtlich *Broszat*, der Staat Hitlers, S. 33 ff.; zur Ideologie des Nationalsozialismus lesenswert, *Braun*, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 147 ff.

¹⁸¹ *Grawert*, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR I, Rdnrn. 18, 19 mit weit. Nachw.

¹⁸² *Grawert*, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HStR I, Rdnr. 35 mit weit. Nachw.

¹⁸³ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rdnr. 18 ff.

¹⁸⁴ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 331

¹⁸⁵ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 517 mit weit. Nachw.

¹⁸⁶ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rdnr. 76

Entnazifizierung, verstanden als eine Abkehr und Rückgängigmachung der nationalsozialistischen Ideologie, musste daher zwangsläufig zu einer Renaissance liberaler und rechtsstaatlicher Werte führen. Da jedoch alle Nationen schon aus historischen Gründen von eigenen Wertvorstellungen und damit auch eigenen Staats- und Verfassungszielen geprägt sind, konnte es nicht verwundern, dass die Siegermächte bei der Entnazifizierung auf eigene Erfahrungen und ihr eigenes Verfassungsverständnis zurückgriffen mit der Folge, dass in ihren Besatzungszonen unterschiedliche Maßnahmen getroffen und andere Schwerpunkte gesetzt wurden.

Zutreffend wird zumeist differenziert zwischen der Entnazifizierung im weiteren und im engeren Sinne¹⁸⁷. Unter der Entnazifizierung im weiteren Sinne versteht man sämtliche Maßnahmen nach dem zweiten Weltkrieg zur Befreiung des politischen und sonstigen öffentlichen Lebens vom Nationalsozialismus. Über die Frage, „ob“ in diesem Sinne Deutschland grundlegend entnazifiziert werden müsse, waren sich die Alliierten bereits bei der Konferenz von Jalta im Februar 1945 einig¹⁸⁸. „Wie“ die Entnazifizierung allerdings praktisch vollzogen werden sollte – also die Entnazifizierung im engeren Sinne – darüber wurde einheitlich erst nach der Kapitulation bei der *Potsdamer Konferenz* im August 1945 befunden¹⁸⁹.

Sinnvoll erscheint es, bei der Entnazifizierung im engeren Sinne weiter zu unterteilen in eine rechtliche und eine personelle Form der Entnazifizierung¹⁹⁰. Dabei bedeutet *rechtliche* oder gesetzliche Entnazifizierung die Aufhebung sämtlicher nationalsozialistischen Gesetze, Rechtsverordnungen und sonstigen Normen, auch des Innenrechts (z.B. Verwaltungsvorschriften), die vorläufige Schließung aller Behörden und staatlichen Institutionen sowie die Auflösung der NS-Organisationen. Diese Form der Entnazifizierung ließ sich relativ unproblematisch bewerkstelligen. In *Deutschland* wurde sie vom Alliierten Kontrollrat koordiniert und durch entsprechende Beschlüsse und Verordnungen in den einzelnen Besatzungszonen durchgeführt. In *Österreich* oblag sie teilweise sogar bereits der Provisorischen Staatsregierung. Als wesentlich komplexer gestaltete sich dagegen die *personelle* Entnazifizierung. Die nationalsozialistischen Verbrecher aufzuspüren und zu bestrafen bedeutete einen ungeheuren Verwaltungsaufwand. Praktisch stand ein ganzes Volk unter Generalverdacht¹⁹¹. So ist es auch „nur“ jener Teil, der Entnazifizierung im

¹⁸⁷ Vgl. etwa *Creifelds*, Rechtswörterbuch, S. 378; *Tilch* (Hrsg.), Deutsches Rechtslexikon, Bd. I, S. 1205

¹⁸⁸ *Vollnhals*, Entnazifizierung, S. 7 mit weit. Nachw.; *von Münch*, Dokumente des geteilten Deutschlands, S. 8 ff.

¹⁸⁹ Vgl. Potsdamer Abkommen, Teil III, Sec. A, par. 3, 7, 12

¹⁹⁰ *Vollnhals*, Entnazifizierung, S. 7

¹⁹¹ Radiospot des US-Militärs: „Im Herzen, mit Leib und Seele, ist jeder Deutsche Hitler“, zitiert nach GEO Epoche Panorama Heft Nr. 3 (2014), Trümmerzeit und Wiederaufbau, S. 53; zum Fraternisierungsverbot ebenfalls: *Niethammer*, Entnazifizierung in Bayern, S. 140

engeren Sinne, welcher der allgemeinen Kritik ausgesetzt ist und sich den Vorwurf gefallen lassen muss, am Ende gescheitert zu sein. Ganz anders sieht es etwa bei der „rechtlichen“ Entnazifizierung aus. Zahlreiche gesetzliche Bestimmungen sind sowohl in Deutschland als auch in Österreich in der Zeit des Nationalsozialismus entstanden; sie wurden nach der notwendigen Überprüfung ihrer Vereinbarkeit mit liberalen und rechtsstaatlichen Vorstellungen nach 1945 übernommen bzw. sind ganz oder teilweise in Kraft geblieben¹⁹². Diese rechtliche oder gesetzliche Kontinuität ist, im Gegensatz zu der personellen Kontinuität nach 1945, von der Öffentlichkeit weitestgehend unbeachtet geblieben, so dass man diesbezüglich von einer erfolgreichen Entnazifizierung sprechen kann.

Insoweit muss bei den nachfolgenden Überlegungen bedacht werden, dass der Begriff der Entnazifizierung, wie dargelegt, unterschiedliche Interpretationen zulässt¹⁹³. Im Kontext mit dem Gegenstand der vorliegenden Untersuchung liegt es nahe, den soeben erwähnten engen, nämlich *personellen* Teilbereich der Entnazifizierung näher zu erörtern:

Die alliierten Besatzungsmächte ließen sich bei ihrem Handeln teilweise von deutlich unterschiedlichen Rechts- und Verfassungsverständnissen leiten. Sie hatten demgemäß verschiedene Vorstellungen, wie in den besetzten Territorien das gesellschaftliche und staatliche Gefüge organisiert werden sollte. Unter diesen Vorstellungen und Motiven litt freilich auch ihr jeweiliges Entnazifizierungsverständnis. So entschied man sich etwa in der *sowjetischen* Besatzungszone bereits im Oktober 1945, also noch vor dem Beginn der Nürnberger Prozesse, keine massenhafte Überprüfung von unbedeutenden Parteigenossen und potentiellen Mitläufern der NSDAP vorzunehmen, sofern diese sich bei dem neuen Staatsaufbau nach sowjetischem Vorbild bewährten¹⁹⁴. Gegen den Faschismus und die ehemaligen NS-Eliten wurde sicherlich rigoros vorgegangen. Dennoch waren die Sowjets bei ihrer Vorgehensweise pragmatisch und hatten ihre eigenen politisch-ideologischen Interessen im Blick. Ganz anders verhielt es sich dagegen bei den *US-Amerikanern*, deren Entnazifizierungsinteresse nicht auf einem politisch-strategischen Kalkül beruhte, sondern auf einem ethisch-moralischen Ausgangspunkt: Angetrieben von dem protestantisch-calvinistischen Reinheitsideal, sollte die mit schwerer Schuld beladene deutsche Bevölkerung umfassend „gereinigt“ werden. Die Entnazifizierung entwickelte sich damit zu einem gesamtdeutschen „Beicht- und Bußverfahren“¹⁹⁵, was auch als eine der

¹⁹² Vgl. etwa *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 259

¹⁹³ Zum Wandel des Begriffsverständnis der Entnazifizierung im Laufe der Jahre vgl. den Beitrag von *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb*, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945-1955, S. 28

¹⁹⁴ *Diestelkamp*, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der BRD, JuS 1982, S. 489

¹⁹⁵ Zitiert nach: *Hattenhauer*, Geschichte des Beamtentums Bd. I, S. 436

Hauptursachen für ihr Scheitern angesehen wird¹⁹⁶. Die *Franzosen* dagegen gehörten nicht zu dem ursprünglichen Kreis der Siegermächte, sondern sind erst durch das ausdrückliche Insistieren *W. Churchills* in diesen Status erhoben worden¹⁹⁷. Weder auf den Konferenzen von *Jalta* und *Potsdam* vertreten, hatten sie auch hinsichtlich der Art und Weise der Entnazifizierung nicht maßgeblich mitzubestimmen. Formal hielt man sich an die Direktiven des Alliierten Kontrollrats; tatsächlich war die Entnazifizierung aus französischer Sicht zunehmend uninteressant. Ähnlich wie in der Sowjetunion ging es den Franzosen darum, Subventionen und Reparationen für ihren eigenen Staatsaufbau sowie die Wiederbelebung ihrer Wirtschaft zu erlangen. In keiner anderen Besatzungszone ist die Verantwortung für die personelle Entnazifizierung deshalb auch so zeitnah auf deutsche Untersuchungsausschüsse übertragen worden wie in der Französischen, und zwar bereits im Oktober 1945¹⁹⁸. Auch in der *britischen Zone* war die Entnazifizierung nicht das erklärte Hauptziel¹⁹⁹. Großbritannien hegte schon frühzeitig eine gewisse Skepsis gegenüber den außenpolitischen Intensionen, die offenbar – zunehmend sichtbar im Verlauf der Verhandlungen – die Sowjetunion verfolgte. *Churchill* ahnte, möglicherweise sogar schon vor der Kapitulation im Mai 1945, welche strategische Rolle dem besiegten Deutschland - bei einem potentiellen Konflikt mit der UdSSR- noch zukommen könnte²⁰⁰. Die Entnazifizierung wurde deshalb pragmatisch durchgeführt und hatte den Wiederaufbau und die Funktionsfähigkeit des Verwaltungsapparats, soweit dies praktisch möglich war, im Fokus²⁰¹. Betrachtet man Ablauf und Ergebnisse der Entnazifizierung in der britischen Besatzungszone, so wird deutlich, dass es den Briten darum ging, neben der Entnazifizierung des NS-belasteten Personals, das Ziel der Demokratisierung mit Nachdruck zu verfolgen. Erst als politische Landtage demokratisch gewählt und parlamentarische Länderregierungen im Amt waren, wurde die Verantwortung für die Entnazifizierung 1947 auf sie übertragen und damit deutlich später als etwa in der amerikanischen Zone²⁰².

Bei dem überwiegenden Teil der deutschen Bevölkerung stand die *personelle Art der Entnazifizierung* eigentlich nie unter einem guten Stern. Massenentlassungen in der unmittelbaren Nachkriegszeit, die unter anderem geprägt waren vom Wiederaufbau der deutschen Städte, der Betreuung von Flüchtlingen und Spätheimkehrern, der notwendigen

¹⁹⁶ *Diestelkamp*, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der BRD, JuS 1982, S. 490

¹⁹⁷ *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 28

¹⁹⁸ *Fürstenau*, Entnazifizierung, S. 137 mit weit. Nachw.

¹⁹⁹ *Fürstenau*, Entnazifizierung, S. 103

²⁰⁰ *Freund*, Deutsche Geschichte, S. 1523

²⁰¹ *Vollnhals*, Entnazifizierung, S. 24 ff. mit weit. Nachw.

²⁰² *Fürstenau*, Entnazifizierung, S. 103 f. mit weit. Nachw.

Schaffung neuer Arbeitsplätze usw., waren der Öffentlichkeit kaum zu vermitteln. Auch schädigte die unterschiedlich strikte Vorgehensweise in den einzelnen Besatzungszonen das Gerechtigkeitsempfinden vieler und nährte den Mythos einer vermeintlichen „Siegerjustiz“²⁰³. Größeren Anklang fand sie lediglich bei einigen linksorientierten Gruppierungen und Gewerkschaften, die besonders in den alliierten Säuberungsmaßnahmen gegen hochrangige Vertreter von Industrie und Wirtschaft die Chance für einen grundlegenden Neuanfang von Staat und Gesellschaft sowie den erhofften politischen und wirtschaftlichen Systemwechsel sahen.

Als Anfang 1946 die Verantwortung für die Entnazifizierung sukzessive auf die Landesregierungen in den westlichen Besatzungszonen überging, waren die nunmehr mit der Prüfung jedes Einzelfalls beauftragten Spruchkammern überwiegend von Parteivertretern besetzt. Die Ressentiments der Öffentlichkeit konnten folglich nicht unbeachtet bleiben. Während bei den Alliierten der Schwerpunkt der Entnazifizierung schon von seiner Wortbedeutung her auf dem Säuberungs- und Reinigungsaspekt von Staat und Gesellschaft gelegen hatte, konzentrierten sich die deutschen Spruchverfahren vermehrt um die Rehabilitierung von entlassenen „Mitläufern“ und hoben insoweit sogar amerikanische Verfügungen wieder auf²⁰⁴.

Ausgehend von den politischen Verhältnissen lag der wesentliche Unterschied zwischen Deutschland und **Österreich** zunächst darin, dass Deutschland, die deutsche Bevölkerung und schließlich die Bundesrepublik, als Rechtsnachfolger des Hitler-Regimes und des NS-Staats, die kollektive Verantwortung für die Verbrechen des Nationalsozialismus auf sich nehmen musste²⁰⁵. Österreich galt 1945 dagegen als ein vom NS-Regime befreites Land und machte sich die von den Alliierten im November 1943 im Rahmen der Moskauer Konferenz propagierte, ursprünglich eigentlich als Ermunterung an den österreichischen Widerstand gedachte und an diesen adressierte, These von der Opferrolle zu eigen, die Österreich als „*erste[s] freie[s] Land, dass der typischen Angriffspolitik Hitlers zum Opfer*“ gefallen war deklarierte²⁰⁶. Gleichwohl in der Erklärung von Moskau auch die Verantwortung Österreichs für die Teilnahme am Kriege an der Seite Hitler-Deutschlands hervorgehoben wurde, vernachlässigte man diesen Aspekt und empfand den Nationalsozialismus als einen „deutschen Exportartikel“, der es in Österreich 1938 nicht von allein geschafft hätte, an die Macht zu gelangen. So hieß es bereits in der *Unabhängigkeitserklärung* der Provisorischen

²⁰³ *Vollnhals*, Entnazifizierung, S. 95 ff. mit weit. Nachw.

²⁰⁴ *Vollnhals*, Entnazifizierung, S. 259 ff. mit weit. Nachw.

²⁰⁵ Vgl. *Schuster*, Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West-)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18 (2003), S. 155-179 [S. 158 mit weit. Nachw.]

²⁰⁶ *Stourzh*, Um Einheit und Freiheit. Staatsvertrag, Neutralität und das Ende der Ost-West-Besetzung Österreichs 1945-1955, S. 607 mit weit. Nachw.

Staatsregierung vom 27. April 1945, „dass der Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich durch militärische Bedrohung von außen und den hochverräterischen Terror einer nazifaschistischen Minderheit eingeleitet [und] einer wehrlosen Staatsleitung abgelistet und abgepresst worden sei [...] Das macht- und willenlos gemachte Volk Österreichs [sei] in einen sinn- und aussichtslosen Eroberungskrieg geführt [worden], den kein Österreicher jemals gewollt hat, jemals vorausszusehen oder gutzuheißen in Stand gesetzt war“²⁰⁷.

Aus diesem Grund war auch das Selbstverständnis hinsichtlich der Notwendigkeit der Entnazifizierung anders als in den deutschen Besatzungszonen. Formal orientierte sich die personelle Entnazifizierungspolitik zwar zunächst an den für Deutschland entwickelten Maßstäben und Direktiven. In Österreich wurde die Entnazifizierung aber nicht nur von den Besatzungsmächten, sondern von allen politischen Kräften und Verantwortlichen, d.h. insbesondere auch von den politischen Parteien der ÖVP, SPÖ und KPÖ getragen. Neben dem, bereits 1945 von der Provisorischen Staatsregierung verfassten, Kriegsverbrechergesetz und dem NS-Verbotsgesetz 1945, sind sämtliche Entnazifizierungsgesetze im Anschluss an die Neukonstituierung des Parlaments nach den Wahlen vom 25. November 1945 vom Nationalrat einstimmig beschlossen und von den Besatzungsmächten angenommen bzw. diesen zugestimmt worden²⁰⁸. Im Unterschied zu Deutschland kam es in Österreich also nicht nur auf die unterschiedlichen Zielrichtungen der vier Besatzungsmächte und ihre jeweils divergierenden politischen und territorialen Absichten, sowie ihr teilweise abweichendes Rechts- und Verfassungsverständnis an. Auch die politischen Parteien brachten eigene Vorstellungen mit, welche zu berücksichtigen waren. Damit erhöhte sich die Anzahl der an der Entnazifizierungspolitik beteiligten Kräfte auf insgesamt sieben, was zwangsläufig zu Kompromissen führen musste²⁰⁹.

Die US-Amerikaner verfolgten das Ziel einer umfassenden Überprüfung der österreichischen Bevölkerung nach Nationalsozialisten oder hinterbliebenen gesellschaftlichen Strukturen des NS-Staats. Dafür wurde ein siebenseitiger Fragebogen verteilt, der grundsätzlich von jedem, der nicht unter die Altersgrenze von 16 Jahren viel, auszufüllen war. Organisatorisch und personalpolitisch war diese Vorgehensweise, bei den zahlreichen anderen Aufgaben der Alliierten unmittelbar nach Kriegsende, kaum zu

²⁰⁷ *Schuster*, Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West-)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18 (2003), S. 155-179 [S. 159 mit weit. Nachw.

²⁰⁸ Zum Zustimmungsvorbehalt der Besatzungsmächte im Rahmen des 1. Kontrollratsabkommens vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte S. 374 mit weit. Nachw.

²⁰⁹ *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb* (Hrsg.), *Verdrängte Schuld verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955*, S. 29

bewerkstelligen. Eine Kontrollmöglichkeit gab es faktisch nicht. Das System beruhte daher auf einem korrekten und ehrlichen Ausfüllen des Fragebogens²¹⁰.

Ähnlich wie in Deutschland orientierte man sich in der britischen Besatzungszone des besetzten Österreichs am amerikanischen System und verteilte insgesamt über 80.000 Fragebögen. Den Engländern ging es aber auch hier nicht nur um die Erfassung ehemaliger Nationalsozialisten, sondern darum in Österreich wieder ein funktionierendes Staatssystem auf demokratischer Grundlage zu gewährleisten.

Die Verantwortung hinsichtlich der Entnazifizierung ging für das gesamte Staatsgebiet des besetzten Österreichs schon sehr frühzeitig und nahezu vollständig auf die österreichischen Regierungsvertreter über; bereits ab Februar 1946 hatten die Alliierten sich lediglich auf eine Kontrollfunktion zurückgezogen²¹¹, das NS-Verbotsgesetz 1945 ist am 10. Januar 1945 vom Alliierten Rat genehmigt worden und trat am 5. Februar 1945 in ganz Österreich in Kraft²¹². An den ersten Entnazifizierungsmaßnahmen waren die französischen Besatzer deshalb kaum beteiligt, weil sie nicht zum ursprünglichen Kreis der Siegermächte zählten und ihre Besatzungszone erst später übernommen hatten. Wegen der Besetzung ihres eigenen Staatsgebiets durch den NS-Staat hatten die Franzosen auch erst 1944 damit begonnen, eine politische Säuberung in ihrem eigenen Land durchzuführen und nach den Anhängern und Beteiligten der Staatskollaboration des Vichy-Regimes zu fahnden²¹³. Die Erfolgsaussichten eines, die gesamte Bevölkerung und den Staatsapparat erfassenden, Säuberungs- und Erziehungsprogramms, wie dies von amerikanischer Seite beabsichtigt war, stieß bei den Franzosen mit ihrer eigenen, diesbezüglich ähnlichen, Erfahrung daher auf Vorbehalte und Ablehnung.

Auch die Sowjets überließen die Entnazifizierung mehrheitlich den österreichischen Verantwortlichen, weil sie in der Regierung mit den Vertretern der KPÖ eine verbündete Partei sahen. Lediglich die Verhaftung von prominenten Nationalsozialisten behielten sich die russischen Militärs selbst vor.

Die politischen Parteien Österreichs waren sich grundsätzlich über die Maßnahmen und Sanktionen von ehemaligen Nationalsozialisten einig. Streitig war aber die Frage, die später auch die verwaltungsorganisatorischen Spruchkammern in Deutschland beschäftigen sollte, was mit der Gruppe der sog. Minderbelasteten oder Mitläufern geschehen sollte.

²¹⁰ *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb* (Hrsg.), *Verdrängte Schuld verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955*, S. 29

²¹¹ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 33

²¹² *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 94

²¹³ *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb* (Hrsg.), *Verdrängte Schuld verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955*, S. 30

Die österreichische Volkspartei (ÖVP) vertrat bereits 1945 die Ansicht, dass sich die Entnazifizierungspolitik der Regierung auf „echte Nazis“ beschränken sollte und setzte sich für eine Amnestie sämtlicher „Mitläufer“ ein²¹⁴.

Die Sozialistische Partei Österreichs (SPÖ) verfolgte ein, den Entnazifizierungsplänen der US-Amerikaner vergleichbares, Programm, dass eine Form der gesellschaftlichen Erziehung beabsichtigte. „Jeder, der der nationalsozialistischen Propaganda erlegen ist, hat politisch versagt und muss umlernen“.

Bei der Kommunistischen Partei Österreichs (KPÖ) stand die Entnazifizierung im absoluten Vordergrund ihres parteipolitischen Programms. Auf der einen Seite wurde gegen sog. „große Nazis“ und „Bonzen“ die strengste Bestrafung gefordert. Während sie aber gleichzeitig bereit war, sich für Mitläufer einzusetzen.

Diese sieben Akteure, mit ihren im Ergebnis jeweils eigenen strategischen, wirtschaftlichen, rechtlichen, emotionalen und politischen Ansichten, mussten für Österreich beim Thema der Entnazifizierung in der Nachkriegszeit „unter einen Hut“ gebracht werden. So positiv die grundsätzliche Beteiligung der österreichischen Parteien und der Regierung bei diesem schwierigen Unterfangen auch zu bewerten war, wurde wohl gerade dadurch auch ein Grundstein mit dafür gelegt, weshalb die Beteiligung ehemaliger Nationalsozialisten im Staats- oder Richterdienst der Republik Österreich bis zur sog. „Forum Debatte“ um Bundesjustizminister Christian Broda in den 1960er Jahren²¹⁵ oder die Kandidatur von Kurt Waldheim zum Bundespräsidenten 1986 aus der öffentlichen Diskussion verschwunden sind²¹⁶. Eine politische Debatte konnte einer Öffentlichen hier jedenfalls nur schwierig vorausgehen, da nahezu sämtliche Parteien an der Entnazifizierung beteiligt und bei den Entscheidungen mehr oder minder involviert waren.

2. Organisation und Verfahren des Entnazifizierungsvorgangs

Die innenpolitischen und gesellschaftlichen Voraussetzungen für die Entnazifizierung waren nach 1945 in beiden Ländern in mancher Hinsicht identisch, andererseits sehr verschieden. Auch wenn dies in der Nachkriegszeit und vor allem in Österreich anders versucht wurde darzustellen, so wird doch die Akzeptanz, welche das Hitler-Regime in der Bevölkerung innegehabt hatte, in Deutschland und Österreich nahezu identisch gewesen

²¹⁴ *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb* (Hrsg.), *Verdrängte Schuld verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955*, S. 301

²¹⁵ Vgl. dazu ausführlich *Stadler*, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen.“ Die Verfahren des Volksgerichts Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955, S. 128 mit weit. Nachw.

²¹⁶ *Vocelka*, *Geschichte Österreichs*, S. 303

sein²¹⁷. Auch die Zersetzung des Staatsapparats mit nationalsozialistischen Volksgenossen und die Integrierung der zahlreichen NS-Organisationen dürften kaum voneinander abgewichen haben, waren sie doch systemimmanent für das totalitäre Staats- und Regierungssystem des NS-Staats. Im Gegensatz zu anderen Berufsgruppen befanden sich daher im öffentlichen Dienst die meisten Nationalsozialisten, dies gilt insbesondere für die Justiz, die Verwaltung und auch für die Lehrerschaft²¹⁸. Letztere sicherte eine frühzeitige Indoktrinierung der Kinder und Jugendlichen mit dem Ideen- und Gedankengut des Nationalsozialismus. Zugleich hatten sich die Beamten in Deutschland bei der Machtergreifung 1933 und in Österreich beim Anschluss 1938 nicht als besonders „systemtreu“, sondern im Gegenteil als relativ flexibel erwiesen²¹⁹. Es hat keine Massenentlassungen oder gar ein freiwilliges Ausscheiden im öffentlichen Dienst gegeben²²⁰. Für Österreich sind durch die „Verordnung zur Neuordnung des österreichischen Berufsbeamtentums“ von 1938 insgesamt 207 Richter und Staatsanwälte bekannt, die – teilweise aus rassistischen Gründen – entlassen oder strafversetzt wurden²²¹. Um den Einfluss der NSDAP im öffentlichen Dienst zu verstärken, erhielten „verdiente Nationalsozialisten in der Ostmark“ schließlich eine besondere Förderung, wie etwa bevorzugte Anstellung als Beamte, bevorzugte Behandlung bei Beförderungen oder eine verbesserte Besoldung²²². Ein großer Anteil der bürgerlichen Gesellschaft wie Richter, Ärzte oder Spitzenbeamte waren daher von Anfang an Sympathisanten oder Handlanger der Nationalsozialisten²²³. Diese gesellschaftliche Integration im Rahmen der Entnazifizierung zu beseitigen war kaum möglich, bildet aber zugleich den gedanklichen Ausgangspunkt, weshalb die US-Amerikaner es für notwendig erachteten, die gesamte Bevölkerung zu durchleuchten.

Unterschiede gab es in der kollektiven Staatsverantwortung, die Deutschland und seine Bevölkerung für den kriegserischen Terror und den Holocaust, den Hitler über die Welt

²¹⁷ *Vollnhals*, Entnazifizierung – Politische Säuberung und Rehabilitierung in den vier Besatzungszonen 1945 – 1949, 59; *Botz*, Zwischen Akzeptanz und Distanz. Die österreichische Bevölkerung und das NS-Regime nach dem Anschluss, in: *Stourzh/Zaar* (Hrsg.), Österreich, Deutschland und die Mächte. Internationale und österreichische Aspekte des Anschlusses vom März 1938 (Veröffentlichungen der Kommission für die Geschichte Österreichs 16), S. 447 ff.

²¹⁸ *Blänsdorf*, Zur Konfrontation mit der NS-Vergangenheit in der Bundesrepublik, der DDR und in Österreich. Entnazifizierung und Wiedergutmachungsleistungen, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*. Beilage zu Das Parlament B 16-17, S. 6

²¹⁹ *Schuster*, Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West-)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18 (2003), S. 157 mit weit. Nachw.

²²⁰ Vgl. dazu *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 125-126 mit weit. Nachw.

²²¹ *Schwarz*, NS-Richter in Österreich, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 144

²²² *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 126 mit weit. Nachw.

²²³ *Henke*, Die Trennung vom Nationalsozialismus – Selbsterstörung, politische Säuberung, Entnazifizierung, Strafverfolgung, in: *Henke/Woller* (Hrsg.), Politische Säuberung in Europa – Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem zweiten Weltkrieg, S. 58

gebracht hatte, zu übernehmen hatte, während sich Österreich vornehmlich auf seine Rolle als erstes Kriegsoffer stützte²²⁴. Auch innenpolitisch ist die Ausgangslage in beiden Ländern nicht zu vergleichen²²⁵. Österreich entstand als unabhängige Republik bereits im April 1945, während die westdeutschen Bundesländer sich erst vier Jahre später, im Mai 1949, zu einem Gesamtstaat neukonstituierten. In Österreich gab es im April 1945 bereits eine (provisorische) Staatsregierung, die im Oktober 1945 schließlich auch von den westlichen Alliierten anerkannt wurde; im November 1945 fanden die Wahlen zum Nationalrat statt. In der Bundesrepublik Deutschland geschah dies erst im September 1949. Das Territorium des besetzten Deutschland wurde neu geordnet, wobei man sich weder an den Grenzen des NS-Staats noch an denen der Weimarer Republik oder des Versailler Vertrages orientierte. In Österreich wurde auf die Bundesländer vor dem Anschluss 1938 zurückgegriffen. Politisch waren in der Zeit nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland 1949 relativ viele Parteien im Bundestag vertreten, während es in Österreich mit der ÖVP, SPÖ und KPÖ bis 1949 praktisch nur drei Parteien gab; 1949 kam der Verband der Unabhängigen (VdU) hinzu, der 1956 von der neugegründeten FPÖ absorbiert wurde. Alle diese Faktoren sind mitursächlich für die Art und Weise, die Dauer und die Durchführung der Entnazifizierung, gerade weil sich etwa in Deutschland und vorwiegend in der Deutschen Partei (DP) ehemalige Nationalsozialisten zu profilieren versuchten. Die DP hatte zusammen mit der FDP Regierungsverantwortung, teilweise im Bund aber auch in den Ländern. In Österreich schafften es VdU und FPÖ mit ihren deutschnationalen Traditionen nicht in die Regierung²²⁶. Die Hintergründe, der Ablauf sowie die Organisation und das Verfahren der Entnazifizierung sollen nachfolgend für beide Länder kurz dargestellt werden, wobei die Blickrichtung insbesondere auf dem öffentlichen Dienst und der Richterschaft liegt.

a) Grundzüge und Hintergründe der Entnazifizierung in Deutschland

Wie die Entnazifizierung Deutschlands in verwaltungstechnischer Hinsicht vollzogen wurde, ist eng mit der Frage verbunden, was Deutschland bzw. das Deutsche Reich nach Kriegsende strukturell überhaupt noch war. Sofern die Alliierten gemeinsame Zielsetzungen in der Deutschlandpolitik hatten, musste es eine zentrale, d.h. zonenübergreifende

²²⁴ Siehe dazu bereits oben unter B., I., 1. (Seite 59)

²²⁵ Vgl. dazu ausführlich *Schuster*, Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18 (2003), S. 159 mit weit. Nachw.

²²⁶ Vgl. *Schuster*, Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West-)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18 (2003), S. 159 mit weit. Nachw.

Kontrollinstanz geben. Hier hätte es sicherlich verschiedene Möglichkeiten gegeben, auf die vorhandenen Strukturen zurückzugreifen; allerdings hatte man sich schon vor Kriegsende auf die Zerschlagung des Machtapparats der Nazis und die Aufteilung Deutschlands in Besatzungszonen festgelegt²²⁷.

Hitler hatte Großadmiral *Karl Dönitz* testamentarisch zu seinem Nachfolger als Reichspräsident ernannt und ihm die Regierungsgewalt übertragen²²⁸. Unabhängig davon, ob diese Verfügung rechtswirksam war²²⁹, versuchte die Regierung *Dönitz* das nationalsozialistische Regime zu liquidieren, indem sie etwa die Tätigkeit der NSDAP für beendet erklärte und das Reichsgericht mit der Untersuchung der Konzentrationslager beauftragte²³⁰. Die Alliierten, d.h. vornehmlich die USA und die Sowjetunion, waren aber unter keinen Umständen bereit, diese Regierung anzuerkennen oder gemeinschaftlich zu übernehmen. Angetrieben von der Forderung einer bedingungslosen Unterwerfung Deutschlands (*unconditional surrender*) forderten sie deren Absetzung und nahmen *Dönitz* und den Rest seiner Regierungsmitglieder am 23. Mai 1945 gefangen. Nachdem Vertreter eben dieser Regierung noch am 7. bzw. 8. Mai 1945 die Kapitulationsurkunden unterzeichnet hatten, war mit dieser Maßnahme die Staatsgewalt des Deutschen Reichs restlos ausgelöscht. Das deutsche Staatsgebiet wurde in vier unabhängige Besatzungszonen aufgeteilt. Die Hoheitsgewalt in den einzelnen Zonen lag formal bei den jeweiligen Regierungen der Siegermächte und wurde vornehmlich durch die vor Ort anwesenden Militärs ausgeübt.

In den Zusatzprotokollen der Berliner Erklärung vom 5. Juni 1945 war festgehalten, dass ein gemeinsamer Kontrollrat von den Alliierten gebildet wurde, der die zonenübergreifende Politik koordinieren sollte. Die staatsrechtliche Einordnung des Alliierten Kontrollrats ist problematisch, weil ihm kein bestimmter Hoheitsbereich unterstand. Verfehlt wäre es daher wohl, ihn in tatsächlicher Hinsicht als deutsche Staatsgewalt zu bezeichnen²³¹. Diese oblag vielmehr nur den Besatzungsmächten. Der Alliierte Kontrollrat war oberste Besatzungsbehörde. Den Vorsitz hatten die militärischen Oberbefehlshaber der vier Besatzungsmächte. Als mögliche Handlungsformen konnte er Direktiven und Befehle erteilen sowie Proklamationen oder Gesetze erlassen, die dann in den Besatzungszonen verbindlich sein sollten. Da keiner der Alliierten bereit war, auf ein gewisses Mindestmaß

²²⁷ *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, Rdnrn. 14, 15 mit weit. Nachw.

²²⁸ *Freund*, Deutsche Geschichte, S. 1498 f.

²²⁹ Vgl. dazu: BVerfGE 2, 1 [S. 56 f.]

²³⁰ *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in: Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 36

²³¹ Widersprüchlich insoweit *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in: Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 36 und 38

an Souveränität in seiner Zone zu verzichten, war der Kontrollrat auf Einstimmigkeit seiner Mitglieder angewiesen, um überhaupt tätig werden zu können.

Ohne Zweifel gehörte die Entnazifizierung, als eines der Kernbestandteile des *Potsdamer Abkommens*, zu einer Aufgabe der zonenübergreifenden Politik, die sinnvoll nur über den Alliierten Kontrollrat geregelt werden konnte. Wie bereits dargestellt, sollte man beim begrifflichen Verständnis der Entnazifizierung im engeren Sinne und ihrer Durchführung aber differenzieren zwischen einer rechtlichen und einer personellen Form der Entnazifizierung. Das Rechtssystem der Nationalsozialisten wurde durch den Alliierten Kontrollrat im Ergebnis sehr erfolgreich beseitigt. Bereits das erste Kontrollratsgesetz vom 20. September 1945 zielte auf die Entnazifizierung des Rechtssystems ab und löste 25 nationalsozialistische Gesetze ausdrücklich auf. In der Folgezeit erfolgten weitere Außerkraftsetzungen von Gesetzen durch den Kontrollrat bis 1949. Bei denjenigen Gesetzen, die formell noch in Kraft waren, als die deutsche Justiz ihre Tätigkeit bereits wieder aufnahm, mussten die Gerichte selbst über deren Unanwendbarkeit im Einzelfall entscheiden, falls sie sie deren Inhalt noch als Ausdruck des nationalsozialistischen Gedankenguts qualifizierten. Hier überschneiden sich die Konturen zwischen der rechtlichen, d.h. der rein formellen, und der personellen Form der Entnazifizierung. Denn die Entscheidung darüber, ob ein Gesetz nationalsozialistisch geprägt ist oder nicht, kann eigentlich objektiv und unabhängig nur von solchen Personen getroffen werden, die selbst keine Anhänger des Nationalsozialismus waren. Der Entnazifizierung der Richterschaft kommt daher auch aus diesem Gesichtspunkt eine besondere Bedeutung zu.

Am 12. Januar 1946 wurde die Direktive Nr. 24 des Alliierten Kontrollrats erlassen, die genau zu bestimmen versuchte, wie die personelle Entnazifizierung praktisch durchgeführt werden sollte. Darin wurde festgelegt, welches Kriterium angelegt werden musste, um zu bestimmen, welche Personen oder Personengruppen als Nationalsozialisten zu qualifizieren waren. Diese Personen sollten sodann aus ihren Ämtern oder sonstigen öffentlichen Stellungen entfernt werden. Mit dieser Direktive hatte sich die USA durchgesetzt, die nach ebendiesen Kriterien bereits seit der Generalstabsdirektive JCS 1067/6 vom 26. April 1945 in ihrer Zone vorgingen. Die Amerikaner hatten aufgrund dieser Direktive in ihrer Besatzungszone in den Jahren 1945 und 1946 über 95.000 Menschen verhaften lassen. Die Verhaftungen erfolgten aufgrund der Position und Stellung, welche die betroffenen Personen im Machtapparat der Nationalsozialisten inne hatten. Die individuelle Schuld spielte keine Rolle²³². Die Generalstabsdirektive JCS 1067/6 trug die unverkennbare Handschrift des amerikanischen Finanzministers *Henry Morgenthau's* und

²³² Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 24

ging von einer nationalsozialistischen und militaristischen Einstellung der gesamten deutschen Bevölkerung aus. Demzufolge sah die Direktive auch eine Beweislastumkehr derart vor, dass jeder, der die aufgestellten Kriterien erfüllte, also etwa nur einfaches Mitglied der NSDAP oder der Hitlerjugend war, seine „Unschuld“, d.h. seine antinationalsozialistische Gesinnung, beweisen musste. Gleichwohl gelang dieser Beweis schon bis zum 1. Januar 1947 über 44.000 Menschen alleine in der amerikanischen Besatzungszone²³³. Als mit der besagten Kontrollratsdirektive Nr. 24 diese Kriterien für alle Besatzungszonen zumindest formell verbindlich wurden, standen die Organisatoren vor einem praktisch nicht mehr zu bewältigenden Verwaltungsproblem. Nahezu jeder Deutsche, der nicht unter die Altersgrenze von 18 Jahren fiel, in Gefangenschaft gewesen oder selbst ein Konzentrationslager überlebt hatte, musste sich rechtfertigen und konnte inhaftiert werden.

Am 5. März 1946 erließen die USA für ihre Zone das „Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus“ (sog. Befreiungsgesetz), dem die bereits eingesetzten Ministerpräsidenten der neu entstanden Bundesländer Bayern, Hessen und Württemberg-Baden ihre Zustimmung gaben. Dieses Gesetz beinhaltete die bekannte Einordnung in 5 Gruppen: Hauptschuldige, Belastete, Minderbelastete, Mitläufer und Entlastete. Diejenigen, welche die erste „Welle“ von Verhaftungen und Entlassungen überstanden hatten, mussten nunmehr Fragebögen ausfüllen, nach denen dafür gesondert eingerichtete Spruchkammern sie in eine der fünf Kategorien einordneten. Den Spruchkammern oblag es sodann, in einem gerichtsähnlichen Verfahren Gefängnisstrafen von bis zu zehn Jahren, Berufsverbote, Zwangsarbeit, Ausschluss von öffentlichen Ämtern, Entzug des Wahlrechts und Bußgeldzahlungen als Strafen auszusprechen²³⁴. Das Besondere an diesen Verfahren war, dass die Spruchkammern bereits mit deutschem Personal besetzt waren. Natürlich war die Militärregierung offiziell noch Herrin des Verfahrens, rein tatsächlich war die Entnazifizierung aber bereits in deutsche Hände übergegangen²³⁵.

Die Intention des Befreiungsgesetzes lag nicht zuletzt auch in einer Vereinfachung der Strafverfolgung. Man erhoffte sich durch eine verwaltungstechnische Selektion der Bevölkerung, die beiden Gruppen von Hauptschuldigen und Belasteten herausfiltern zu können, um besonders schwere Fälle dann im Einzelfall der Justiz zu übergeben²³⁶. Durch

²³³ Gute Übersicht bei *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 114

²³⁴ *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 116

²³⁵ *Diestelkamp*, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der BRD, JuS 1982, S., S. 490

²³⁶ *Fürstenau*, Entnazifizierung, S. 104

die Kontrollratsdirektive Nr. 38 vom 12. Oktober 1946 sollte das Verfahren, zumindest im Wesentlichen, in den anderen Zonen übernommen werden. Wie schon bei dem Befreiungsgesetz lag der Schwachpunkt der Direktive Nr. 38 darin, dass keine einheitlichen Bestimmungen über das Verfahren zur Einstufung der Betroffenen in eine der fünf Kategorien und deren Bestrafung existierten²³⁷. Die Spruchkammerverfahren hatten zwar einen strafrechtlichen Sanktionscharakter, waren aber im Ergebnis doch nur besondere Verwaltungsverfahren ohne geschultes Personal. Schwierig konnte daher die Entscheidung über die Zugehörigkeit zu einer Gruppe sein, d.h. etwa, ob jemand gerade noch als Minderbelasteter oder schon als Belasteter eingestuft werden konnte oder umgekehrt. Auch für die Strafzumessung erhielt die Direktive Nr. 38 keine Bestimmungen; sie stellte die Festlegung des Strafmaßes im Einzelfall in das Ermessen der jeweiligen Besatzungsmacht²³⁸. So erhielten etwa Mitläufer in der britischen Besatzungszone kein Berufsverbot auferlegt, im Gegensatz zur amerikanischen. Ähnlich verhielt es sich bei dem Entzug des Wahlrechts²³⁹. Allerdings hatten die Briten, im Unterschied zu den Amerikanern, die Verfahren erst viel später, nämlich am 1. Oktober 1947, auf die Länderregierungen übertragen.

Zusammenfassend für *Deutschland* kann daher festgehalten werden, dass der Alliierte Kontrollrat nicht verhindern konnte, dass bei der Entnazifizierung, d.h. genauer bei den personellen Entnazifizierungsverfahren, jede Besatzungsmacht nach ihrem eigenen Ermessen und damit nach ihrer jeweiligen ethisch-moralischen und/oder politischen Wertvorstellung vorging. Die Kontrollratsdirektiven waren ungenau und in entscheidenden Punkten unverbindlich und zu allgemein gefasst, um dies ändern zu können. Da die USA im Hinblick auf die Entnazifizierung die „Federführung“ im Kontrollrat übernommen hatten, steht zu vermuten, dass die Direktiven das Maximum waren, auf das die Sowjetunion bereit war sich einzulassen; bei konkreteren Bestimmungen hätte sie höchstwahrscheinlich ihre Zustimmung verweigert. In der sowjetischen Besatzungszone wurde nicht einmal der Name Entnazifizierung verwendet. Man sprach hier von der „Ausrottung der Überreste des Faschismus“²⁴⁰. Langfristiges Ziel war die Einordnung der sowjetischen Besatzungszone (später „Ostzone“) in ein kommunistisches, von den Sowjets dominiertes System.

²³⁷ Fürstenau, Entnazifizierung, S. 104

²³⁸ Fürstenau, Entnazifizierung, S. 104 mit weit. Nachw.

²³⁹ Erdmann, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 116

²⁴⁰ Erdmann, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in: Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 117

b) Grundzüge und Hintergründe der Entnazifizierung in Österreich

In Österreich muss man von einer Kompetenzaufteilung bei den konkreten Entnazifizierungsmaßnahmen ausgehen, weil diese – im Gegensatz zu Deutschland – nicht nur in den Händen der alliierten Besatzungsmächte gelegen haben, sondern überwiegend von den zuständigen Regierungsvertretern der wiedererrichteten Republik Österreich selbst durchgeführt wurden. Aus diesem Grund erfolgt im Folgenden zunächst eine Darstellung der von der Regierung mehrheitlich autonom vorgenommenen Entnazifizierungsmaßnahmen, weil die rechtlichen Folgewirkungen dieser Entscheidungen im Zentrum der vorliegenden Untersuchung stehen, und erst anschließend eine kurze Zusammenfassung der von den Alliierten veranlassten Maßnahmen, Direktiven und Entscheidungen, die sich von der Situation des besetzten Deutschland allerdings nicht sehr deutlich unterscheiden und bis zum Februar 1946, beschränkt auf die westlichen Besatzungszonen, auch nur von geringer Dauer waren. Da die verwaltungsorganisatorische Entnazifizierung, insbesondere bezogen auf den öffentlichen Dienst und die Richterschaft, bei dieser Untersuchung im Vordergrund steht, bleibt die justizielle Ahndung von NS-Verbrechern, etwa durch die Volksgerichte, außen vor.

aa) Die verwaltungsorganisatorische Entnazifizierung in Österreichs Eigenverantwortung (Die Sonderkommissionen und der Liquidator)

Die Provisorische Staatsregierung hatte am 8. Mai 1945, also zufällig an jenem Tag, der später das offizielle Ende des NS-Staats deklarieren sollte, das Verfassungsgesetz über das Verbot der NSDAP beschlossen (NS-Verbotsgesetz)²⁴¹, welches, im Gegensatz zu dem als strafrechtliche Ergänzung ebenfalls bereits 1945 verabschiedeten Kriegsverbrechergesetz, für die verwaltungsorganisatorische Entnazifizierung die entscheidende Ermächtigungs- und Legitimationsgrundlage bereit stellte.

Nach § 4 NS-VG waren zunächst alle Personen, die zwischen dem 1. Juli 1933 und dem 27. April 1945 der NSDAP oder einer ihrer Wehrverbände angehört oder die sich für die Aufnahme in die sog. Schutzstaffel (SS) beworben hatten, zu registrieren und in gesonderte Listen aufzunehmen. Zudem postulierte § 12 NS-VG einen Straftatbestand für alle diejenigen, die entweder beträchtliche finanzielle Zuwendungen an die NSDAP und ihre

²⁴¹ StGBI. 13/1945

Wehrverbände geleistet oder diese Organisationen auf eine andere Weise gefördert oder unterstützt hatten.

Auf diesen Vorschriften aufbauend bestimmte § 21 NS-VG schließlich, dass *„die in den § 4 und § 12 aufgeführten Personen, die Beamte, Angestellte, Bedienstete und Arbeiter des Staates, der Länder (Stadt Wien), der Gemeinden, öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Stiftungen, Fonds und Anstalten oder deren Betriebe und Unternehmungen sind, werden, wenn sie nach ihrer bisherigen Betätigung keine Gewähr dafür bieten, daß sie jederzeit rückhaltlos für die unabhängige Republik Österreich eintreten werden, binnen sechs Monaten nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes aus dem Dienste entlassen oder mit Kürzungen der Ruhebezüge bis auf ein Drittel in den Ruhestand versetzt, insofern nicht in § 14 oder § 20 strengere Bestimmungen getroffen sind. [...]“*

Durch dieses Gesetz beabsichtigte die Provisorische Staatsregierung nicht nur einen eigenen wesentlichen Beitrag zur Entnazifizierung zu leisten, sondern auch eine verfassungspolitische Absicherung des überzuleitenden Personals für den Staats- und Verwaltungsapparats zu gewährleisten. Neben dem Verfassungsüberleitungsgesetz (V-ÜG 1945) vom 1. Mai 1945²⁴², welche das B-VG 1920 in der Fassung von 1929 wieder in Kraft setzte und dem Rechtsüberleitungsgesetz (R-ÜG 1945)²⁴³ gleichen Datums, welches das Recht des Deutschen Reichs rezipierte, soweit seine Regelungen *„[...] mit dem Bestand eines freien und unabhängigen Staates Österreich oder den Grundsätzen einer echten Demokratie vereinbar sind [...]“*, regelte das Behördenüberleitungsgesetz (B-ÜG 1945) vom 20. Juli 1945²⁴⁴, die Wiedererrichtung der österreichischen Behörden, indem es die Behörden und Einrichtungen des Deutschen Reichs auflöste und ihre Geschäfte auf die österreichische Behördenorganisation im Wesentlichen nach dem Stand vor dem Anschluss am 13. März 1938 überleitete; belassen wurde aber etwa das Oberlandesgericht Linz²⁴⁵.

Weil die notwendigen Organe des B-VG erst nach allgemeinen Wahlen bestellt werden konnten, erließ die Provisorische Staatsregierung gleichfalls am 1. Mai 1945 für eine Übergangszeit die *Vorläufige Verfassung* 1945²⁴⁶. Ihr Verfassungssystem war ein gewaltenverbindender, zentralistisch geführter Einheitsstaat, da sich die Legislative und die Verwaltung sowohl des Bundes als auch der Länder bei der Provisorischen Staatsregierung selbst konzentrierten²⁴⁷. Aus diesem Grund war in Art. 4 V-ÜG 1945 festgelegt, dass die

²⁴² StGBI. 4/1945

²⁴³ StGBI. 6/1945

²⁴⁴ StGBI. 94/1945

²⁴⁵ Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 259

²⁴⁶ StGBI. 5/1945

²⁴⁷ *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 376

Vorläufige Verfassung sechs Monate nach dem Zusammentritt der ersten demokratisch gewählten Volksvertretung außer Kraft treten sollte²⁴⁸.

Während etwa in Deutschland der Aufbau des Staatswesens auf Bundesebene 1949 durch die demokratisch gewählten Regierungsvertreter der Bundesländer im Parlamentarischen Rat und damit von „unten nach oben“ erfolgte²⁴⁹, lag die Wiedererrichtung der Republik Österreich in der Hand einer Zentralregierung und erfolgte damit umgekehrt von „oben nach unten“. Demnach musste die Provisorische Regierung beim staatlichen Wiederaufbau gewährleisten, dass der Staatsapparat mit einem Personal besetzt wurde, welches sich nicht nur von der Ideologie des Nationalsozialismus und Nazideutschland selbst abgrenzt, sondern von sämtlichen deutschnationalen Strömungen und Kräften befreit ist, die eine Vereinigung Deutschlands und Österreichs möglicherweise wieder beabsichtigten.

Das NS-Verbotsgesetz muss jedenfalls auch vor dem Hintergrund gesehen werden, dass es versuchte, eine nachträgliche Überprüfung der *Verfassungstreue* auf die wiedererrichtete Republik Österreich sicherzustellen und kann deshalb zumindest nicht ausschließlich als klassische Entnazifizierungsmaßnahme, wie etwa die Generalstabsdirektiven der Besatzungsmächte oder die Beschlüsse des Alliierten Rats²⁵⁰, eingeordnet werden. Während bei den Einstellungsverfahren von Beamten, Richtern oder sonstigen Angestellten des öffentlichen Diensts regelmäßig eine Überprüfung der *Verfassungstreue* stattfindet²⁵¹, die in ihrem Kern nichts anderes zum Ausdruck bringt, als die Vorschrift des § 21 NS-VG 1945 „...*jederzeit Rückhaltlos für die unabhängige Republik Österreich einzutreten...*“, musste das NS-Verbotsgesetz diese Überprüfung nachträglich vornehmen²⁵². Nach § 71 des Deutschen Beamtengesetzes von 1937, konnte der „Führer“ im Einvernehmen mit dem Reichsinnenminister, jeden Beamten und Richter, der „*nicht mehr die Gewähr dafür bietet, dass er jederzeit für den nationalsozialistischen Staat eintreten wird*“ in den Ruhestand versetzen²⁵³. Die Formulierung des § 21 NS-VG 1945 war daher kein Zufall. Sie sollte der „Nazifizierung“, die Österreich und sein Staats- und Verwaltungsapparat durch den Anschluss an das Deutsche Reich erfahren hatte, rückgängig machen und war insoweit das Gegenstück der Vorschrift des § 71 des Deutschen Beamtengesetzes von 1937.

²⁴⁸ Lehner, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 376

²⁴⁹ Willoweit, Deutsche Verfassungsgeschichte S. 57 ff. mit weit. Nachw.

²⁵⁰ Vgl. dazu umfassend etwa *Vollnhals*, Entnazifizierung – Politische Säuberung und Rehabilitierung in den vier Besatzungszonen 1945-1949, S. 96 ff. mit weit. Nachw.

²⁵¹ Vgl. Kos, Zur Entnazifizierung der Bürokratie, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb*, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945-1955, S. 52 mit weit. Nachw.

²⁵² Zur Verfassungstreue in Österreich vgl. den Beitrag von *Morscher*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, in: VVDStRL 37 (1978), S. 121 ff.

²⁵³ Ausführlich dazu *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 354 mit weit. Nachw.

Um die Überleitung der Geschäfte, der Einrichtungen und Behörden des Deutschen Reichs auf eine österreichische Behördenorganisation nach dem B-ÜG 1945 vornehmen zu können, musste sichergestellt sein, dass diese Behörden mit einem Personal besetzt sind, was die erforderliche *Verfassungstreue* zur wiedererrichteten Republik Österreich aufweist, also die Gewähr dafür bietet „jederzeit rückhaltlos für die unabhängige Republik Österreich einzutreten“²⁵⁴. Vor den politischen Hintergründen der Nachkriegszeit war dies jedenfalls die wesentliche Zielsetzung dieses Gesetzes. Natürlich war das NS-Verbotsgesetz gegen die Nationalsozialisten gerichtet, weil von diesen vor 1945 die größte „Gefahr“ gegen eine unabhängige Republik Österreich ausging²⁵⁵. Verkannt werden darf aber nicht, dass der Tatbestand des § 21 NS-VG 1945 insoweit unbestimmt ist und den Entscheidungsträgern einen Ermessensspielraum einräumt. Aufgrund der gesetzlichen Dogmatik der Vorschrift ist es nämlich möglich, dass ein Nationalsozialist, sei es ein NS-Richter, ein hochrangiger Beamter im NS-Staat oder ein tragendes Mitglied in den zahlreichen NS-Verbänden und Organisationen, dennoch überzeugend darlegen kann, gleichwohl er ein Nationalsozialist gewesen sei, nunmehr rückhaltlos für die unabhängige Republik Österreich einzutreten. Den Entnazifizierungsmaßnahmen der Alliierten, insbesondere jenen der US-Amerikaner, hätte eine solche Einordnung und eine Weiterverwendung im Staats- und Verwaltungsapparat, bereits per definitionem, widersprochen. Wiederum ist daher entscheidend, was man unter dem Begriff der Entnazifizierung insoweit verstanden wissen möchte und welche Maßnahmen darunter zusammengefasst werden.

Dass sich diese Einordnung des NS-Verbotsgesetz 1945, als ein nicht ausschließlich als Entnazifizierungsmaßnahme intendiertes Gesetz, zumindest nach dem ursprünglichen Verständnis der Alliierten, bewahrheitete, zeigte schließlich die sog. „Forum Debatte“ in den 1960er Jahren²⁵⁶. In der gleichnamigen Zeitschrift wurde dem damaligen Justizminister, Christian Broda, unter Bezugnahme auf Quellen und Recherchen der österreichischen Widerstandsbewegung, vorgeworfen, dass zahlreiche ehemalige NS-Richter und Staatsanwälte, die seinerzeit an der Verhängung von Todesurteilen beteiligt waren, sich wieder oder immer noch im Justizdienst der Republik Österreich befinden. Das Justizministerium reagierte darauf, in dem es ausführte, dass die Wiedereinstellung von Nationalsozialisten nach 1945 in den Justizdienst, nur nach genauer Überprüfung ihrer

²⁵⁴ „Ich gelobe, daß ich die Verfassung und Gesetze der Republik Österreich unverbrüchlich beachten und meine Kraft in den Dienst des österreichischen Volkes und des Wiederaufbaues unserer schwer geprüften Heimat stellen werde“ (§ 9 B-ÜG 1945), vgl. dazu Kos, Zur Entnazifizierung der Bürokratie, in: Meissl/Mulley/Rathkolb, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne - Entnazifizierung in Österreich 1945-1955, S. 52 mit weit. Nachw.

²⁵⁵ Vgl. dazu auch Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 85

²⁵⁶ Vgl. dazu ausführlich, Wirth, Christian Broda – Eine politische Biographie, S. 291 ff. mit weit. Nachw.

Tätigkeit während der NS-Zeit in Kommissionen erfolgt sei, die mit Vertretern von allen drei Parteien besetzt gewesen waren²⁵⁷. In den *Sonderkommissionen* erfolgte eine Überprüfung im Sinne der Vorschrift von 21 NS-VG 1945 und in den besonderen Kommissionen der Bundesministerien eine Prüfung nach § 19 Abs. 2 NSG 1947. Weil die Art ihrer Verwendung im Justizdienst bis 1945 den Kommissionen und damit den zuständigen Regierungsvertretern bekannt gewesen sei, können jene Richter und Staatsanwälte nunmehr nicht nachträglich aus dem Justizdienst entfernt werden, so die Argumentation des Justizministeriums²⁵⁸.

Verwaltungsorganisatorisch waren für die Verfahren vor den Kommissionen bei den Gemeinden und Arbeitsämtern als zuständige Registrierungsbehörden sog. „Listen der Nationalsozialisten“ ausgelegt. Für Parteimitglieder der NSDAP, Parteianwärter, Angehörige der Wehrverbände sowie die Personen, die sich für die Aufnahme in die Schutzstaffel (SS) beworben hatten, bestand eine Meldeverpflichtung²⁵⁹. Jeder, der durch das NS-Verbotsgesetz insoweit erfasst und betroffen war, hatte seine Registrierung selbst vorzunehmen, Unterlassungen oder falsche Angaben wurden bestraft. An jeder einzelnen Dienststelle waren *Sonderkommissionen* eingerichtet, in denen die Voraussetzungen des § 21 NS-VG 1945 auf die *Verfassungstreue* bzw. die politische Tragbarkeit des Personals überprüft wurde. Für die Richterschaft wurden bei den Oberlandesgerichten und beim Staatsamt für Justiz eigene *Sonderkommissionen* gebildet²⁶⁰.

Diese Kommissionen hatten Gutachten zu erstellen, die dann etwa im Ergebnis lauten konnten: „Der Bedienstete bietet Gewähr“ (jederzeit rückhaltlos für die unabhängige Republik Österreich einzutreten), „der Bedienstete ist in den Ruhestand zu versetzen“ oder „der Bedienstete ist zu entlassen“²⁶¹. Ein positiver Bescheid der Kommissionen räumte aber nur ein Anstellungshindernis aus und begründete keinen Anspruch auf Weiterverwendung oder Wiederneueinstellung in den öffentlichen Dienst der Republik Österreich. Diese Entscheidung lag nach wie vor bei der jeweiligen Dienstbehörde.

Besetzt waren die *Sonderkommissionen* mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern, wobei zumindest ein Mitglied ein rechtskundiger Beamter sein musste und einer der Beisitzer von den Gewerkschaften gestellt wurde. Die Kommissionen waren der Struktur eines Gerichtsverfahrens nachgebildet und übten deshalb ihre Tätigkeit selbstständig und

²⁵⁷ Wirth, Christian Broda – Eine politische Biographie, S. 294 mit weit. Nachw.

²⁵⁸ Stadler, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen“ – Die Verfahren des Volksgerichtes Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955 S. 130 mit weit. Nachw.

²⁵⁹ Dazu umfassend Heller/Loebenstern/Werner, Kommentar zum NS-Gesetz, S. 95 ff.

²⁶⁰ Stadler, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen“ – Die Verfahren des Volksgerichtes Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955 S. 123 mit weit. Nachw.; Stadler, Karrierebruch? – Gerichtliche Verfolgung und Entnazifizierung, in: Kohl/Reiter-Zatloukal (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufsauswahl, S. 161 mit weit. Nachw.

²⁶¹ Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 132

unabhängig aus²⁶². Allerdings waren die Verhandlungen nicht öffentlich und die Beratungen der Senate und Spruchkammern geheim. Gegen ihre gutachterlich festgestellten Erkenntnisse konnte, innerhalb einer Frist von zwei Wochen, Berufung bei der Sonderoberkommission erhoben werden, welche beim Bundeskanzleramt eingerichtet war und aus einem Richter und jeweils einem, von den drei demokratischen Parteien entsandten, Vertreter bestand, mithin also aus vier Personen. Diese Entscheidung war endgültig. Die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs war gesetzlich nicht vorgesehen²⁶³.

Bis zum März 1946 sind bei 36 Dienststellen mit 13 Senaten *Sonderkommissionen* errichtet worden, bei denen insgesamt 13.636 Fälle eingegangen waren. Davon hatten 3,2 Prozent zur Entlassung, 12,5 Prozent zur Amtsenthebung und 1,4 Prozent zu Pensionierungen geführt. 82,1 Prozent der Fälle waren dagegen noch nicht entschieden oder gar nicht bearbeitet²⁶⁴. Von den *Sonderkommissionen* für Richter und Staatsanwälte sind 359 Verfahren dokumentiert²⁶⁵.

Organisatorisch war diese Form der Entnazifizierung nicht zu bewerkstelligen, was auch daran gelegen hat, dass den Kommissionen vom Gesetzgeber nur ein sehr kurzer Zeitraum von etwa 10 Monaten, nämlich vom 15. August 1945 bis zum 30. Juni 1946, zur Verfügung gestellt wurde²⁶⁶. Zum anderen erstreckte sich der Anwendungsbereich des Verbotsgesetz 1945 und damit auch die Zuständigkeit der *Sonderkommissionen* zunächst nicht auf ganz Österreich²⁶⁷, sondern nur auf die sowjetische Besatzungszone, weil nur die sowjetischen Besatzer die Autorität der Provisorischen Staatsregierung anerkannt hatten. Die westlichen Alliierten befürchteten in ihr zunächst einen Wegbereiter und Hilfsorgan der Sowjets für eine kommunistische Machtergreifung in Österreich²⁶⁸. Als sich diese Einstellung änderte und am 20. Oktober 1945 die Provisorische Staatsregierung auch von den Westalliierten anerkannt und das Verbotsgesetz 1945 dann im Februar 1946 schließlich auf dem gesamten Staatsgebiet der Republik Österreich rechtsverbindlich wurde, stand den *Sonderkommissionen* sogar ein noch kürzerer Zeitraum zur Verfügung.

²⁶² Zur Rechtsgrundlage und zum Durchführungsverfahren der Sonderkommissionen vgl. ausführlich Heller/Loebenstein/Werner, Kommentar zum NS-Gesetz, S. 215, 216

²⁶³ Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 131 Fn. 26

²⁶⁴ Tweraser, Die amerikanische Säuberungspolitik in Österreich, in: Schuster/Weber (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 376; Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 133 mit weit. Nachw.

²⁶⁵ Vgl. Stadler, Karrierebruch? – Gerichtliche Verfolgung und Entnazifizierung, in: Kohl/Reiter-Zatloukal (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufsauswahl, S. 161 mit weit. Nachw.

²⁶⁶ Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 134

²⁶⁷ Zu den Sonderkommissionen in der Steiermark vgl. Schöggel-Ernst, Entnazifizierung in der Steiermark, in: Schuster/Weber (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 231

²⁶⁸ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 259

Das Nationalsozialistengesetz vom 6. Februar 1947 (NSG 1947)²⁶⁹ und die Durchführungsverordnung vom 10. März 1947 versuchten das Entnazifizierungsverfahren grundlegend zu verändern, in dem sie den Personenstand der Registrierungspflichtigen änderten²⁷⁰. Insgesamt wurden die Kriterien für eine Anstellung im öffentlichen Dienst aufgelockert. Die *Sonderkommissionen* wurden abgeschafft und durch generelle Regelungen ersetzt. Die Überprüfung der *Verfassungstreue* und die politische Tragbarkeit des Personals erfolgte nunmehr durch den Dienstgeber selbst. So regelte § 19 Abs. 1 lit. b) NSG 1947, dass Minderbelastete im öffentlichen Dienst, nur bei Bedarf und nur nach besonderer Prüfung ihres politischen Verhaltens vor dem 27. April 1945, verwendet werden können. Das NSG 1947 konzentrierte sich insoweit auf die „Minderbelasteten“, weil man davon ausging, dass die „Belasteten“ schon von den *Sonderkommissionen* nach dem NS-VG 1945 entfernt worden waren²⁷¹. Im Gegensatz zu den „Belasteten“, die bereits vor dem Anschluss den Weg zum Nationalsozialismus gefunden hatten und die man als Fanatiker und als „echte Nazis“ einstufte, galten „Minderbelastete“ als Opportunisten, die lediglich aus Druck der NSDAP beigetreten waren²⁷².

Anders war die Einordnung des Gesetzgebers bei besonderen Berufsgruppen und Angehörigen des öffentlichen Diensts mit einem, vornehmlich Grund- und Persönlichkeitsrechte tangierendem, Tätigkeitsschwerpunkt. So bestimmte § 19 Abs. 2 NSG 1947, *„Minderbelastete Personen können nur auf besondere Entscheidung von besonders zu diesem Zweck gebildeten Kommissionen bei Polizeidienststellen, im Sicherheitswach-, im Gendarmerie-, im Kriminal- im Zollwach-, und im Justizwachdienst, bei der Strafrechtspflege und beim Strafvollzug verwendet werden oder die Berufe eines Rechtsanwalts (Rechtsanwaltsanwärters), eines Verteidigers in Strafsachen (Anwärters in diesem Berufe), eines Notars (Notariatskandidaten), eines Patentanwalts (Patentanwaltsanwärters) ausüben oder in den Kanzleien der vorgenannten Berufe angestellt sein [...]“*.

Besetzt waren diese Kommissionen gem. § 19 Abs. 3 NSG 1947 mit einem Vertreter aus dem zuständigen Bundesministerium als Vorsitzenden, für den Bereich der Justiz also mit dem Justizminister, bei der Polizei oder Gendarmerie mit dem Bundesinnenminister etc. Hinzu kam in jedem Fall ein Vertreter des Bundesjustizministeriums, ein Angehöriger der Berufsvertretung des Betroffenen, jeweils ein Vertreter der drei anerkannten politischen Parteien, mithin also aus insgesamt sechs Personen. Die Entscheidungen der Kommission

²⁶⁹ BGBl. 25/1947

²⁷⁰ Vgl. *Schöggel-Ernst*, Entnazifizierung in der Steiermark, in: *Schuster/Weber* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 237

²⁷¹ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 135

²⁷² Vgl. *Schuster*, Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West-)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18 (2003), S. 159 mit weit. Nachw.

waren mit einer Mehrheit von vier Stimmen zu treffen. Der Vorsitzende selbst durfte nicht mitstimmen.

Bei diesen Gremien handelte es sich um „besondere Kommissionen“, welche mit den dezentral organisierten *Sonderkommissionen* nach dem NS-VG 1945 nicht zu vergleichen waren. Wie schon bei dem Verbotsgesetz 1945, lag auch die Zielsetzung des NSG 1947 grundsätzlich darin, eine Weiterverwendung oder Neueinstellung von Nationalsozialisten im öffentlichen Dienst generell zu verhindern. Während die *Sonderkommissionen* dafür jeden Fall individuell aufzurollen und zu begutachten hatten, funktionierten die besonderen Kommissionen bei den einzelnen Bundesministerien in Wien nach dem NSG 1947 genau umgekehrt. Sie hatten über die Ausnahme der generellen Regelung, „keine Nationalsozialisten im öffentlichen Dienst“, zu entscheiden.

Sofern und soweit im Staatsdienst der wiedererrichteten Republik Österreich also Personal mit einer politisch bedenklichen nationalsozialistischen Vergangenheit beschäftigt war, hatten die zentral bei den Bundesministerien organisierten besonderen Kommissionen diese Fälle untersucht und nach § 19 Abs. 2 NSG 1947 positiv entschieden, die Betroffenen gleichwohl im öffentlichen Dienst zu beschäftigen. Dies war der Grund, warum sich das Bundesjustizministerium unter Christian Broda in den 1960er Jahren so schwer damit tat, nachträglich eine Entlassung von Richtern und Staatsanwälten zu verfügen, die durch ihre NS-Vergangenheit belastet waren²⁷³. Im Rahmen der Kommissionen war das Bundesjustizministerium bei den Einstellungsverfahren involviert²⁷⁴ und hätte sich mit einer nachträglichen Entlassungsentscheidung möglicherweise selbst widersprochen.

Insgesamt hatten die besonderen Kommissionen bis zum Mai 1948 17.002 Akten zu bearbeiten. Das Bundesjustizministerium bekam insgesamt 858 Akten von ehemaligen NS-Richtern und Staatsanwälten vorgelegt. Hiervon wurden in 501 Fällen die Betroffenen für den Staatsdienst zugelassen, in 114 Fällen wurde die Berufsausübung verweigert, bei 199 Akten erklärte sich die Kommission für unzuständig und über die restlichen Bestände war noch nicht entschieden²⁷⁵.

Die Entnazifizierung des öffentlichen Diensts, nach dem NS-Verbotsgesetz 1945 mit den *Sonderkommissionen* und den besonderen Kommissionen nach dem Nationalsozialistengesetz 1947, mag zwar keine Erfolgsgeschichte gewesen sein. Das Alliierte Entnazifizierungsbüro beschwerte sich bereits im März 1948 darüber, dass es sich bei einer Stichprobenentnahme mit einem Viertel der von den besonderen Kommissionen untersuchten Fällen, nicht einverstanden erklären konnte, 5 Prozent der Beurteilungen

²⁷³ Vgl. dazu ausführlich, Wirth, Christian Broda – Eine politische Biographie, S. 291 ff. mit weit. Nachw.

²⁷⁴ Vgl. Stadler, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen“ – Die Verfahren des Volksgerichtes Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955, S. 130 mit weit. Nachw.

²⁷⁵ Statistik nach Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 147

beruhen auf Gesetzesverletzungen und 20 Prozent seien zu mild entschieden²⁷⁶. Gleichwohl sind die Regierungsvertreter einer, organisatorisch kaum zu bewältigenden Aufgabe, mutig entgegengetreten und haben sie weitestgehend versucht, so unabhängig wie möglich zu gestalten. Wenn man auch mit den einzelnen Entscheidungen der zuständigen Untersuchungsorgane als Außenstehender, wie die Alliierten, oder nachträglich die Öffentlichkeit in den 1960er Jahren, nicht einverstanden war, so konnte man doch dem System selbst keinen Vorwurf machen. Die gesetzliche Grundlage des NSG 1947 und die Verbindung von zentral organisierten Kommissionen mit gerichtsähnlichem Charakter zur Beurteilung problematischer Einzelfälle entspricht dem, was man von einem Rechtsstaat, gerade nach den Erfahrungen der NS-Zeit, erwarten konnte und musste.

Eine weitere wesentliche österreichische Institution bei der Entnazifizierungspolitik, deren Schwerpunkt eigentlich auf dem Wiederaufbau des Staats- und Verwaltungsapparats lag, war der sog. *Liquidator* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs. Nach dem Behördenüberleitungsgesetz 1945 (B-ÜG 1945) war beabsichtigt, die Behörden und Einrichtungen des Deutschen Reichs aufzulösen und ihre Geschäfte auf die wieder zu errichtende österreichische Behördenorganisation, wie sie vor dem Anschluss bestanden hatte, überzuleiten²⁷⁷. Um den Wiederaufbau einer eigenen Behördenorganisation zu gewährleisten, wurde gem. § 1 Abs. 2 B-ÜG der *Liquidator* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs, in der Person von Dr. Wolfgang Troll, mit dieser Aufgabe betraut. Bis auf wenige Ausnahmen, wie etwa das Oberlandesgericht Linz, schloss dieser die Behörden, Ämter, Unternehmungen und sonstige Einrichtungen, die von den Nationalsozialisten in Österreich geschaffen oder besetzt worden waren und beschlagnahmte ihr Vermögen. Im Bereich der Justizverwaltung bestellte Troll mit Dr. Kaltenbrunner und Dr. Widmann zwei Vertreter. Hier hatte der *Liquidator* auch die Kompetenz, die in § 10 NS-VG 1945 definierten „Illegalen“ nach § 14 NS-VG 1945 zu entlassen oder in den Ruhestand zu versetzen²⁷⁸.

In der Praxis überschnitten sich die Aufgaben des *Liquidators* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs mit denen der *Sonderkommissionen*²⁷⁹. Intern hatte es hier zumeist Absprachen gegeben, wonach sich der *Liquidator* auf die „Illegalen“ und „Minderbelasteten“ zu konzentrieren hatte, während die *Sonderkommissionen* sich der Personengruppe der „Belasteten“ zuwendeten. Als nach der Novellierung des Verbotsgesetzes im Nationalsozialistengesetz 1947 Entlassungen nur noch für Belastete in Betracht kommen

²⁷⁶ Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 148

²⁷⁷ Brauner, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 259

²⁷⁸ Vgl. Stadler, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen“ – Die Verfahren des Volksgerichtes Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955, S. 123 mit weit. Nachw.

²⁷⁹ Schuster/Weber, Entnazifizierung im Regionalen Vergleich: Der Versuch einer Bilanz, in: Schuster/Weber (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 31

sollten, musste sich der *Liquidator* und seine Vertreter in Überprüfungsverfahren mit den bereits verfügbaren Entlassungsentscheidungen erneut auseinandersetzen und diese in vielen Fällen aufheben, da nach dem NS-VG 1945 auch „Illegale“ entlassen oder in den Ruhestand versetzt wurden, die nach dem NSG 1947 aber weiter verwendet werden konnten. Das NSG 1947 wirkte als Novellierung des NS-VG 1945 insoweit auf frühere Verfügungen zurück. Dokumentiert sind insgesamt 764 Verfahren des *Liquidators* gegen Richter und Staatsanwälte²⁸⁰.

Im Wesentlichen lag die Aufgabe des *Liquidators* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs aber nicht in dem strafenden Charakter, die er bei seiner Tätigkeit als Entnazifizierungsorgan nach § 10 i.V.m. § 14 NS-VG 1945 ausübte, sondern in seinen notwendigen Unterstützungsleistungen für den staatlichen Wiederaufbau des Verwaltungsapparats der wiedererrichteten unabhängigen Republik Österreich. Wie im Beamtenrecht üblich, bestimmte § 7 Abs. 1 B-ÜG für das überzuleitende Personal insoweit, dass „*die Übernahme auf einen Dienstposten der neugebildeten Personalstände durch Ernennung nach den hierfür bestehenden Vorschriften erfolgt*“. Daran anschließend legitimierte § 8 B-ÜG den *Liquidator* dazu, alle Bediensteten des öffentlichen Diensts, die nicht nach § 7 B-ÜG in den Dienst der Republik Österreich übernommen wurden, aus dem Dienstverhältnis auszuschneiden.

Der *Liquidator* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs besaß eine *Doppelfunktion*, nach der er einerseits als verlängerter Arm der Regierung ein unmittelbares und mit den erforderlichen Kompetenzen ausgestattetes Entnazifizierungsorgan war und andererseits über die Vorschriften des Behördenüberleitungsgesetzes eine verwaltungsrechtliche Selektion des wiedereinzustellenden Personals vornehmen konnte. Es war ihm somit möglich, unabhängig von den Entscheidungen und Ergebnissen der Entnazifizierungsverfahren und der *Sonderkommissionen*, Personalbestände aufzulösen und nach § 8 B-ÜG in den Ruhestand zu versetzen, wenn sie nicht nach § 7 B-ÜG übernommen wurden. Den Betroffenen stand in diesem Fall aber die Anrufung des Verwaltungsgerichtshofs zur Verfügung.

Insbesondere für die Richterschaft ergaben sich daraus verfassungsrechtliche Konflikte, weil man bei den staatlichen Wiederaufbaumaßnahmen in der Justiz zumindest bemüht war, weder auf die Personalbestände der Richter zurückzugreifen, die im Dienste des Deutschen Reichs gestanden hatten, noch auf den deutschen Behördenaufbau und die Gerichtsorganisation. Damit hatte der *Liquidator* weitreichende Kompetenzen, um Richtern

²⁸⁰ Stadler, Karrierebruch? – Gerichtliche Verfolgung und Entnazifizierung, in: Kohl/Reiter-Zatloukal (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufsauswahl, S. 161 mit weit. Nachw.

bereits nach den Vorschriften des B-ÜG ihre Wiedereinstellung in den Richterdienst zu versagen bzw. Richter in den Ruhestand zu versetzen. Überprüft werden muss daher, inwieweit eine derartige verwaltungsrechtliche Verfügung des *Liquidators* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs gegen einen Richter mit der verfassungsrechtlich sowohl im B-VG als auch in der *Vorläufigen Verfassung* gewährleisteten Garantie der richterlichen Unabhängigkeit und dem Verbot der Amtsenthebung und Versetzung zu vereinbaren ist. Diese Frage bildet einen Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung.

bb) Die Entnazifizierung der Besatzungsmächte in Österreich und die Stimmungslage der Bevölkerung

In der frühen Anfangsphase gab es in den Besatzungszonen der Westalliierten bei der personellen Entnazifizierung in Österreich kaum einen Unterschied zum Verfahren in Deutschland. Insbesondere war die Generalstabsdirektive JCS 1067/6 vom 26. April 1945 nicht auf Deutschland beschränkt, sondern galt auch für das von den USA besetzte österreichische Staatsgebiet. So führte jede Besatzungsmacht in ihrer Zone ein eigenes Entnazifizierungsprogramm durch, welches im Februar 1946 endete, weil die Autorität bei der Entnazifizierung den österreichischen Regierungsvertretern ab diesem Zeitpunkt vollständig und insbesondere auch von den westlichen Alliierten übertragen wurde²⁸¹. Das NS-Verbotsgesetz trat am 5. Februar 1945 für ganz Österreich in Kraft²⁸². Vorher galten die soeben dargestellten Maßnahmen der österreichischen Zentralregierung lediglich im Besatzungsgebiet der Sowjetunion. Die Alliierten übten ab Februar 1945 nunmehr eine Kontrollfunktion aus²⁸³.

Genau wie auf dem Gebiet des besetzten Deutschlands, führten die USA auch in ihrer österreichischen Besatzungszone einen komplizierten Fragebogen ein, um die Entnazifizierung individuell und bürokratisch durchzuführen. Die Folge waren Massenentlassungen in allen Bereichen. Wegen der zeitnahen Übertragung der Verantwortung auf die Provisorische Staatsregierung, kam es jedoch nicht zu denselben Verwaltungsproblemen wie in Deutschland²⁸⁴. Auch die Briten orientierten sich formal an den Direktiven der Amerikaner und gingen nach einem vergleichbaren Fragebogen vor²⁸⁵. Wenngleich für sie der Wiederaufbau einer österreichischen Republik im Vordergrund stand

²⁸¹ Anerkannt wurde die provisorische Staatsregierung von den Westalliierten bereits am 20.10.1945, vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 259

²⁸² *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 94

²⁸³ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 34

²⁸⁴ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 33

²⁸⁵ Vgl. *Schuster/Weber*, Entnazifizierung im Regionalen Vergleich: Der Versuch einer Bilanz, in: *Schuster/Weber* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 26

und nicht eine individuelle Reinigung der Bevölkerung, war man doch bestrebt, mit den USA offiziell in diesem Punkt zusammenzuarbeiten²⁸⁶. Die Franzosen hatten kein vorgefertigtes Entnazifizierungsprogramm²⁸⁷. Vielmehr versuchte Frankreich eine Zusammenarbeit mit den bereits autorisierten und eingesetzten Zivilverwaltungen herzustellen. Dabei spielten die regionalen Widerstandsbewegungen eine wesentliche Rolle, denn diesen war von der französischen Militärregierung bis zum Sommer 1945 legislative und exekutive Macht zugesprochen worden. Als das NS-Verbotsgesetz 1945 zur administrativen Grundlage der Entnazifizierung wurde, beschränkten sich die Franzosen darauf, die Tiroler und Vorarlberger Landesregierungen zu kontrollieren und übten Druck auf die Zivilverwaltungen aus, wenn es ihrer Ansicht nach zu langsam ging. Mit dem Inkrafttreten des Nationalsozialistengesetzes 1947 zog sich Frankreich auch aus seiner Kontrollfunktion zurück und überließ diese Aufgabe den Verwaltungsbehörden²⁸⁸.

Zusammenfassend unterscheidet sich die Entnazifizierung in Österreich also wesentlich von der Deutschlands. Österreich hatte schon frühzeitig wieder eine eigene Zentralregierung, die die Aufgabe der Entnazifizierung einheitlich für das gesamte österreichische Staatsgebiet verbindlich übernehmen konnte. Dies gelang besser als durch den Alliierten Kontrollrat in Deutschland. Allerdings gilt dies erst für den Zeitpunkt ab Februar 1946, als die Besatzungsmächte der Regierung diese Aufgabe übertragen hatten²⁸⁹. Zuvor verlief die Entnazifizierung –ähnlich wie in Deutschland- uneinheitlich in den jeweiligen Zonen und war schlecht bzw. gar nicht koordiniert.

Was die Stimmung und Akzeptanz der Entnazifizierungsmaßnahmen in der Bevölkerung anbelangt, bestand die erste und größte Sorge 1947 nach wie vor in der schlechten wirtschaftlichen Lage, unter der ehemalige Nationalsozialisten genauso litten wie Nichtnationalsozialisten. Weit verbreitet war die Meinung, dass der gewaltige Energieaufwand für die Entnazifizierung nicht produktiv sei und besser beim Wiederaufbau eingesetzt wäre²⁹⁰. Auch waren viele Österreicher der Ansicht, dass die strikte Durchführung der Entnazifizierung nur der Sowjetunion nütze, die sich mit schwachen Pufferstaaten umgeben wolle. Warum die USA eine solche Politik unterstützten, die sich gegen ihre eigenen Interessen richtete, war unverständlich²⁹¹.

²⁸⁶ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 34 ff.

²⁸⁷ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 37 ff.

²⁸⁸ *Schuster/Weber*, Entnazifizierung im Regionalen Vergleich: Der Versuch einer Bilanz, in: *Schuster/Weber* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 24

²⁸⁹ *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 94

²⁹⁰ Vgl. *Tweraser*, Die amerikanische Säuberungspolitik in Österreich, in: *Schuster/Weber* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 380

²⁹¹ Vgl. *Tweraser*, Die amerikanische Säuberungspolitik in Österreich, in: *Schuster/Weber* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, S. 381

3. Erkenntnisse über das Ausmaß der Entnazifizierung der belasteten Richter und den Grad der Zielerreichung

Wie bereits dargestellt, sollten die Richter bei der Entnazifizierung keine Sonderbehandlung erhalten oder etwaige Privilegien genießen. Das Alliierte Kontrollratsgesetz Nr. 4 vom 30. Oktober 1945 postulierte unmissverständlich, dass jedes Mitglied der NSDAP seines Amtes als Richter oder Staatsanwalt zu entheben und nicht wieder zuzulassen sei²⁹². Allerdings war der überwiegende Teil der deutschen Justiz mit Parteimitgliedern besetzt, zumeist sogar deutlich über 90% der Richterschaft²⁹³. Dieses Ergebnis ist nicht verwunderlich. Schließlich war die Mitgliedschaft in der NSDAP offenbar das absolute Minimum, welches das Naziregime an Solidaritätsbekundung eines Richters zu Hitler und dem Deutschen Reich voraussetzte. Die Richterschaft war im Nationalsozialismus zur Marionette von Staat und Führer geworden – viele sicherlich aus Überzeugung – einige aber wohl auch aus öffentlichem Druck, Zwang und falsch verstandener Loyalität oder Treue²⁹⁴. Der Reichsjustizminister Dr. Thierack erklärte 1942, insoweit sinnbildlich, „*dass die richterliche Unabhängigkeit aus dem Sprachschatz zu streichen sei [...] Der Richter sei mittelbarer Gehilfe der Staatsführung, von der er gelenkt werden müsse [...] er sei Lehensmann des Führers...*“²⁹⁵. Auch in Österreich wurden, nach dem Anschluss an das Deutsche Reich vom 13. März 1938 bereits zwei Tage später, sämtliche Richter und Staatsanwälte auf Adolf Hitler persönlich vereidigt. Der entsprechende „Erlass des Führers und Reichkanzlers über Vereidigung der Beamten des Landes Österreich“ enthielt neben der Eidesformel auch die Definition der „Juden“, die von der Vereidigung auszunehmen waren²⁹⁶.

Der politische Druck, der von den Nationalsozialisten auf die Richterschaft ausgeübt wurde, sollte nicht unterschätzt werden. Es ist unwahrscheinlich, dass es Richter oder Staatsanwälte gegeben hat, die diesem Druck widerstanden und sich nicht in irgendeiner Weise, zumindest offiziell nach außen, mit den Nazis solidarisierten. Damit fielen sie aber in aller Regel unter das, von den Amerikanern aufgestellte, Kriterium der Entnazifizierung und waren demgemäß aus ihrem Amt zu entlassen.

Auf der anderen Seite darf aber auch nicht verkannt werden, dass die Richterschaft im Deutschen Reich, nach dem Zusammenbruch der Monarchie 1918, dem parlamentarischen System der Weimarer Verfassung von Anfang an mehr als nur skeptisch

²⁹² Amtsblatt der Militärregierung, S. 39

²⁹³ Müller, Furchtbare Juristen, S. 204 ff. mit weit. Nachw.

²⁹⁴ Rottleuthner, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, S. 12 ff. mit weit. Nachw.

²⁹⁵ Schorn, Der Richter im Dritten Reich, S. 14 ff. mit weit. Nachw.

²⁹⁶ Schwarz, NS-Richter in Österreich, in: Reiter-Zatloukal/Kohl (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 129 mit weit. Nachw.

gegenübergestanden hatte. Die Mehrheit der Richter gehörten rechten oder konservativen Parteien wie der rechtsliberalen DVP oder der rechtskonservativen und antisemitischen DNVP und nur wenige der SPD oder dem Zentrum an. Viele waren zudem in republikfeindlichen Vereinigungen organisiert²⁹⁷. Auch die Justizpraxis der Weimarer Republik zeichnete sich vermehrt durch eine Privilegierung rechtsradikaler und die Benachteiligung kommunistischer oder republikanischer Angeklagter aus²⁹⁸.

Hätte man das, von den Amerikanern bevorzugte, Programm zur Entnazifizierung der Richterschaft konsequent vollzogen, so wären wahrscheinlich tatsächlich 9 von 10 Richtern als auf Lebenszeit aus dem Justizdienst zu entlassen gewesen²⁹⁹. Wenn dieses Ergebnis auch im Nachhinein vielleicht zu begrüßen war, so kam ein Verlust von 90% des als Richter oder Staatsanwalt tätigen Personals im Hinblick auf den notwendigen Wiederaufbau einer, rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden, Justizorganisation nicht in Betracht. Deshalb ging man bei Richtern und Staatsanwälten sukzessive dazu über, Ausnahmen bei der Entnazifizierung zu machen und Sonderregeln zuzulassen. Dies begann mit der Einführung der sog. „Huckepack-Regel“ in der britischen Besatzungszone, wonach bis zu 50% der wieder eingesetzten Richter als formell belastet eingestuft sein konnten und endete schließlich mit einer generellen Zulassung aller Juristen, die überhaupt ein Entnazifizierungsverfahren durchlaufen hatten, im Juni 1946³⁰⁰. Die Ausschaltung der Nationalsozialisten aus dem Wirkungskreis der Justiz, ist durch die Entnazifizierung jedenfalls nicht gelungen, im Gegenteil: 1948 waren z.B. in der britischen Zone ca. 80% der Landgerichtspräsidenten wieder ehemalige Parteimitglieder der NSDAP³⁰¹.

Vor dem Hintergrund dieser Statistik kann man die *personelle Entnazifizierung der Justiz* nur als *gescheitert* ansehen. Zu viele Richter und Staatsanwälte, die während der Zeit des Nationalsozialismus an Unrechtsentscheidungen mitgewirkt hatten, sind später wieder in Amt und Würden geraten; dies schließt eine andere historische Bewertung aus³⁰². Allerdings gibt es einige Umstände, die bei einer fairen und objektiven Würdigung der Entnazifizierung nicht außer Acht gelassen werden dürfen: Dies ist zunächst die damalige wirtschaftlich-politische Situation Deutschlands; Staat und Gesellschaft waren buchstäblich am Boden zerstört. Deutschland hatte einen beträchtlichen Teil seines Staatsgebietes

²⁹⁷ Vgl. dazu umfassend der Beitrag von *Reiter-Zatloukal*, Richterbild und Richterausbildung im nationalsozialistischen Deutschen Reich, in: *Reiter-Zatloukal/Kohl* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 83 mit weit. Nachw.

²⁹⁸ Ausführlich dazu: *Müller*, Furchtbare Juristen S. 27 mit weit. Nachw.

²⁹⁹ *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 204 ff. mit weit. Nachw.

³⁰⁰ *Wenzlau*, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945 bis 1949, S. 130 ff. mit weit. Nachw.

³⁰¹ *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 205 mit weit. Nachw.

³⁰² *Freudiger*, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 296 ff.

verloren; die Menschen litten Hunger und waren überwiegend perspektivlos. Gleichzeitig verfügte man aber gerade wegen des Gebietsverlusts über einen Personalüberschuss. Die vertriebenen Richter und Beamte aus den ehemaligen Ostgebieten hinzugerechnet, war genug Personal für einen Staatsaufbau vorhanden³⁰³. Vielen Familien stand daher wohl nur die Entnazifizierung im Wege, um wieder an Arbeit und Brot zu gelangen. Als die Entnazifizierung wieder auf die Länderregierungen übergegangen war, wurde es schwierig, dem Druck dieser tatsächlichen Verhältnisse standzuhalten. Zum anderen darf nicht verkannt werden, dass die Entnazifizierung nach deutschem Verständnis ein verwaltungsorganisatorisches Verfahren war und kein Strafverfahren. Es gibt zahlreiche wissenschaftliche Untersuchungen und Statistiken, die belegen, wie viele Richter trotz ihrer erheblichen Belastungen, sogar durch Todesurteile der Wehrmacht u.ä., wieder in den Justizdienst gelangten³⁰⁴. Allerdings existiert keine einzige Untersuchung, die es sich zur Aufgabe gemacht hätte, entlastende Indizien für die Vorgehensweise bei der Entnazifizierung zu finden. So ist nicht bekannt, ob und wie viele Richter es gegeben hat, deren Arbeitsweise und Urteile zwischen 1933 und 1945, auch nach heutigem Recht noch als vertretbar zu bewerten waren, die allerdings wegen ihrer Parteimitgliedschaft als von vornherein „belastet“ eingestuft wurden.

Das Ziel der Entnazifizierung, verstanden als eine umfassende Reinigung der Richterschaft, war mittels eines verwaltungsorganisatorischen Verfahrens nicht zu erreichen, zumal hierfür nur ein außerordentlich kurzer Zeitraum zur Verfügung stand. Allerdings hätte die Entnazifizierung eine breite Basis für anschließende Strafverfahren gegen ehemalige Richter bilden können. Dies ist der wohl schwerste Vorwurf, den man den in Politik und Rechtspflege Verantwortlichen nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland machen muss. Offenbar war es allgemeine Auffassung der Verantwortlichen, dass die tatsächlichen wirtschaftlichen und politischen Herausforderungen des Wiederaufbaus Deutschlands eine Entnazifizierung des Justizpersonals nur als verwaltungsorganisatorisches Verfahren erforderten, um damit möglichst zeitnah den Vorgang der Entnazifizierung abzuschließen.

Ein derartiges Privileg der Richterschaft hätte in einem Rechtsstaat nicht gewährt werden dürfen. Es gab nach 1945 ausreichendes Material in Form von Urteilen, Personalakten, betroffenen Justizopfern und Zeugen, den Informationen aus den Entnazifizierungsverfahren etc., um etliche Mitglieder des Justizapparats des NS-Staats auf die Anklagebank deutscher Strafgerichte zu bringen. Dass dies nicht geschehen konnte, muss letztlich dem obersten deutschen Strafgericht angelastet werden. Der BGH verlangte seit den 1950er Jahren für den subjektiven Tatbestand der Rechtsbeugung mindestens

³⁰³ Müller, Furchtbare Juristen, S. 206 mit weit. Nachw.

³⁰⁴ Vgl. etwa v. Miquel, Ahnden oder Amnestieren, S. 99 ff. mit weit. Nachw.

dolus directus 2. Grades³⁰⁵. Damit ein Richter nach § 339 StGB verurteilt werden konnte, musste er positiv wissen, dass er mit seinem Urteil gegen das geltende Recht verstößt. Dies nachzuweisen war praktisch nicht möglich. Ironischerweise sollte diese Rechtsprechung gerade dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit dienen, da ein Richter sonst immer mit einer Verurteilung wegen einer unrichtigen Entscheidung rechnen müsste, die er nur bedingt vorsätzlich begangen hat³⁰⁶. Diese Rechtsprechung führte zu einer „Sperrwirkung der Rechtsbeugung“, wie *Gustav Radbruch* sie bezeichnete³⁰⁷. Denn auch die Verurteilung wegen eines anderen Delikts, etwa wegen Totschlags oder Mordes, war dadurch unmöglich geworden. Wenn der Richter durch sein Urteil nicht das Recht verletzt, dann kann er sich durch den Urteilsspruch erst recht nicht anderweitig schuldig gemacht haben. Demzufolge wurde niemals auch nur ein einziger NS-Richter wegen Rechtsbeugung gem. § 339 StGB verurteilt. Dieses Ergebnis ist vor dem Hintergrund von über 20.000 vollstreckten Todesurteilen im Zeitraum von 1933 bis 1945 –teilweise wegen Bagatelldelikten- auch aus historischer Sicht kaum zu ertragen³⁰⁸.

Besonders beschämend für die deutsche Nachkriegsgeschichte ist der Umstand, dass einige Bundesrichter am BGH selbst, bis hinauf zum Präsidenten, eine unrühmliche Vergangenheit in der NS-Justiz hatten. Mit Dr. Pfeiffer wurde erstmals 1977 ein unbelasteter Richter Präsident am Bundesgerichtshof in Karlsruhe³⁰⁹. In Anbetracht der Tatsache, wie die Rechtsprechung des Bundesgerichts die Rechtsfortbildung prägt und hier, wie aufgezeigt, sehr praktischen Einfluss auf die Entnazifizierung und die Strafverfolgung nahm, kann nur angeregt werden, dass die Frühgeschichte des BGH einer umfassenden historischen Untersuchung unterzogen wird³¹⁰. Für das Bundesjustizministerium ist eine solche bereits erfolgt mit dem ernüchternden Ergebnis, dass etliche Schlüsselpositionen mit ehemaligen Nationalsozialisten besetzt waren³¹¹.

In der **österreichischen** Justiz sieht die Bilanz der Entnazifizierung nicht besser aus als in Deutschland³¹². Daran konnten auch die Verfahren vor den Volksgerichten, bei denen es sich immerhin um eigene Strafverfahren handelte, nichts ändern. So führte etwa das Volksgericht Wien nur bei 14 von insgesamt 52 angeklagten Richtern und Staatsanwälten überhaupt eine öffentliche Hauptverhandlung durch. Die übrigen 38 Fälle wurden in einem

³⁰⁵ BGHSt 10, S. 294

³⁰⁶ BGHSt 10, S. 294 [300]

³⁰⁷ *Radbruch*, SJZ 1946, S. 105 [108]

³⁰⁸ *Freudiger*, Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, S. 296 ff.

³⁰⁹ *Lamprecht*, Der unrühmliche Start des BGH, NJW 2015, S. 2941 ff. [2944]

³¹⁰ Zutreffend *Lamprecht*, Der unrühmliche Start des BGH, NJW 2015, S. 2941

³¹¹ Vgl. dazu ausführlich: *Görtemaker/Safferling*, Die Akte Rosenberg

³¹² Zu den Karriereverläufen vgl. den Beitrag von *Enderle-Burcel*, Karrieren von Richtern und Staatsanwältern 1938 bis 1945 und in der Nachkriegszeit, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (BRGÖ), S. 46 ff. mit weit. Nachw.

nicht öffentlichen Vorverfahren, quasi „im stillen Kämmerlein“ der Juristen unter sich, beendet. Gleichzeitig waren nachweislich 72 von insgesamt 231 Richtern im Bezirk des OLG Wien ehemalige Nationalsozialisten³¹³. Bis zum Juni 1948 sind in ganz Österreich etwa 1/3 der Richter als „Minderbelastete“ eingestuft. Richter und Staatsanwälte von den besonderen Kommissionen wieder zur Berufsausübung zugelassen worden³¹⁴. 357 weitere Fälle waren zu diesem Zeitpunkt noch nicht abgeschlossen. Die „Minderbelasteten-Amnestie“ 1948 machte den Kommissionsbescheid grundsätzlich überflüssig, wenngleich die Amnestie nicht zur Folge hatte, dass jene Richter oder Staatsanwälte automatisch wieder in den Dienst übernommen wurden. Dies konnten nur die besonderen Kommissionen entscheiden.

In der Richterschaft selbst standen die Entnazifizierungsmaßnahmen in der frühen Nachkriegszeit erheblich in der Kritik, unabhängig ob es sich um die ersten Säuberungsmaßnahmen der Westalliierten in ihren Besatzungsgebieten oder die Maßnahmen der Provisorischen Staatsregierung bzw. der Regierung unter Kanzler Figl mit den *Sonderkommissionen* nach dem NS-VG 1945 oder den späteren besonderen Kommissionen des Bundesjustizministeriums nach dem NSG 1947 handelte. Das gesteigerte Arbeitsaufkommen in der Strafrechts- und Zivilrechtspflege aufgrund der erhöhten Kriminalität nach dem zweiten Weltkrieg und den Rechtseingriffen der Nationalsozialisten, war kaum noch zu bewältigen. Während es zur Zeit des Anschluss 1938 406 Richter und 50 Staatsanwälte in Wien gab, taten 1946 – aufgrund der Entnazifizierung – nur 206 Richter und 20 Staatsanwälte Dienst³¹⁵. Gleichzeitig forderte das alliierte Entnazifizierungsbüro die Entfernung von weiteren 72 Richtern wegen ihrer nationalsozialistischen Vergangenheit. Dies hätte die Justiz in weiten Teilen handlungsunfähig gemacht. Es waren Fälle aktenkundig, bei denen die verdächtigen Straftäter nahezu ein ganzes Jahr für Delikte in Untersuchungshaft saßen, die lediglich ein Strafmaß von 3 bis 4 Monaten besaßen³¹⁶. 35 der betroffenen Richter und Staatsanwälte hatten Gesuche an das Bundeskanzleramt gestellt, weiter in ihrem Dienstverhältnis verweilen zu dürfen. Vom Bundesjustizministerium wurden diese Anträge ausdrücklich unterstützt und zwar mit dem Argument, dass das Verbotsgesetz 1945 vom Alliierten Rat genehmigt worden sei und dass es danach eben zulässig sei, dass politisch belastete Personen, die nach § 21 NS-VG 1945 von den *Sonderkommissionen* als tragbar eingestuft wurden, wieder im öffentlichen Dienst und damit auch in der Justiz als Richter zu

³¹³ Stadler, Karrierebruch? – Gerichtliche Verfolgung und Entnazifizierung von Richtern und Staatsanwälten nach 1945, in: Kohl/Reiter-Zatloukal (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 162 ff. mit weit. Nachw.

³¹⁴ Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 150

³¹⁵ Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 150 mit weit. Nachw.

³¹⁶ Vgl. Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 150 mit weit. Nachw.

beschäftigen sind³¹⁷. Da die *Sonderkommissionen* beim Oberlandesgericht oder beim Staatsamt für Justiz eingerichtet waren und mit einem Personal besetzt war, dass die aktuellen Personalprobleme und den Arbeitsaufwand aus der eigenen Erfahrung kannte, wurde vom Justizministerium durch seine Verlautbarung und Unterstützung der Richter, ein mittelbarer Druck auch auf die *Sonderkommissionen* ausgeübt.

Über der Entnazifizierung schwebte also das Damoklesschwert des zeitnahen Wiederaufbaus der Justiz, sowohl in Deutschland als auch in Österreich³¹⁸. Dafür war man bereit, entsprechende Zugeständnisse zu machen. Dass man der Problematik der ehemaligen NS-Richter auch nicht strafrechtlich beikommen konnte, ist möglicherweise der fehlenden Distanz einiger Richter zu dem vergangenen Rechtssystem geschuldet. Schließlich muss es einen Grund dafür geben, dass das Ergebnis der Strafverfahren in beiden Ländern nahezu identisch, die Gesetzes- und Rechtslage sich aber deutlich unterschieden, da es den Tatbestand der Rechtsbeugung im österreichischen Recht nicht gibt. Allein der Vorwurf der Vetternwirtschaft dürfte als Erklärung dazu nicht ausreichen. Der Gedanke, als Richter geltendes „Recht“ gesprochen zu haben und dafür bestraft zu werden, war wohl für die meisten Richter und Rechtsgelehrten einfach ein zu großer Widerspruch in sich selbst³¹⁹.

Als der österreichische Bundesjustizminister Christian Broda im Juli 1962 seinem Ministerium den Auftrag erteilte, zu überprüfen, wie der Justizapparat Österreichs in der Vergangenheit zusammengesetzt sei, wie die Entnazifizierung im Justizdienst und die Wiedereinstellung von nach 1945 entlassenen Juristen erfolgt war und wie viele Spitzenfunktionäre in der Justiz zwischen 1938 und 1945 außer Dienst gestellt worden waren, erhielt er die Antwort, „dass 660 Richter und 48 Staatsanwälte , die in der NS-Zeit Dienst versahen, immer noch im Dienst der Republik Österreich als Richter und Staatsanwälte stehen“³²⁰.

³¹⁷ Vgl. *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 152 mit weit. Nachw.

³¹⁸ *Stadler*, „...Juristisch bin ich nicht zu fassen“ – Die Verfahren des Volksgerichtes Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955, S. 127

³¹⁹ Vgl. *Stadler*, Karrierebruch? – Gerichtliche Verfolgung und Entnazifizierung von Richtern und Staatsanwälten nach 1945, in: Kohl/Reiter-Zatloukal, RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft, S. 153

³²⁰ Vgl. *Wirth*, Christian Broda – Eine politische Biographie, S. 293 mit weit. Nachw.

4. Beendigung der Entnazifizierung

In **Deutschland** wurde das Ende der Entnazifizierung mit der Gründung der Bundesrepublik vorangetrieben. Am 15. Oktober 1950 hatte der Bundestag Empfehlungen an die Länder für eine einheitliche Beendigung des Verfahrens herausgegeben³²¹. Daraufhin wurden unterschiedliche Abschlussgesetze in den einzelnen Bundesländern verabschiedet. Letztes Bundesland, das die Entnazifizierung offiziell für beendet erklärte, war Bayern im Jahr 1954³²². Nicht abgeschlossen war damit freilich die *strafrechtliche* Behandlung von NS-Verbrechen. Diese beschäftigt die Justiz vereinzelt noch heute; lediglich das hohe Alter der Beschuldigten und der damit verbundene Nachweis der Verhandlungsfähigkeit verhindert von Fall zu Fall die Eröffnung einer Hauptverhandlung bzw. die Verurteilung. Hinsichtlich der Wiedereinstellung von *entlassenen Beamten*, mit Ausnahme solcher, die durch rechtskräftigen Spruchkammerbescheid ihr Amt verloren hatten, wurde das Gesetz zu Art. 131 GG erlassen³²³.

In **Österreich** erfolgte das Ende der Entnazifizierung sukzessive. Die Volksgerichte wurden offiziell zwar erst 1955 aufgelöst, ab 1948 war man in der verwaltungsorganisatorischen Entnazifizierung aber an einer Grenze angelangt, die nicht überschritten wurde. Schon 1946 hatte sich die Regierung für eine Befristung der Entnazifizierungsmaßnahmen eingesetzt, um mehr Personal für den staatlichen Wiederaufbau bereitstellen zu können³²⁴. Hatten dies die Alliierten zunächst entschieden zurückgewiesen, änderte sich dies, als es in den besetzten Gebieten Westdeutschlands teilweise bereits 1947 zu Amnestien gekommen ist. Die Regierung vertrat den Standpunkt, dass Österreich nicht als befreites Land von den Alliierten behandelt würde, sondern im Ergebnis härter als das besiegte Deutschland. Sie drängte daher auf Teilamnestien, wie etwa die der Jugendamnestie, welche aber stets an einem Veto der sowjetischen Besatzer scheiterte³²⁵. Anfang 1948 machten die sowjetischen Besatzer einen eigenen Vorschlag, der von den österreichischen Regierungsvertretern und den westlichen Alliierten angenommen und mit der Minderbelastetenamnestie umgesetzt wurde. Davon waren ca. 90 Prozent aller ehemaligen Nationalsozialisten betroffen und die Entnazifizierung als Massenphänomen und staatlich gelenkte Umerziehungsmaßnahme abgeschlossen. Übrig blieben ca. 40.000 registrierte

³²¹ *Fürstenau*, Entnazifizierung, S. 237 ff.

³²² *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 116

³²³ *Erdmann*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in Gebhardt (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, S. 116

³²⁴ Vgl. *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in *Meissl/Mulley/Rathkolb*, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne - Entnazifizierung in Österreich 1945-1955, S. 33

³²⁵ *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in *Meissl/Mulley/Rathkolb*, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne - Entnazifizierung in Österreich 1945-1955, S. 33

Belastete, die zwar mit straf- oder verwaltungsrechtlichen Sanktionen belegt waren, die aber wiederum in den 1950er Jahren ausliefen oder die von den Amnestien 1955 und 1957 profitierten³²⁶.

5. Signifikante Beispiele

Es gibt etliche Beispiele von Karrieren ehemaliger NS-Richter im Justizdienst der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich³²⁷. Eine ins Detail gehende Schilderung und Bewertung solcher Beispiele würde den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen; gleichwohl kann die Darstellung besonders **markanter Fälle** dazu beitragen, dass Dilemma der Entnazifizierung und Weiterbeschäftigung belasteter Richter nach 1945 zu verdeutlichen. Für Deutschland wird sich im Folgenden auf die Fälle von Richterpersönlichkeiten beschränkt, die später auch am Bundesgerichtshof in Karlsruhe tätig waren:

Dr. Friedrich **Mattern** wurde 1909 geboren und hatte als Landgerichtsrat und Beisitzer des Sondergerichts Brünn im heutigen Tschechien etliche Todesurteile unterzeichnet. 1968 wurde ein besonders schwerwiegender Fall bekannt; es ging um ein Urteil aus dem Jahre 1942. Ein 20-jähriger, nach damaliger Rechtslage also noch minderjähriger, junger Mann wurde von der Kammer, unter dem Beisitzer Mattern, als Volksschädling zum Tode verurteilt, weil er mit Fleisch- und Brotmarken gehandelt hatte³²⁸. Im Entnazifizierungsverfahren wurde Mattern als Entlasteter eingestuft und 1958 zum Bundesgerichtshof nach Karlsruhe berufen, wo er bis zu seiner Pensionierung am 30.11.1976 tätig war.

Dr. Hugo **Koban**³²⁹ wurde 1895 in Graz geboren. Dort nahm er das Studium der Rechtswissenschaften auf, beendete es erfolgreich und wurde 1927 als Richteranwalt übernommen. Ab 1937 war er als Landgerichtsrat am Kreisgericht Leoben tätig. Im selben Jahr wurde er Mitglied in der NSDAP, die er tatkräftig auch in seinem Richteramt unterstützte. Nur ein Jahr später ernannte man ihn als Landgerichtsrat zum Ermittlungsrichter des Volksgerichtshofs. Damit war er integraler Bestandteil einer

³²⁶ *Stiefel*, Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in *Meissl/Mulley/Rathkolb*, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne - Entnazifizierung in Österreich 1945-1955, S. 33

³²⁷ Lesenswert der Beitrag von *Enderle-Burcel*, Karrieren von Richtern und Staatsanwälten 1938 bis 1945 und in der Nachkriegszeit, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs (BRGÖ), S. 42 ff. mit weit. Nachw.

³²⁸ *Lamprecht*, Der unrühmliche Start des BGH, NJW 2015, S. 2941 [2943]

³²⁹ Ausführlich zur Personalie Dr. Koban: *Neugebauer/Schwarz*, Der Wille zum aufrechten Gang, S. 180 ff. mit weit. Nachw.

nationalsozialistischen Massenmordmaschinerie, die von insgesamt 2.137 angeklagten Österreichern 1.887 verurteilte und davon 814 zum Tode (43,1%)³³⁰. Als vermeintlich „Illegaler“ im Sinne des *NS-Verbotsgesetzes* wurde *Koban* nach Kriegsende seines Amtes enthoben. Nunmehr bezeichnete er sich allerdings offiziell nur noch als Parteianwärter und bat bei der Registrierung ehemaliger NS-Angehöriger durch die Provisorische Staatsregierung um Nachsicht. 1949 wurde er wieder Landesgerichtsrat des Kreisgerichts Leoben und zehn Jahre später, nach langen Debatten, sogar dessen Vizepräsident. Als *Dr. Koban* 1960 in den altersbedingten Ruhestand trat, wurde ihm das „Goldene Ehrenzeichen für Verdienste um die Republik Österreich“ verliehen.

Dr. Otto **Riedel-Taschner** wurde 1902 geboren und war in der Zeit von 1939 bis 1943 Landgerichtsrat am Oberlandesgericht Wien. Dort war er als Richter des 7. Strafsenats unter anderem für die Verfahren gegen ehemalige Widerstandskämpfer zuständig, die er in den allermeisten Fällen zum Tode verurteilte³³¹. Besonderes Aufsehen erregte in der späteren Nachkriegszeit das Strafverfahren gegen den 39-Jährigen Eisenbahner Leopold Strasser, der zuvor weder vorbestraft, noch sonst auffällig gewesen war³³². Strasser wurde von der Staatsanwaltschaft wegen „Vorbereitung zum Hochverrat“ angeklagt, weil er 42 Reichsmark an eine (kommunistische) Organisation gespendet hatte, welche sich der Unterstützung von Frauen und Kindern politischer Häftlinge verschrieben hatte. Das Oberlandesgericht Wien verurteilte Strasser durch die Richter Russegger, Delisch und Dr. Riedel-Taschner zum Tode³³³. In seiner Begründung führte es aus: „Für solche Übeltäter ist kein Platz in der Volksgemeinschaft. Nur die schwerste zulässige Strafe kann ihrem Verschulden [...] gerecht werden“. Am 29. April 1945 wurde Strasser in dem Gebäude des Wiener Landesgerichts durch die Guillotine geköpft. Nach 1945 wurde Dr. Riedel-Taschner Senatspräsident des Landesgerichts für Zivilsachen in Wien.

Ernst **Mantel**³³⁴ (geb. 06.05.1897 in Augsburg) begann seine Karriere in der Weimarer Zeit als Richter am Landgericht München I. Als überzeugter Nationalist wurde er, nach der Machtergreifung durch die Nationalsozialisten, zum Landgerichtsrat befördert, da er die Gewähr dafür bot, „jederzeit rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat einzutreten“³³⁵. Ab August 1934 wurde er Untersuchungsrichter des Volksgerichtshofs und leitete die Voruntersuchungen für Hochverrat, Landesverrat und Verrat militärischer Geheimnisse. An wie vielen Todesurteilen des Volksgerichtshof *Mantel* insoweit mittelbar

³³⁰ *Neugebauer/Schwarz*, Der Wille zum aufrechten Gang, S. 181, Fn. 368 mit weit. Nachw.

³³¹ *Neugebauer/Schwarz*, Der Wille zum aufrechten Gang, S. 171, 172 Fn. 360 mit weit. Nachw.

³³² Vgl. dazu: Der Spiegel, Nr. 44/1965, S. 141

³³³ Aktenzeichen: 7 OJs 80/42

³³⁴ Ausführlich zur Personalie Mantel in: *Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof, S. 320 ff. mit weit. Nachw.

³³⁵ Personalakte Mantel, in: BA Aachen (Zentralnachweisstelle) H2-32120, W-10/2090, 2091

beteiligt war, kann nicht mehr gesagt werden. Die positiven Bewertungen *Mantels* durch den stellvertretenden Präsidenten des Volksgerichtshofs, Wilhelm *Bruner* im April 1936, als „gründlich und mit dem scharfen Blick für das Wesentliche“³³⁶, geben allerdings Anlass zu traurigen Vermutungen. Im Juni 1937 wechselte er in die Heeresjustiz der Wehrmacht, wo er umgehend zum Oberkriegsgerichtsrat befördert wurde. Dort wurde er engster Vertrauter und Mitarbeiter von Generalleutnant Eugen *Müller*. Müller hatte vor dem Russlandfeldzug die Anweisung von *Hitler* erhalten, einen kommissarischen Befehl für die „Behandlung“ gefangener politischer Hoheitsträger zu formulieren, gemeint war deren Ermordung. Es waren Müller und Mantel, welche die jeweiligen Befehlshaber der Armeen auf diesen sog. Kommissarbefehl einschworen³³⁷. 1939 war Mantel beteiligt an den Todesurteilen gegen die Verteidiger der von den Deutschen am 1. September 1939 überfallenen Poststation in Danzig. Es handelte sich um einen „38-fachen Justizmord“³³⁸. Als noch im Februar 1945 ein junger Soldat, wegen einer fälschlich angefertigten Überweisung zur Krankensammelstelle, zum Tode verurteilt wurde, hatte *Mantel* über dessen Gnadengesuch zu entscheiden, es wurde abgewiesen³³⁹.

Etwa einen Monat vor der Kapitulation wurden am 9. April 1945 im Konzentrationslager Flossenburg Anführer des Widerstandes um Admiral Wilhelm *Canaris*, General *Oster*, aber auch Pastor Dietrich *Bonhoeffer* von einem SS-Standgericht zum Tode verurteilt und hingerichtet. Vorsitzender Richter des Standgerichts war Otto Thorbeck³⁴⁰, Ankläger Walther Huppenkothen³⁴¹. Als Thorbeck und Huppenkothen am 15. Oktober 1955 von der Schwurgerichtskammer des Landgerichts Augsburg endlich wegen Beihilfe zum Mord zu vier bzw. sechs Jahren Haft verurteilt wurden, hob der Bundesgerichtshof dieses Urteil am 19. Juni 1956 wieder auf, da „das Urteil dem damaligen Recht entsprochen hätte und ein SS-Standgericht ein ordnungsgemäßes Gericht gewesen sei“³⁴². Es trägt die Unterschrift von Ernst Mantel, Richter des 1. Strafsenats am Bundesgerichtshof in Karlsruhe.

An der Bewertung der Personalie des Dr. Willi **Geiger** scheiden sich offenbar die Geister: Dessen beeindruckende Justizkarriere, sowohl vor als auch nach dem Kriege, kann hier nur kurz skizziert werden³⁴³: Der im Mai 1909 geborene Willi *Geiger* begann seine Justizlaufbahn im Bezirk des Oberlandesgerichts Bamberg nach seinem zweiten Staatsexamen 1936. Bereits bei der Anstellung war ihm seine, vermeintlich geringe,

³³⁶ Beurteilung vom 9. April 1936, in BA Koblenz, Personalakte: 101/39839-39843, 40008

³³⁷ Vgl. *Krausnick/Wilhelm*, Die Truppe des Weltanschauungskrieges, S. 218

³³⁸ *Süddeutsche Zeitung*, Nr. 123, 1998

³³⁹ *Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof, S. 325 mit weit. Nachw.

³⁴⁰ *Klee*, Das Personenlexikon zum Dritten Reich, S. 624

³⁴¹ *Klee*, Das Personenlexikon zum Dritten Reich, S. 276

³⁴² BGH, Urt. v. 19.06.1956, 1. StR 50/56; umfassend *Görtemaker/Safferling* in: Die Akte Rosenberg, S. 19 ff. mit weit. Nachw.

³⁴³ Ausführlich dazu *Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof, S. 334 ff.

„Sympathie für das Dritte Reich“³⁴⁴ nicht förderlich gewesen. Dennoch attestierte er etwa in seiner Doktorarbeit 1938, „mit einem Schlag den übermächtigen, volksschädigenden und kulturzersetzenden Einfluss der jüdischen Rasse auf dem Gebiet der Presse beseitigt zu haben“³⁴⁵ – eine Äußerung – an die er später nicht mehr gern erinnert werden mochte. Sowohl in den Fragebögen der Entnazifizierungsverfahren, als auch in seinem Lebenslauf hatte er stets verschwiegen, dass er als Staatsanwalt beim Sondergericht Bamberg zwischen 1942 und 1943 tätig war und in diesem Rahmen in mindestens 5 Fällen die Todesstrafe beantragte. Besonders zweifelhaft war seine Beteiligung als Ankläger wegen dem Tatbestand der „Zersetzung der Wehrkraft“. Der Angeklagte hatte *Adolf Hitler* unter anderem als „Nazischwein“ und „Kriegsverursacher“ bezeichnet und entging nur mit Glück der Todesstrafe, da das Gericht dem Antrag der Staatsanwaltschaft nicht folgte³⁴⁶.

Nach dem Krieg holte ihn Justizminister **Dehler** 1949 ins Bundesjustizministerium, wo er für Verfassungsfragen zuständig war und u.a. das Bundesverfassungsgerichtsgesetz in wesentlichen Teilen prägte sowie den ersten Kommentar dazu verfasste. 1950 wurde er Richter am Bundesgerichtshof und ab 1951 Richter am Bundesverfassungsgericht (für die Dauer seines Amtes am BGH) bis 1977. Es ist nicht übertrieben zu sagen, dass es ohne *Willi Geiger* das Rechtsinstitut des Art. 93 Abs. 1 Nr. 4 a GG, § 13 Nr. 8a BVerfGG – „die Verfassungsbeschwerde“- nicht oder zumindest nicht in dieser Form gegeben hätte. In Anbetracht seiner Verdienste um und für die Verfassung, die er immerhin über 26 Jahre entscheidend prägte und mit verteidigte, ist *Geiger* möglicherweise einer der Wenigen, auf den der pauschale Satz Hermann *Lübbes* zutreffen mag: Manchmal sollte man nicht nur schauen, „woher jemand gekommen ist, sondern auch wohin er bereit war zu gehen.“³⁴⁷

II. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Entnazifizierung der Richterschaft in Deutschland und Österreich

Wenn es das Ziel der personellen Entnazifizierung war, „...den deutschen Militarismus und Nazismus zu vernichten; [...] alle Kriegsverbrecher einer gerechten und schnellen Bestrafung zuzuführen; [...] die Nazipartei, die nazistischen Gesetze, Organisationen und Einrichtungen vom Erdboden zu tilgen; alle nazistischen und militärischen Einflüsse aus öffentlichen Einrichtungen, dem Kultur- und Wirtschaftsleben des deutschen Volkes zu entfernen“³⁴⁸ und dieses Ziel nicht nur scheiterte, sondern es insbesondere in der Richterschaft und in der öffentlichen Verwaltung zu einer Art der „Renazifizierung“ des

³⁴⁴ *Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof, S. 339 f. mit weit. Nachw.

³⁴⁵ *Geiger*, Die Rechtsstellung des Schriftleiters nach dem Gesetz vom 04.10.1933, S. 40

³⁴⁶ *Godau-Schüttke*, Der Bundesgerichtshof, S. 347 ff. mit weit. Nachw.

³⁴⁷ *Görtemarker/Safferling*, Die Rosenberg, S. 98-99; Hermann *Lübbe*, Deutschland nach dem Nationalsozialismus 1945-1990, S. 284, 296

³⁴⁸ Zit. nach *Fischer*, Teheran, Jalta, Potsdam, S. 184 f.

Personals kam, hat dies notwendigerweise Konsequenzen für die damit verbundene Konkretisierung des Verfassungs- und Gesetzesrechts sowohl in Deutschland als auch in Österreich. Denn in beiden Ländern waren Verfassungen vorhanden und wirksam, bevor die Maßnahmen der Entnazifizierung offiziell beendet waren. Die 1945 wieder in Kraft gesetzte Verfassung Österreichs in der Form von 1929 und vor allem das deutsche Grundgesetz von 1949 sind aufgrund der Erfahrungen mit dem NS-Regime insgesamt und in zahlreichen einzelnen Regelungen in der Absicht normiert, ein für alle Mal zu verhindern, dass sich nationalsozialistische Strukturen erneut bilden können. Besonders deutlich wird dies an der Systematik des deutschen Grundgesetzes: Dies beginnt nicht mit der Normierung des Staates und seiner Untergliederungen, sondern mit der Garantie der Menschenwürde sowie den Grund- und Freiheitsrechten (Art. 1-19 GG), begründet sodann die Elemente einer freiheitlich-demokratischen Grundordnung, insbesondere mit dem Bekenntnis zu einer sozialen Rechtsstaatlichkeit. Auch im staatsorganisatorischen Teil des Grundgesetzes finden sich zahlreiche Regelungen, die darauf gerichtet sind, die negativen Erfahrungen mit der Weimarer Reichsverfassung und dem seinerzeitigen Verfall von Gesetz und Recht in den Jahren von 1933 bis 1945 entgegen zu wirken³⁴⁹.

Wenngleich die Verfasser des Grundgesetz im Hinblick auf die Rechtsstellung der Beamten- und Richterschaft der Frage der Entnazifizierung etwas aus dem Wege gegangen sind, indem sie diese durch Art. 131 und 132 GG auf den einfachen Gesetzgeber bzw. die Regierung delegierten, kann es keinem Zweifel unterliegen, dass eine personelle Kontinuität der Richterschaft über 1945 hinaus die Konkretisierung der Wertentscheidungen des Grundgesetzes nachhaltig gefährdet. Diese Wertentscheidungen bzw. die Verfassung gestaltenden Grundprinzipien des demokratischen und sozialen Rechtsstaats, der Menschenwürde in Verbindung mit der individuellen Freiheit des Einzelnen, sind für die Staatsgewalt des Bundes und der Länder bindend, nicht verhandelbar und der juristischen Interpretation nur begrenzt zugänglich. Art. 79 Abs. 3 GG verdeutlicht, dass sie selbst einer verfassungsändernden Gesetzgebung entzogen sind. Von daher erscheint es realitätsfern anzunehmen, dass Richter, die an dem schwerem Justizunrecht der Nationalsozialisten beteiligt waren, diese Werte in ihrer alltäglichen Rechtsprechungstätigkeit zu konkretisieren vermögen, geschweige denn, in ihrem Amt auch nach außen überzeugend zu vertreten im Stande sind. Es wäre lebensfremd einem Richter, der in seiner Laufbahn bereitwillig an zahlreichen Todesurteilen wegen Bagatelldelikte und Kleinkriminalität mitwirkte, zu unterstellen, den überragenden Vorrang der Garantien in Art. 1 Abs. 1 GG oder Art. 85 B-VG i.V.m. Art. 2 EMRK, 13. ZP-EMRK verinnerlicht zu haben.

³⁴⁹ Vgl. etwa *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 79 Rdnr. 6

Ein derart widersprüchliches Richterbild ist mit dem Grundgesetz, insbesondere mit einer der sozialen Rechtsstaatlichkeit verpflichteten Grundordnung, nicht zu vereinbaren. Es widerspricht bereits der verfassungsimmanenten Vorstellung von „*Justitia*“ als Personifikation der überpositiven Gerechtigkeit und gleicht mehr dem doppelgesichtigen „*Janus*“. Gleichwohl stellen die Verfassungen Deutschlands und Österreichs auch jene janusköpfigen Richter unter ihren Schutz. Der Grundsatz der Gewaltenteilung mit der Bindung aller staatlichen Gewalt an Recht und Gesetz sowie die besondere Hervorhebung der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG, Art. 87, 88 B-VG), postulieren für Richter faktisch ein „Verbot der Amtsenthebung“. Die strafrechtliche Ahndung von belasteten NS-Richtern war, wegen der Sperrwirkung der Rechtsbeugung, in Deutschland ausgeschlossen. Somit schützten die Verfassungen letztlich das, was zu bekämpfen sie beabsichtigt hatten: Eine personelle „Renazifizierung“ der Richterschaft.

Der Spagat, die Entnazifizierung und den Wiederaufbau der Justiz nebeneinander realisieren zu wollen, führte unweigerlich zu einem verfassungsrechtlichen *Spannungsverhältnis*. Immer wieder sind Debatten über ehemalige NS-Richter in der Justiz ins Rampenlicht der Öffentlichkeit geraten, ohne diese verfassungsimmanenten Spannungen zu berücksichtigen. Kläglich und schon beinahe hilflos mutet der Versuch des bundesdeutschen Gesetzgebers 1962 schließlich an, es ehemaligen NS-Strafrichtern über § 116 DRiG freiwillig selbst zu überlassen, aus dem aktiven Dienst in den bezahlten Ruhestand auszuscheiden³⁵⁰.

Im Folgenden soll es darum gehen, dieses verfassungsrechtliche *Spannungsverhältnis* zwischen Demokratie und Rechtsstaat, mit den Elementen der Gewaltenteilung bzw. Funktionentrennung und der richterlichen Unabhängigkeit, auf der einen Seite und belasteten ehemaligen NS-Richtern auf der anderen Seite, die durch ebenjene Elemente in ihrem Amt geschützt wurden, herauszuarbeiten.

1. Verfassungsrechtliches Prinzip der Gewaltenteilung und Funktionentrennung

„Macht ist gefährlich“! Diese Erkenntnis gab es auf der Welt schon lange vor der Tyrannei des NS-Regimes³⁵¹. Die modernen Verfassungsstaaten haben sich bei ihrer Konstituierung daher auf die seit der Epoche der Aufklärung zurückgehenden Ideen von *John Locke*,

³⁵⁰ Ausführlich dazu *Boss*, Unverdienter Ruhestand, S. 125 ff.

³⁵¹ Übersichtlich: *Maurer*, Staatsrecht I, § 12 Rdnr. 7 ff.

Immanuel Kant und *Charles de Montesquieu* gestützt, die eine organisatorische Aufteilung der Staatsgewalt in drei voneinander unabhängige Funktionsbereiche bedingt. Maßgeblich führt *Montesquieu* in seinem Werk „De l'esprit des lois“ (frz. Vom Geist der Gesetze) 1748 insoweit aus:

*„Wenn in derselben Person [...] die gesetzgebende Gewalt mit der vollziehenden vereinigt ist, gibt es keine Freiheit; denn es steht zu befürchten, dass derselbe Monarch [...] tyrannische Gesetze macht, um sie tyrannisch zu vollziehen. Es gibt ferner keine Freiheit, wenn die richterliche Gewalt nicht von der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt getrennt ist. Ist sie mit der gesetzgebenden Gewalt verbunden, so wäre die Macht über Leben und Freiheit der Bürger willkürlich, weil der Richter Gesetzgeber wäre. Wäre sie mit der vollziehenden Gewalt verknüpft, so würde der Richter die Macht eines Unterdrückers haben...“*³⁵²

Nahezu prophetisch lesen sich diese Zeilen, wenn man bedenkt, wie in den Jahren 1933 bis 1945 auf dem Staatsgebiet des Deutschen Reichs und unter dem formalen Deckmantel der fortbestehenden Weimarer Reichsverfassung mit dem Leben und der Freiheit einzelner Menschen umgegangen wurde. Nur zustimmen kann man Art. 16 der französischen Menschenrechtserklärung von 1789, auf welche die französische Verfassung heute noch Bezug nimmt, dass ein Staat ohne Grundrechte und Gewaltenteilung überhaupt keine Verfassung habe³⁵³.

Das Grundgesetz knüpft in Art. 20 Abs. 2 GG ausdrücklich an dieses klassische, historisch überkommene, Gewaltenteilungsprinzip an. Dies erscheint umso bedeutender, als frühere deutsche Verfassungen zwar diesem Prinzip als Leitlinie folgten und entsprechende Regelungen konzipierten, es aber nicht ausdrücklich benannten und sprachlich fixierten. Erst in einigen Nachkriegsverfassungen³⁵⁴ wird es ausdrücklich erwähnt (z.B. Art. 5 BayVerf., Art. 77 RPVerf.) denen sich nunmehr das Grundgesetz anschließt³⁵⁵. Allerdings beschränkt sich Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG auf die Aufzählung der klassischen *Funktionsbereiche* (Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung) und verlangt

³⁵² zitiert nach: *Stern*, Staatsrecht II, S. 518

³⁵³ *Maurer*, Staatsrecht I, § 12 Rdnr. 7

³⁵⁴ Vgl. die Übersicht für die Bundesländer bei v. *Braunschweig*, Verfassungsentwicklung in den westlichen Bundesländern, S. 69

³⁵⁵ Dazu statt Vieler *Maurer*, Staatsrecht I, § 12 Rdnrn. 7 ff.; *Kägi*, Zu Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, 1937; *Leisner*, Die quantitative Gewaltenteilung, DÖV 1969, S. 405 ff.; *Rausch*, Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung, 1969; *Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, 1970; *Jarass*, Politik und Demokratie als Elemente der Gewaltenteilung, 1975; *Ossenbühl*, Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980, S. 545 ff.; *Fastenrath*, Gewaltenteilung – Ein Überblick, JuS 1986, S. 1954 ff.; *Merten*, Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 1989; *Wank*, Gewaltenteilung, Jura 1991, S. 622 ff.; *Isensee*, Gewaltenteilung heute, 2000; *Möller*, Gewaltengliederung, 2005

lediglich, dass sie von *besonderen Organen* wahrgenommen werden sollen, ohne diese schon zu benennen. Die nähere Ausgestaltung geschieht dann in den folgenden Regelungen des Grundgesetzes mit der Folge, dass die Normsetzung schwerpunktmäßig beim vom Volk gewählten Bundestag liegt, die Exekutive durch die Bundesregierung und die ihr nachgeordnete Verwaltung ausgeübt wird und die *Rechtsprechung den Gerichten, besetzt mit sachlich und persönlich unabhängigen Richtern*, anvertraut ist³⁵⁶. Damit steht zugleich fest, dass das Prinzip der Verknüpfung von Gewaltenteilung und zugleich Funktionentrennung für die Ausübung der Staatsgewalt in Bund und Ländern zu den tragenden Grundsätzen in Art. 20 GG zählt und insoweit auch vor Verfassungsänderungen durch Art. 79 Abs. 3 GG mit seiner sog. „Ewigkeitsgarantie“ geschützt ist. Für Österreich ergibt sie sich aus der organisatorischen Trennung von Gesetzgebungs- und Vollzugsorganen und aus der in Art. 94 B-VG ausdrücklich verankerten Trennung von Justiz und Verwaltung³⁵⁷.

2. Verfassungsrechtlich besonders hervorgehobene Funktionsgewährleistung der Rechtsprechung

Ganz im Sinne der französischen Menschenrechtserklärung von 1789, wonach es keine Verfassung ohne Gewaltenteilung gibt, sind entsprechende Regelungen über die organisatorische Aufteilung der Staatsgewalt bzw. genauer die Trennung der einzelnen Staatsfunktionen in Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung in der Verfassung der Republik Österreich³⁵⁸, der Weimarer Reichsverfassung³⁵⁹ und dem deutschen Grundgesetzes³⁶⁰ normiert. Entsprechend dem Gegenstand und der Zielsetzung dieser Untersuchung, bedürfen die verfassungsrechtlichen Bestimmungen einer näheren Analyse, die sich ausdrücklich mit der Funktion der Rechtsprechung und den diese ausübenden Personen befassen. Insoweit bedarf es einer näheren Klärung:

Schon die Begriffsbestimmung der Funktion „Rechtsprechung“ bereitet Probleme, da keine Verfassung hierüber Auskunft gibt. In der Literatur werden hierzu verschiedene Ansätze vertreten, die jeweils von bestimmten formellen, organisatorischen oder funktionellen Elementen ausgehen, welche rechtsprechende Tätigkeit kennzeichnen sollen. Zu weit würde es an dieser Stelle führen, jede einzelne Position aufzeigen zu wollen. Sinnvoll

³⁵⁶ Zu gewaltenteilungsrelevanten Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts insbesondere BVerfGE 3, 225/247 f.; 9, 268/279 f.; 34, 52/58 f.; 49, 89, 124 ff.; 67, 100, 130/139; 68, 1/87 f.; 95, 1/15 f.; 96, 375/394; 98, 218/252; 110, 199/200 ff.

³⁵⁷ Vgl. *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rdnr. 619 ff. mit weit. Nachw.

³⁵⁸ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rdnr. 619 ff.

³⁵⁹ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 519

³⁶⁰ *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 20 Rdnr. 23 ff.

erscheint es mit der wohl h.M. in der Rechtsprechung eine Verbindung von allen drei Elementen zu sehen, nämlich „*die verbindliche Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch eine unabhängige, allein an Gesetz und Recht gebundene staatliche Instanz in einem mit besonderen Garantien ausgestalteten Verfahren*“³⁶¹.

Das Besondere an der rechtsprechenden Staatsgewalt ist, worauf *Hesse* zu Recht hinweist, ihr besonders autoritärer Charakter³⁶². Der einzelne Bürger kommt mit der Legislative, vertreten durch die gewählten Parlamente, aber auch durch Organe der Regierung als Verordnungsgeber, nur indirekt, meist über Anwendungsakte der Regierung (öffentliche Verwaltung) in Verbindung. Dieser Akt der öffentlichen Gewalt ist nicht zwangsläufig verbindlich, sondern steht gerade unter dem Vorbehalt eines letztinstanzlichen Richterspruchs. Dies gilt umso mehr, als Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 6 Abs. 1 EMRK jedermann lückenlosen und effektiven gerichtlichen Rechtsschutz garantiert, der durch die öffentliche Gewalt in seinen subjektiven Rechten beeinträchtigt wird. Die Rechtsprechung bildet daher nicht nur ein Korrelat zwischen Legislative und Exekutive, sie ist zugleich Bindeglied zwischen Bürger und Staat. Unverständliche, nicht ausreichend begründete oder gar mit Gesetz und Recht nicht mehr vereinbare Rechtsprechung, führt zu Zweifeln an den Organen der Rechtsprechung und damit zugleich an der Rechtsstaatlichkeit der Ausübung öffentlicher Gewalt.

In gerichtlichen Verfahren sind die Gerichte unabhängige Repräsentanten dieses Rechtsstaats. Umso bedeutender ist daher die Funktion der richterlichen *Unabhängigkeit*. Ohne sie wird die Rechtsprechung vom Repräsentanten zum weisungsgebundenen Vertreter und verliert damit zumindest für die Straf-, Verwaltungs- und Verfassungsgerichtsbarkeit des Bundes und der Länder ihre Legitimationsgrundlage.

a) Regelungen in der Weimarer Reichsverfassung

Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 ist nach dem Ersten Weltkrieg, zur Zeit der deutschen Revolution und dem Friedensvertrag von Versailles, entstanden³⁶³. Vor dem Hintergrund der politischen Spannungen, ist ihre liberale Ausrichtung gerade im Hinblick auf die erstmals in ihr verwirklichte Gewaltenteilungslehre bemerkenswert. Während die Verfassung des Deutschen Reichs von 1871 tatsächlich noch drei zu unterscheidende Gewalten kannte, nämlich die Legislative in Form des Reichstags – dessen Vorsitz aber

³⁶¹ *Maurer*, Staatsrecht I, § 19 Rdnr. 5 mit weit. Nachw.

³⁶² *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 236

³⁶³ *Menger*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, S. 167 ff.

der Kaiser hatte, die Exekutive -vertreten durch den Kaiser- und die Rechtsprechung, löste sich die Weimarer Verfassung von diesem Bild, indem sie gleich zu Anfang postulierte: „*Die Staatsgewalt geht vom Volke aus*“ (Art. 1 S. 2 WRV). Damit stand spätestens vom Tag ihrer Verkündung, am 14. August 1919 an fest, dass es in Deutschland fortan nur noch *eine* Staatsgewalt geben werde, deren *alleiniger Inhaber das Volk ist*. Diese Staatsgewalt nimmt ihre Aufgabe durch verschiedene Organe wahr, denen jeweils bestimmte Funktionen zugewiesen werden. Insofern ist es daher zutreffend, nicht mehr von einer Teilung der Gewalten, sondern von einer Trennung der den einzelnen Staatsorganen zugewiesenen Funktionen zu sprechen³⁶⁴.

Dennoch konnte sich auch die Weimarer Reichsverfassung nicht von dem historischen und für Deutschland traditionellen Bild eines mit besonderen Machtbefugnissen ausgestatteten Exekutivorgans trennen³⁶⁵. Der vom Volk gewählte Reichspräsident erhielt daher die Befugnis zur Einflussnahme auf den Reichstag (Art. 25 WRV) und die Reichsregierung (Art. 53 WRV). Von der Verfassung war ihm, in Extremsituationen durch Art. 48 WRV, sogar die alleinige Machtausübung (Notverordnungsrecht) garantiert.

Die Einordnung der hier im Vordergrund stehenden dritten „Gewalt“, der Rechtsprechung, und ihre Funktion im verfassungsrechtlichen Grundgefüge der Weimarer Reichsverfassung weist gewisse Schwierigkeiten auf, da eine Abgrenzung zwischen Rechtspflege und Justiz, zwischen ordentlicher Gerichtsbarkeit und den Verwaltungsgerichten oder generell zwischen Richtern und Beamten nicht vorgesehen oder noch nicht getroffen war³⁶⁶. Zu eng waren noch die Verzahnungen zwischen Exekutive und Judikative, was sich insbesondere an dem dienstrechtlichen Status der Richter und dem bestenfalls rudimentären Verfassungsauftrag des Art. 107 WRV im Hinblick auf die Einrichtung von Verwaltungsgerichten zeigt³⁶⁷. Richter hatten den Status von Staatsbeamten³⁶⁸. Allerdings waren sie im Hinblick auf ihre rechtsprechende Funktion mit besonderen Rechten ausgestattet, von denen die richterliche Unabhängigkeit (Art. 102 WRV) besonders hervorzuheben ist. Nur dann, „wenn diese Voraussetzung erfüllt sei, kann eine „Behörde“ Gericht i.S. der Verfassung sein“³⁶⁹.

Art. 102 WRV garantierte die sachliche und i.V.m. Art. 104 WRV auch die persönliche Unabhängigkeit. Die Richter sollten in der Sache selbständig gegenüber der Verwaltung und ihren Vorgesetzten sein: „*Kein Dienstbefehl kann dem Richter vorschreiben, wie er zu*

³⁶⁴ Stern, Staatsrecht II, S. 521 f.

³⁶⁵ Vgl. Stern, Staatsrecht II, S. 520

³⁶⁶ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, vor Art. 102 WRV, S. 473

³⁶⁷ Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 2 Rdnr. 17

³⁶⁸ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, vor Art. 102 WRV, S. 474; Schmidt-Räntsch, Kommentar zum Deutschen Richtergesetz, S. 40

³⁶⁹ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 102 WRV, S. 500

urteilen hat³⁷⁰. Der Schutz der persönlichen Unabhängigkeit, d.h. der Schutz vor Entlassung oder Versetzung, kam dagegen nur den Richtern der ordentlichen Gerichtsbarkeit und gerade nicht den Verwaltungsrichtern zu (Art. 104 WRV)³⁷¹. Dies hatte weniger mit dem Umstand zu tun, dass der persönlichen Unabhängigkeit der Verwaltungsrichter keine Bedeutung beigemessen wurde, als dass man sich über Art, Umfang, Funktion und Tätigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte 1919 noch nicht klar war. Die Verfassung von Weimar war noch immer von dem traditionellen Gedanken beseelt, dass nicht jede Maßnahme der öffentlichen Gewalt justiziabel sein musste. Lediglich *pro forma* übertrug sie daher durch Art. 107 WRV die Aufgabe an die Landesgesetzgeber, eigene Verwaltungsgerichte in ihrem Hoheitsgebiet zu errichten und behielt dem Reich dasselbe vor³⁷². Zur Gründung eines Reichsverwaltungsgerichts kam es in der Weimarer Zeit jedoch nicht, und auch auf der Länderebene wurden nur sehr vereinzelt Verwaltungsgerichte errichtet. Die Exekutive unterstand daher praktisch keiner gesonderten gerichtlichen Kontrolle. Das Verhältnis zwischen Bürger und Staat war nur insoweit justiziabel, als es sich um die Strafrechtspflege oder um Schadensersatzansprüche wegen Verletzung von Amtspflichten der öffentlichen Verwaltung handelte, also um Angelegenheiten, welche in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit fielen.

b) Regelungen im Deutschen Grundgesetz

Im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung³⁷³ und auch zur Verfassung der Republik Österreich von 1920 normiert das Grundgesetz die Prinzipien der Gewaltenteilung bzw. Funktionentrennung besonders anschaulich, in dem es eben nicht nur eigene Abschnitte für Gesetzgebung, Regierung und Rechtsprechung festlegt und dadurch –lediglich indirekt– zum Ausdruck bringt, dass deren Funktionsbereiche voneinander getrennt sind, sondern in Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG besonders anschaulich formuliert, „*dass die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird*“. Eine derartige Hervorhebung des Prinzips der Gewaltenteilung in einem eigenen Artikel ist in der deutschen Verfassungsgeschichte einmalig³⁷⁴. Die systematische Nähe zu Art. 19 Abs. 4 GG (Garantie des lückenlosen und effektiven Rechtsschutzes gegen die Verletzung individueller Rechte durch die öffentliche Gewalt) und die Verknüpfung mit

³⁷⁰ Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, vor Art. 102 WRV, S. 475

³⁷¹ Schmidt-Räntsch, Kommentar zum Deutschen Richtergesetz, S. 36, 37

³⁷² Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 2 Rdnr. 17

³⁷³ Frotzcher/Pieroth, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 519

³⁷⁴ Art. 5 WRV weist Ähnlichkeit zu Art. 20 GG auf. Im Vordergrund steht aber nicht die Funktionentrennung, sondern die dadurch hervorgehobene Eigenstaatlichkeit der Länder, vgl. etwa Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 5 WRV (S. 71 f.) mit weit. Nachw.

Art. 79 Abs. 3 GG (sog. „Ewigkeitsgarantie“, also Beständigkeit auch bei Verfassungsänderungen), machen die Funktionentrennung des Grundgesetzes zugleich zum unmittelbaren Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips³⁷⁵.

aa) Definition und Bedeutung der Rechtsprechung, Art. 92 GG

Wie bereits angesprochen, hat die Rechtsprechung durch das Grundgesetz eine erhebliche Aufwertung erfahren. Gerade durch den Umstand, dass jeder Akt der öffentlichen Gewalt, der individuelle Rechte verletzen könnte, nach dem Grundgesetz justiziabel ist (Art. 19 Abs. 4 GG), macht die Rechtsprechung zu einem besonderen Staatsorgan. Die nach 1945 errichtete Verwaltungsgerichtsbarkeit, später ergänzt durch die Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit, gewährleistet die gerichtliche Überprüfung jeder Exekutivmaßnahme, sofern der einzelne Bürger oder sonstige Inhaber subjektiver Rechte durch sie betroffen ist. Durch die Aufnahme der Anfechtungsklage (§§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 1 S. 1 VwGO) wird den Gerichten die Befugnis eingeräumt, einen Verwaltungsakt ohne Mitwirkung der jeweiligen Verwaltungsbehörde aufzuheben; im Rahmen der Verpflichtungs- und allgemeinen Leistungsklage sind die Gerichte in der Lage, Träger öffentlicher Verwaltung zu einer Leistung, einer Unterlassung oder einem sonstigen Verwaltungshandeln zu verpflichten.

Die Schwierigkeiten, die Rechtsprechungsfunktion verfassungsrechtlich eindeutig zu bestimmen, wurden oben bereits dargestellt³⁷⁶. Das *Bundesverfassungsgericht* versteht darunter, „*die letztverbindliche Klärung der Rechtslage in einem Streitfall im Rahmen besonders geregelter Verfahren*“³⁷⁷. Unabhängig von den unterschiedlichen Interpretationsversuchen ist allen gemein, dass es sich um individuelle *Rechtsstreitigkeiten*, also keine politischen oder persönlichen Auseinandersetzungen, in einem kontradiktorischen Verfahren handeln muss. Ausschließlicher Maßstab ist das Recht³⁷⁸. Entscheidungen der Rechtsprechung müssen verbindlich sein, d.h. sie erwachsen in Rechtskraft und sind in der Regel vollstreckbar. Um diese Geltung zu erlangen, müssen sie allerdings von einem Organ getroffen werden, das sachlich, persönlich aber auch organisatorisch unabhängig ist. Ein zuständiges Gericht muss also organisationsrechtlich von den Behörden der öffentlichen Verwaltung getrennt sein. Gerechtfertigt kann eine Entscheidung nur dann sein, wenn sie in einem einheitlichen Verfahren entstanden ist, das

³⁷⁵ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Rdnr. 28 ff.

³⁷⁶ Siehe oben unter: B., II, 2 (Seite 95 ff.)

³⁷⁷ BVerfGE 103, 111, 137 f.

³⁷⁸ Maurer, Staatsrecht I, § 19 Rdnr. 6

gesetzlich festgelegt ist und von den Richtern eingehalten werden muss. Schließlich dient die Rechtsprechung primär und grundsätzlich dem Rechtsschutz und nicht der Rechtsgestaltung. Sie darf daher nur auf Antrag und nicht aus eigener Initiative heraus tätig werden. Lediglich aufgrund der hierarchischen Struktur der Gerichtsbarkeiten sowie der Anwendung und Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe entsteht faktisch sog. „Richterrecht“, welches auch über den Einzelfall hinaus der Rechtsfortbildung dient.

bb) Zuordnung an sachlich, persönlich und organisatorisch unabhängige Richter gem. Art. 97 GG

Art. 97 Abs. 1 GG ist die wichtigste Vorschrift des Grundgesetzes in Bezug auf die Personen, die befugt sein sollen, die Rechtssprechungsfunktion auszuüben. Sie betrifft also nicht die Rechtsprechung als Staatsorgan und existierte deshalb schon, bevor diese von der Verfassung als unabhängige Gewalt etabliert wurde³⁷⁹. Sie ist eine Konkretisierung des Prinzips der Funktionentrennung³⁸⁰ und in ihrer konkreten Ausgestaltung von der „Ewigkeitsklausel“ des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst³⁸¹. Kennzeichnend für die Rechtssprechungsfunktion ist gerade die konkrete Aufgabenzuweisung des Grundgesetzes. Die Rechtsprechung ist ausschließlich sachlich, persönlich und organisatorisch unabhängigen Richtern zugewiesen und niemandem sonst. Darin liegt der wesentliche Unterschied zur öffentlichen Verwaltung, die eine Aufgabenzuweisung an einen normativ eingegrenzten Personenkreis gerade nicht vorsieht. Zwar bedienen sich Verwaltungsbehörden typischerweise Personen des öffentlichen Dienstes (Beamte und Angestellte), es ist aber keineswegs ausgeschlossen, dass Behörden in bestimmten Aufgabenbereichen auch den Sachverstand privater Personen zu Rate ziehen.

Etwas problematisch ist die Begriffsbestimmung des Richters, da die Verfassung hierüber keine Auskunft erteilt. Mehr einem Zirkelschluss kommt es gleich, mit dem Bundesverwaltungsgericht Richter als Personen zu beschreiben, die Rechtsprechung ausüben³⁸². Denn auch der Begriff der Rechtsprechung ist, wie erwähnt, im Grundgesetz nicht näher beschrieben. Er besteht allerdings nach einheitlicher Auffassung aus bestimmten Kernelementen, die bereits dargestellt wurden. Für einen unabhängigen Richter ist nicht bedeutend, was Rechtsprechung ist. Entscheidend ist vielmehr, dass

³⁷⁹ *Stern*, Staatsrecht II, S. 908 f.

³⁸⁰ sogar des Rechtsstaatsprinzips, *Kisker*, NJW 1981, S. 889

³⁸¹ *Herzog* in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. V., Art. 97 Rdnr. 2

³⁸² *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 97 Rdnr. 2 mit weit. Nachw.

Rechtsprechung nur eine Entscheidung sein kann, die von einem unabhängigen Richter getroffen wurde³⁸³.

Richter müssen sachlich und persönlich unabhängig sein, um neutral in einer Streitigkeit prüfen und entscheiden zu können. Dabei ist die sachliche Unabhängigkeit gleichbedeutend mit einer Weisungsunabhängigkeit sowohl gegenüber der Exekutive als auch der Judikative –etwa durch einen Vorgesetzten- oder außenstehenden Dritten³⁸⁴. Richter sind nur dem Gesetz unterworfen. Ein Eingriff in die sachliche Unabhängigkeit eines Richters stellt nicht nur einen Verfassungsverstoß dar, er ist nach Art. 19 Abs. 4 GG unmittelbar justiziabel. Die persönliche Unabhängigkeit des Art. 97 Abs. 2 GG steht in Bezug zur sachlichen Unabhängigkeit des Art. 97 Abs. 1 GG. Vordergründig statuiert sie ein Verbot der Amtsenthebung für Richter, allerdings nur für hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellte Richter³⁸⁵. Die Intention dieser Verfassungsbestimmung, die im Übrigen mit der Vorgängervorschrift der Weimarer Reichsverfassung nahezu identisch ist, ist eindeutig. Die Amtsenthebung oder Drohungen mit Versetzung durch die zuständige Dienstaufsichtsbehörde können zumindest mittelbaren Einfluss auf die Neutralität und Entscheidungsfreiheit des Richters haben und sind daher unzulässig. Die ausdrückliche verfassungsrechtliche Gewährleistung der persönlichen Unabhängigkeit wirkt sich auch auf die Ausgestaltung einer funktionsgerechten Besoldung einschließlich entsprechender Altersvorsorge sowie die Ausgestaltung des Dienstrechts in den Richtergesetzen des Bundes und der Länder aus.

c) Grundlagen, Zusammenhänge und Verbindungen des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit in Österreich³⁸⁶

Mit der *Unabhängigkeitserklärung* vom 27. April 1945 wurde die Republik Österreich im Geiste der Verfassung von 1920 wiedererrichtet³⁸⁷. Ausgehend von dem Gedanken der Kontinuität war die Republik Österreich als Völkerrechtssubjekt durch den Anschluss an das Deutsche Reich im März 1938 nicht untergegangen, sondern lediglich handlungsunfähig geworden³⁸⁸. Maßgeblich für die Gerichtsbarkeit und die Richterschaft

³⁸³ Herzog in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. V., Art. 92 Rdnr. 74

³⁸⁴ Stern, Staatsrecht II, S. 912

³⁸⁵ Jarass/Piero, GG-Kommentar, Art. 97 Rdnr. 10 ff.

³⁸⁶ Zur Geschichte der richterlichen Unabhängigkeit in Österreich ausführlich und lesenswert: Reiter-Zatloukal, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, in: BRGÖ 2016, S. 419-469 mit weit. Nachw.

³⁸⁷ Zu den sonstigen Deklarationen vgl. Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 29 mit weit. Nachw.

³⁸⁸ Zum Theorienstreit zwischen Okkupations- und Annexionstheorie vgl. Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 30 mit weit. Nachw.

sind somit die Bestimmungen des B-VG und mittelbar auch die Strukturen und Regelungen der Weimarer Reichsverfassung.

Die Provisorische Nationalversammlung hatte am 12. November 1918 in Artikel 2 des *Gesetzes über die Staats- und Regierungsform* beschieden, dass *Deutschösterreich* ein Bestandteil der Deutschen Republik und damit des Deutschen Reichs sei. Zwar war durch Artikel 88 des Staatsvertrages von *St. Germain* der Anschluss an Deutschland ausdrücklich untersagt, zumindest bis der Völkerbund seine Zustimmung erteilen würde. Gleichwohl gaben die Politiker diese Hoffnung nicht auf, weil sie einen eigenständigen österreichischen Staat, nach der Zerschlagung der Doppelmonarchie Österreich-Ungarn, nicht für lebensfähig hielten³⁸⁹. Daher war man bei den Verfassungsberatungen zum B-VG 1920 und bei der Verfassungsnovelle von 1929 bemüht, die Regelungen der neu zu schaffenden Verfassung, an die der Weimarer Reichsverfassung anzugleichen. Für viele Bestimmungen und Institutionen ist sogar ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass sie nach dem deutschen Muster zu formen seien³⁹⁰. Diese verfassungshistorische Verbindung ermöglicht nicht nur eine rechtsvergleichende Analyse der jeweiligen Verfassungsbestimmungen beider Staaten sondern, in engen Grenzen und nur im Rahmen einer theoretischen Diskursanalyse, auch eine Analogie bei der Rechtsanwendung, etwa von deutschen Vorschriften auf österreichische Sachverhalte und umgekehrt. Auch die hypothetische Übertragung der Grundsätze eines Urteils von einem Rechtskreis auf den anderen wird durch die entstehungsgeschichtliche Verbindung der beiden Verfassungen erleichtert.

Da im Zentrum der vorliegenden Untersuchung die Frage steht, inwiefern die Wiedereinstellung oder Weiterverwendung von schwer belasteten Richtern durch ihre nationalsozialistische Vergangenheit gegen geltendes Verfassungsrecht verstoßen haben könnte, kommt den verfassungsrechtlichen Bestimmungen zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit besondere Bedeutung zu. Diese stand einer nachträglichen und unfreiwilligen Entfernung aus dem Richterdienst schließlich entgegen.

Trotz der dargestellten verfassungsrechtlichen Verbindungen wäre es, im Rahmen einer historischen Auslegung verfehlt, der insoweit zentralen Vorschrift des Art. 87 Abs. 1 B-VG einen deutschen Ursprung zu unterstellen³⁹¹. Bereits das *Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867*³⁹² über die richterliche Gewalt konstatierte in Art. 6 nahezu wortgleich zu

³⁸⁹ Vgl. dazu ausführlich *Sima*, Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung, S. 7 mit weit. Nachw.

³⁹⁰ *Sima*, Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung, S. 8 mit weit. Nachw.

³⁹¹ Vgl. zur geschichtlichen Entwicklung *Reiter-Zatloukal*, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, in: BRGÖ 2016, S. 420 ff. mit weit. Nachw.

³⁹² RGBl. Nr. 144/1867

der heute noch geltenden Verfassungsbestimmung des B-VG, „*Die Richter sind in Ausübung ihres richterlichen Amtes selbstständig und unabhängig*“. Das Grundgesetz über die richterliche Gewalt vom 22. November 1918³⁹³ rezipierte das Staatsgrundgesetz der Monarchie und am 1. Oktober 1920 wurde die Bestimmung des Art. 87 Abs. 1 im neu geschaffenen Bundesverfassungsgesetz verankert, wobei in den Anmerkungen *Kelsens* ausdrücklich Bezug auf jene Vorgängervorschrift des Art. 6 des Staatsgrundgesetzes der Monarchie genommen wird³⁹⁴. Eine deutsche Indikation, etwa in Anlehnung an die Art. 102 WRV und 104 WRV, lässt sich insoweit also nicht belegen³⁹⁵. Dies ist aber nicht entscheidend. Wie viele Verfassungsnormen war auch die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit kein gedankliches Konstrukt eines vorausschauenden Verfassungsgebers, sondern das Resultat einer langen Geschichte von Übergriffen und Machtsprüchen der Exekutive auf die Justiz³⁹⁶. Die bloße Verlautbarung in einer Vorschrift, dass „*die Richter in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig [sind]*“, hat weder in Deutschland noch in Österreich einen organisierten staatlichen Rechtsmissbrauch und einen Unrechtsstaat verhindern können. Entscheidend ist also nicht die Norm und ihre vordergründige Aussage, sondern ihr Hintergrund als Essenz dessen, was zu schützen oder gewährleisten sie eigentlich beabsichtigt.

Das, zur Zeit der Habsburger Monarchie erlassene, *Staatsgrundgesetz vom 21. Dezember 1867 über die richterliche Gewalt* beabsichtigte, keine Unabhängigkeit der Justiz herzustellen. Vielmehr war es bemüht, die Defizite in Rechtsstellung und öffentlichem Ansehen der Richter, in Abgrenzung zu den Staatsbeamten und sonstigen Angehörigen des öffentlichen Diensts, zu verdeutlichen³⁹⁷. Das Richterdisziplinargesetz vom 21. Mai 1868³⁹⁸ unterschied nämlich verschiedene Kategorien von Richtern. Als sog. „selbständige richterliche Beamte“ galten nur die Präsidenten, Vizepräsidenten, Räte der Gerichtshöfe und die Bezirksrichter, zu denen allerdings bei jedem Bezirksgericht nur der Vorsteher zählte³⁹⁹. Ausschließlich diese „selbständigen richterlichen Beamten“ sollten nunmehr Richter im Sinne des *Staatsgrundgesetzes von 1867 über die richterliche Gewalt* sein und

³⁹³ StGBI. Nr. 138/1918

³⁹⁴ *Kelsen*, in: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, *Froehlich/Merkl* (Hrsg.), Anmerkungen zu Art. 87, Seite 181

³⁹⁵ *Kelsen*, in: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, *Froehlich/Merkl* (Hrsg.), Anmerkungen zu Art. 87, Seite 181

³⁹⁶ Vgl. etwa *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 140 ff. mit weit. Nachw.; *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, § 26 Rdnr. 11 mit weit. Nachw.

³⁹⁷ Vgl. dazu umfassend *Kohl*, Richter in der Habsburger Monarchie, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 73 ff. mit weit. Nachw.

³⁹⁸ RGBI. Nr. 46/1868

³⁹⁹ *Kohl*, Richter in der Habsburger Monarchie, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 73 ff. mit weit. Nachw.

nur ihnen stand das Privileg der Unabhängigkeit und Unversetzbarkeit zu. Für die überwiegende Mehrheit der funktional tätigen Richter, d.h. insbesondere für die, bei den Bezirksgerichten angestellten Einzelrichter, galt dieser Grundsatz gerade nicht. Der Hintergrund der gesetzlichen Manifestierung der richterlichen Unabhängigkeit im Staatsgrundgesetz von Dezember 1867 lag also darin, eine bestimmte Gruppe von besonders „bewährten“ Richtern sowohl in ihrer richterlichen Funktion, als auch in ihrem öffentlichen Ansehen zu bestärken und von den sonstigen, weisungsabhängigen, Staatsdienern als eben gerade „selbständige richterliche Beamte“ abzugrenzen und hervorzuheben⁴⁰⁰.

Es dürfte insoweit nicht ausreichend gewesen sein, sich im Rahmen der Konstituierung des B-VG auf den Standpunkt zu stellen, dass lediglich die Bestimmungen des *Staatsgrundgesetzes von 1867 über die richterliche Gewalt* zu übernehmen seien, aus denen sich die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit ergibt⁴⁰¹. Der Wortlaut beider Vorschriften mag zwar ähnlich gewesen sein, inhaltlich standen sie jedoch für etwas anderes. Gerade in Anlehnung an die Strukturen der Weimarer Reichsverfassung, ist auch eines der wesentlichen Grundprinzipien des österreichischen Verfassungsrechts der Grundsatz der Gewaltenteilung⁴⁰². Dieser soll an dieser Stelle nicht in seiner staatstheoretischen Funktion erläutert werden, sondern nur unter dem Gesichtspunkt, wie er das Verhältnis der einzelnen „Staatsgewalten“ zueinander betrifft⁴⁰³. Die organisatorische Trennung der hier im Vordergrund stehenden Justiz von der Verwaltung, ergibt sich nämlich ausnahmsweise ausdrücklich im B-VG, wenn es unter Art. 94 Abs. 1 bestimmt: „*Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt*“. Im Gegensatz dazu erfolgt die verfassungsrechtliche Trennung zwischen Gesetzgebung und Vollzug eher mittelbar durch den Aufbau des B-VG und damit genauso wie in der Weimarer Reichsverfassung, in dem im zweiten Hauptstück der Art. 24 bis 59 B-VG die Gesetzgebung geregelt wird, während das dritte Hauptstück, der Art. 60 bis 81 B-VG, dem Gesetzesvollzug vorbehalten bleibt⁴⁰⁴.

Das Prinzip der Gewaltenteilung ist aber kein naturrechtlich-zeitloses Dogma, das nur dadurch entsteht und für die Zukunft bestehen bleibt, weil es in einer Verfassung verankert

⁴⁰⁰ Kohl, Richter in der Habsburger Monarchie, in: Kohl/Reiter-Zatloukal (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, S. 74 mit weit. Nachw.

⁴⁰¹ So offenbar Kelsen, in: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Froehlich/Merkl (Hrsg.), Anmerkungen zu Art. 87, Seite 181

⁴⁰² Walter, Die Gerichtsbarkeit, in: Schambeck, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 449 mit weit. Nachw.

⁴⁰³ Zur Gewaltenteilung im österreichischen Verfassungsrecht vgl. ausführlich Berka, Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, Rdnr. 381 ff. mit weit. Nachw.; Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht, Rdnr. 616 ff.

⁴⁰⁴ Walter, Die Gerichtsbarkeit, in: Schambeck, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 450 mit weit. Nachw.

wurde⁴⁰⁵. Gerade dies belegt die deutsche Geschichte auf besonders erschütternde Art und Weise. Es ist vielmehr ein Grundsatz, der sich im Laufe der Geschichte entwickelt und weiterentwickelt hat. Die Gewaltenteilungslehren *John Lockes* und *Charles de Montesquieus* haben kaum noch Gemeinsamkeiten mit den späteren Dogmatisierungen, welche die Legislative als Normsetzung, die Exekutive als Normvollzug und die richterliche Tätigkeit als mechanisch-logisch sich vollziehenden Vorgang im Auge haben⁴⁰⁶. Sie waren geschichtliche Lehren, die zu einer bestimmten historischen Situation reale politische Kräfte und deren Wirken in eine politische Freiheit sichernde Ordnung bringen wollten. Genauso wenig wie damals, lässt sich das Gewaltenteilungsprinzip heute von der geschichtlich-konkreten staatlichen Ordnung lösen⁴⁰⁷.

Nach den Wirren des ersten Weltkriegs bahnte sich in Deutschland und in Österreich, unter emotional aufgeladenen politischen und gesellschaftlichen Strömungen, der verfassungsrechtliche Übergang von der Monarchie zu einer republikanisch-demokratisch organisierten Herrschaftsform an, deren tragender Grundsatz auch das Prinzip der Gewaltenteilung sein sollte. Um diesen, für die Justiz in Art. 94 B-VG ausdrücklich festgelegten, Grundsatz zu wahren und die Gerichtsbarkeit von sämtlichen Beeinflussungsmöglichkeiten der Exekutive zu bewahren, bestimmt Art. 87 Abs. 1 B-VG, „*Die Richter sind in Ausübung ihres richterlichen Amtes unabhängig*“. Dabei ist aber kein Vergleich und keine Analogie zur gleichlautenden Bestimmung der Vorgängervorschrift im *Staatsgrundgesetzes von 1867 über die richterliche Gewalt* gerechtfertigt. Ob Art. 87 Abs. 1 B-VG an den Aufbau und die Strukturprinzipien der Weimarer Reichsverfassung *inhaltlich* angelehnt war oder sogar an die konkreten Bestimmungen der Art. 102 WRV und Art. 104 WRV ist insoweit nicht relevant. Diese Bestimmung bezweckt *inhaltlich* nicht weniger als den Schutz der republikanisch-demokratischen Staatsform der Republik Österreich. Jede Bestrebung und jeder Versuch sie zu untergraben oder rückgängig zu machen, muss sich deshalb an der historischen Wirklichkeit messen lassen und stellt einen Eingriff in den Gewaltenteilungsgrundsatz dar, den es zur Zeit der Vorgängervorschrift 1867 in Form und Ausgestaltung die dieser Grundsatz durch das B-VG, und in Anlehnung an die Weimarer Reichsverfassung, erfahren hat, nicht gab. Deshalb ist es bei der konkreten Rechtsanwendung sowie bei Interpretation und Auslegung von Art. 87 Abs. 1 B-VG möglich, auf die Weimarer Reichsverfassung zurückzugreifen und deren Grundsätze, im Rahmen der vorliegenden theoretischen Diskursanalyse, auf die österreichische Verfassungsrechtslage anzuwenden, denn die verfassungsrechtliche Ausgangslage war in

⁴⁰⁵ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rdnr. 481

⁴⁰⁶ Ausführlich dazu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rdnr. 481

⁴⁰⁷ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rdnr. 481

beiden Ländern nach 1918 vergleichbar. Dagegen scheidet eine Bezugnahme auf Art. 6 *des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 über die richterliche Gewalt* aus. Diese Vorschrift behandelt einen gänzlich anderen Themenkreis, ist vor einem anderen historischen Hintergrund und in einer anderen staatlichen Ordnung entstanden. Gleichwohl der Wortlaut ähnlich ist, ist doch der Inhalt von Art. 6 *des Staatsgrundgesetzes vom 21. Dezember 1867 über die richterliche Gewalt* nicht mit Art. 87 Abs. 1 B-VG zu vergleichen.

aa) Die Unabhängigkeit der Rechtsprechung und die die Unabsetzbarkeit/Unversetzbarkeit der Richter nach dem B-VG

Die Justiz ist nur dem Gesetz verpflichtet. Deshalb ist die Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit die in diesem Zusammenhang wesentliche verfassungsrechtliche Aufgabe. Gerichtsbarkeit und Verwaltung unterscheiden sich gerade darin, dass die staatliche Organisation gerichtlicher Vollzugstätigkeit durch weisungsfreie Richter und ihrer Hilfsorgane sowie den Mitwirkenden aus dem Volk gewährleistet wird, während der Organisationsapparat der Verwaltung nach Art. 20 B-VG aus weisungsgebundenen Beamten und Angestellten des öffentlichen Diensts besteht⁴⁰⁸. Unabhängigkeit bedeutet also nicht nur eine, durch Art. 87 Abs. 1 B-VG normierte, verfassungsrechtliche Garantie eines Richters, seine rechtsprechende Tätigkeit unter dem Ausschluss jeglicher Weisungsbindung vollziehen zu können, sondern zugleich eine Verpflichtung des Staates, die Justiz organisatorisch von der Verwaltung zu trennen. Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt meint damit also nicht zuletzt Selbstständigkeit gegenüber der Staatsleitung⁴⁰⁹. Auch darin lässt sich erkennen, dass die richterliche Unabhängigkeit im Sinne des Art. 87 Abs. 1 B-VG ein Ausfluss des in Art. 94 Abs. 1 B-VG verwirklichten Prinzips der Gewaltenteilung darstellt. Richter sind nach dem B-VG keine Staatsbeamte, die mit der Garantie der Unabhängigkeit ausgestattet sind, sondern organisatorisch getrennt von der Verwaltung und Staatsleitung. Diese organisatorische Trennung zu garantieren und herzustellen, ist eine unmittelbare staatliche Verpflichtung aus der österreichischen Bundesverfassung.

Nach dem Verfassungsverständnis des B-VG handelt es sich bei Richtern nach Art. 86 Abs. 1 B-VG um solche Personen, die vom Bundespräsidenten oder aufgrund seiner Ermächtigung vom zuständigen Bundesminister zum Richter ernannt wurden. Der Umfang

⁴⁰⁸ Berka, Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, Rdnr. 807

⁴⁰⁹ Sie dazu bereits Art. 102 WRV, in: Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, S. 474

der Unabhängigkeit ist nach Art. 87 Abs. 2 B-VG insoweit bestimmt, dass Richter bei allen „gerichtlichen“, d.h. dem Gericht zugewiesenen, Geschäften unabhängig und damit weisungsfrei sind, es sei denn, es handelt sich um Justizverwaltungsangelegenheiten. Hier sind die Richter nur dann unabhängig, wenn sie in Senaten oder Kommissionen zu entscheiden haben⁴¹⁰.

Dem Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit dient das Verbot der Amtsenthebung sowie der Schutz vor Versetzung nach Art. 88 Abs. 2 B-VG⁴¹¹. Die Zielsetzung der Vorschrift ist eindeutig. Damit Richter einen Sachverhalt sachlich frei und unparteiisch beurteilen können, muss sichergestellt sein, dass sie nicht von anderer Stelle eine persönliche Beeinträchtigung befürchten müssen, wie etwa ihres Amtes enthoben oder an ein anderen Ort versetzt zu werden. Deshalb konstatiert Art. 88 Abs. 2 B-VG, als Schutz der persönlichen Unabhängigkeit nahezu Wortgleich mit der Vorschrift des Art. 104 WRV oder Art. 97 Abs. 2 GG, dass ein Richter nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen und Formen und lediglich aufgrund eines förmlichen richterlichen Erkenntnisses seines Amtes entsetzt oder wider Willen an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden darf.

Die Amtsabsetzung oder Amtsentsetzung ist, im Gegensatz zur bloßen Versetzung, die einschneidendste Maßnahme. Sie bedeutet die Entbindung des Richters von seinen Pflichten als Organwahrer der Rechtsprechung, die Aufhebung seiner Rechte, insbesondere auf Besoldung, und die Beendigung des öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses. Die Amtsenthebung ist somit als *actus contrarius* zur Ernennung zu verstehen⁴¹². Die Versetzung auf bzw. an eine andere Stelle besteht in einer Änderung der Rechte und Pflichten des Organwahrers, der zwar Richter bleibt, aber mit einer anderen Rechtsstellung bekleidet wird. Damit ist die Versetzung Amtsentsetzung und Ernennung in einem, nämlich die Absetzung von einem bestimmten Richterposten bzw. einer Stelle und die Ernennung auf einen anderen Richterposten⁴¹³. Ähnlich verhält es sich bei der Versetzung in den Ruhestand. Die ursprüngliche Rechtsstellung im Hinblick auf das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis des Richters wird nicht aufgehoben, sondern dahingehend modifiziert, dass mit der Beendigung auch die Verpflichtung zur Dienstleistung und Dienstleistung durch den Richter entfällt. Dass sämtliche Maßnahmen nach Art. 88 Abs. 2 B-VG nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen erfolgen können, bedeutet nicht nur die Voraussetzung

⁴¹⁰ Vgl. *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in: *Schambeck*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 467 mit weit. Nachw.

⁴¹¹ Vgl. dazu auch *Berka*, Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, Rdnr. 809 ff. mit weit. Nachw.

⁴¹² Vgl. *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in: *Schambeck*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 468

⁴¹³ Vgl. *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in: *Schambeck*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 468

einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage, denn dieses Erfordernis ergäbe sich bereits unmittelbar aus Art. 18 Abs. 1 B-VG. Vielmehr muss das Gesetz in besonderer Weise inhaltlich bestimmt sein, dass es die Fälle und Formen selbst genau bestimmt, in denen ein Richter versetzt, seines Amtes enthoben oder in den Ruhestand versetzt werden kann. Es genügt nicht, diese Fälle über eine gesetzliche Generalklausel in das Ermessen des Entscheidungsorgans zu legen. Schließlich setzt die Bundesverfassung voraus, dass die Maßnahmen nur durch einen Richter, im Rahmen eines förmlichen richterlichen Erkenntnisverfahrens, erfolgen können. Die richterliche Verfügung muss also, vergleichbar mit einem Gerichtsurteil, eine Begründung enthalten, mündlich verkündet und schriftlich ausgefertigt werden⁴¹⁴.

Im Rahmen der vorliegenden Analyse wird für die Rechtslage in Österreich auch zu untersuchen sein, inwieweit die Entlassungsverfügungen des *Liquidators* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs nach § 1 Abs. 2 B-ÜG 1945 im Rahmen der Justiz gegen die Bestimmungen des Art. 88 Abs. 2 B-VG verstoßen haben könnten und einen Eingriff in Art. 87 Abs. 1 B-VG und den Grundsatz der Gewaltenteilung darstellen, denn bei dem „*Liquidator*“ handelte es sich weder um einen Richter, noch ergingen seine Entscheidungen im Rahmen eines förmlichen richterlichen Erkenntnisverfahrens.

bb) Die Vorläufige Verfassung und die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit

Die österreichische Bundesverfassung von 1920 konnte 1945 nicht sofort wieder wirksam werden, da die notwendigen Kollegialorgane – insbesondere der Nationalrat als Parlament und Gesetzgebungsorgan oder das Amt des Bundespräsidenten – fehlten⁴¹⁵. Wie soeben dargestellt, setzt der Grundsatz der Gewaltenteilung einen Staatsapparat voraus, der eine organisatorische Trennung der Staatsgewalten bzw. eine Trennung der den jeweiligen Staatsorganen zugewiesenen Funktionen der Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung voneinander gewährleistet⁴¹⁶. Diese Voraussetzungen sind eine originäre Verpflichtung aus der österreichischen Bundesverfassung und die aus Vertretern der ÖVP, SPÖ und KPÖ bestehende Provisorische Staatsregierung fühlte sich dazu berufen, sie 1945 zu erfüllen, in dem sie den Wiederaufbau der Republik Österreich organisierte. Ihre

⁴¹⁴ *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in: *Schambeck*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 468

⁴¹⁵ *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 261

⁴¹⁶ Zu den Formen der Gewaltenteilung in der österreichischen Bundesverfassung vgl. ausführlich *Berka*, Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, Rdnr. 381 ff.; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, S. 275 ff.

Legitimation dafür zog sie sowohl aus dem B-VG selbst, das es wieder in Kraft zu setzen galt, als auch aus dem Volk, allerdings ohne eine Abstimmung, sondern mit einer eher romantisch-ideologischen Berechtigung auf Basis der Kontinuitätstheorie und nach dem Willen der Alliierten, weil „*Österreich der Staat sei, den alle wollten*“⁴¹⁷. Bis die Voraussetzungen des B-VG von 1920 in der Fassung von 1929 wiederhergestellt waren, wurden die verfassungsrechtlichen „Lücken“ durch eine *Vorläufige Verfassung*⁴¹⁸ geschlossen, die spätestens sechs Monate nach dem Zusammentritt der ersten auf Grund des allgemeinen, gleichen, unmittelbaren und geheimen Verhältniswahlrechts gewählten Volksvertretung außer Kraft treten sollte⁴¹⁹. Demnach sind sämtliche Maßnahmen und Entscheidungen, die von der Provisorischen Staatsregierung und ihren Regierungsvertretern in diesem Zeitraum durchgeführt wurden, im Hinblick auf ihre Recht- und Verfassungsmäßigkeit grundsätzlich an der *Vorläufigen Verfassung* zu messen und nicht am B-VG.

Für die Gerichtsbarkeit insoweit maßgeblich ist die Vorschrift des § 40 und § 41 der *Vorläufigen Verfassung* (V-V 1945). Die Normen sind Art. 87 Abs. 1 B-VG und Art. 88 Abs. 2 B-VG nachgebildet. § 40 V-V 1945 garantiert die richterliche Unabhängigkeit und § 41 Abs. 2 V-V 1945 gewährleistet das Verbot vor Amtsentsetzung und Versetzung, grundsätzlich in gleichem Umfang wie das B-VG. Allerdings bestimmt § 41 Abs. 3 V-V 1945 eine gesetzliche Ausnahme von diesem Verbot, wenn sie bis zum 31. Dezember 1946 durch Gesetz festgelegt werden. Demnach sind etwa Amtsversetzungen und Amtsenthebungen von Richtern und die damit einhergehenden Eingriffe in das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit und den Grundsatz der Gewaltenteilung verfassungsrechtlich selbst dann legitimiert, wenn nicht die bereits dargestellten strengen Voraussetzungen des Art. 88 Abs. 2 B-VG erfüllt sind, also etwa die Entscheidungen nicht durch einen Richter in Form eines förmlichen richterlichen Erkenntnisverfahrens erfolgt sind. Welche Anforderungen an ein solches Gesetz zu stellen sind, in welchem Umfang es inhaltlich bestimmt und ob es formell als Ausnahmegesetz im Sinne von § 41 Abs. 3 V-V 1945 gekennzeichnet sein muss, sind die entscheidenden Fragestellungen, welchen im Rahmen dieser Untersuchung nachgegangen werden soll. Im Vordergrund steht dabei die Problematik, ob die Entlassungsverfügungen des *Liquidators* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs auf das Behörden-Überleitungsgesetz 1945 (B-ÜG 1945), als Gesetz im Sinne von § 41 Abs. 3 V-V 1945, gestützt werden konnten.

⁴¹⁷ Zu diesem Terminus in der Regierungserklärung vgl. *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV 1945-1990 S. 35 mit weit. Nachw.

⁴¹⁸ StGBI. Nr. 5/1945

⁴¹⁹ Vgl. *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 31

**cc) Exkurs: Verfassungsverständnis und
Staatsbegriff: Die „Zweite Republik“ und
die Verfassungsrechtslage in Österreich
während der Besatzungszeit durch
das Deutsche Reich**

Für die, von der Provisorischen Staatsregierung in der *Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945* wiedererrichtete, Republik Österreich etablierte sich, in Abkehr an die Zeit der deutschen Besatzung und des Nationalsozialismus, der Begriff der „*Zweiten Republik*“ für die Zeit nach 1945. Rechtsdogmatisch ist diese Bezeichnung problematisch und nicht einheitlich einzuordnen. Vor dem Hintergrund seiner Entstehungsgeschichte dürfte sie sich lediglich auf das politische Klima bezogen haben, welches die Republik Österreich nach 1945 nicht nur von der deutschen Besatzungsherrschaft, sondern auch von der davor liegenden Zeit des *Austrofaschismus* abgrenzen sollte⁴²⁰. Problematisch ist dies aber deshalb, weil die *Unabhängigkeitserklärung* der Provisorischen Staatsregierung vom 27. April 1945 von einer unbedingten Kontinuität der Republik Österreich als Völkerrechtssubjekt ausging⁴²¹. Als Völkerrechtssubjekt sollte die Republik Österreich zwar die Zeit des *Austrofaschismus* und der Besatzungsherrschaft durch das Deutsche Reich überdauert haben, gleichwohl nach 1945 aber als „*Zweite Republik*“ politisch fortbestehen. Dies ist widersprüchlich und wirft gerade für das österreichische Verfassungsrecht eine Reihe von Folgeproblemen auf, weil das Verfassungs-Überleitungsgesetz 1945⁴²² das B-VG 1920 nämlich in der Fassung von 1929 wieder in Kraft setzte und gerade nicht an die Verfassungssituation vor dem Anschluss im März 1938 anknüpfte. Damit bestanden 1945 verfassungsrechtlich drei Abschnitte, nämlich die Zeit zwischen 1920 und 1929 als insoweit „erste“ Republik, die Zeit zwischen 1929 und März 1938 als verfassungsrechtlich gesehen „zweite“ Republik und die Zeit nach 1945 als „dritte“ Republik⁴²³, letztere basierend auf den Verfassungstexten der insoweit „ersten“ Republik. Diese Differenzierung ist weder besonders verständlich noch inhaltlich zweckmäßig.

An diese begriffsspezifische Aufteilung der Republik Österreich anschließend stellt sich die bislang nicht diskutierte Frage, welche Verfassung auf dem Staatsgebiet des besetzten Österreichs zwischen 1938 und 1945 gegolten hat. Unabhängig von der förmlichen Aushebelung durch das Ermächtigungsgesetz, kann man bereits nach dem materiellen Verfassungsverständnis der Weimarer Verfassung eine Fortgeltung in der Nazidiktatur

⁴²⁰ In diesem Sinne vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 367

⁴²¹ Zum Theorienstreit zwischen Okkupations- und Annexionstheorie vgl. *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrecht, S. 30 mit weit. Nachw.

⁴²² StGBI. Nr. 47/1945

⁴²³ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 367

ausschließen, da ihr Rechtsverständnis dem der NS-Schergen diametral entgegenstand⁴²⁴. Der Nationalsozialismus basierte auf einem besonderen Gemeinschaftstypen, der sog. Volksgemeinschaft, die als Quelle allen Rechts anzusehen war und sämtliche Rechtsbereiche beeinträchtigte. Rechtsverletzungen wurden als Treuepflichtverletzungen gegenüber der Volksgemeinschaft eingeordnet und die Strafe diente als Abschreckungsmaßnahme und Vergeltungsinstrument⁴²⁵. Das Individuum hatte nur insoweit eine Bedeutung, als es dazu verpflichtet war, sich selbst und sein Vermögen der Allgemeinheit im Kollektiv zur Verfügung zu stellen. Der liberale Begriff subjektiver öffentlicher Rechte, die den Einzelnen vor Eingriffen des Staates schützen sollen, kannte der Nationalsozialismus nicht⁴²⁶. Der einzelne Mensch war lediglich ein Mittel zum Zweck und dieser Zweck war die Volksgemeinschaft. Das Führerprinzip war die Leitungsstruktur aller staatlichen und gesellschaftlichen Institutionen, die vollständig in der Hand einer einzigen Person liegen sollte, die für die Volksgemeinschaft mit einer Stimme sprach, „*ein Volk, ein Reich, ein Führer!*“⁴²⁷. Dies ist mit dem demokratisch-liberalen Prinzip der Weimarer Verfassung und der umfassenden Garantie von Grund- und Menschenrechten nicht zu vereinbaren⁴²⁸.

Gleichwohl spricht in formaler Hinsicht etwas dafür, von einer Fortgeltung der Weimarer Reichsverfassung, insbesondere auch in Österreich nach dem Anschluss auszugehen⁴²⁹, weil sie nämlich formell nicht außer Kraft gesetzt wurde⁴³⁰. Art. 1 des *österreichischen Bundesverfassungsgesetzes über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich* vom 13. März 1938⁴³¹ postulierte ausdrücklich: „*Österreich ist ein Land des Deutschen Reichs*“. Daher gingen nach der Lehre des NS-Staatsrechts sämtliche Hoheitsrechte Österreichs, einschließlich aller Bundes- und Länderkompetenzen, auf das Deutsche Reich über. Sie wurden am 15. und 16. März 1938 für die Verwaltung und am 3. Mai 1938 rückwirkend für die Gesetzgebung dem österreichischen Reichsstatthalter als

⁴²⁴ Zu den leitenden Grundsätzen der Weimarer Reichsverfassung vgl. *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), § 5 Rdnr. 21 ff. mit weit. Nachw.

⁴²⁵ Vgl. *Konitzer*, Grundstrukturen nationalsozialistischer Moral in: *Form/Schiller/Seitz*, NS-Justiz in Hessen, Verfolgung-Kontinuitäten-Erbe, S. 3 mit weit. Nachw.

⁴²⁶ Vgl. *Pauer-Studer*, Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, in: *Pauer-Studer/Fink* (Hrsg.), Rechtfertigungen des Unrechts – Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten, S. 40 mit weit. Nachw.

⁴²⁷ Vgl. *Pauer-Studer*, Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, in: *Pauer-Studer/Fink* (Hrsg.), Rechtfertigungen des Unrechts – Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten, S. 59 mit weit. Nachw.

⁴²⁸ Vgl. dazu etwa *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands - § 37 Rdnr. 16 ff. mit weit. Nachw.

⁴²⁹ So in Bezug auf die formelle Fortwirkung der Grundrechte der WRV in Österreich *Schäffer*, Die Entwicklung der Grundrechte, in: *Merten/Papier*, HGR VII/1, § 186 Rdnr. 60

⁴³⁰ *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), § 5 Rdnr. 85

⁴³¹ RGBl. 1938 I, S. 21

delegierte Reichskompetenz übertragen⁴³². Vor dem Hintergrund der historischen Situation dürfte es sowohl rechtlich als auch tatsächlich ausgeschlossen gewesen sein, dass die Maßnahmen und Entscheidungen des Reichsstatthalters auf der verfassungsrechtlichen Grundlage einer fortgeltenden österreichischen Verfassung beruht haben sollen. Auf dieser Argumentationsbasis ist andererseits genauso fernliegend, das Hitler-Regime hätte im März 1938 beabsichtigt, die Weimarer Reichsverfassung auf das Staatsgebiets Österreichs zu übertragen.

Der NS-Staat hatte keine geschriebene Verfassung, worauf die NS-Rechtstheoretiker mit einem Verweis auf eine vermeintlich ähnliche Situation in Großbritannien stets hinwiesen⁴³³. Gleichwohl verstanden die Nationalsozialisten eine ganze Reihe von Regierungserlassen und Gesetzen als formelle Verfassungsgesetze des Deutschen Reichs⁴³⁴. Hierzu zählen insbesondere das *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* vom 24. März 1933⁴³⁵, das *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien* vom 14. Juli 1933⁴³⁶, das *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat* vom 1. Dezember 1933⁴³⁷, das *Staatsoberhauptgesetz* vom 1. August 1934⁴³⁸, der *Erlass über die Führung der Wehrmacht* vom 4. Februar 1938 und ferner sämtliche Vorschriften über den Aufgabenbereich der obersten Reichsbehörden über die Zuständigkeit des Reiches zur Gesetzgebung⁴³⁹. Die Reichsverfassung – im materiellen Sinne – bestand 1938 daher aus mehreren Verfassungsgrundgesetzen.

Für die Frage der formellen Fortwirkung der Weimarer Reichsverfassung, ist das allgemeine Verständnis dieser Gesetze als „Verfassungsgesetze des NS-Staats“ allerdings nicht maßgeblich. Im Gegensatz zum Grundgesetz, das eine Verfassungsänderung nach Art. 79 Abs. 1 GG nur dann gestattet, wenn der Wortlaut der abschließenden Verfassungsurkunde ausdrücklich geändert oder ergänzt wird⁴⁴⁰, war es nach Art. 76 Abs. 1 WRV nicht erforderlich, dass die geänderte oder ergänzte Verfassungsbestimmung auch als solche bezeichnet oder in den Verfassungstext aufgenommen wird⁴⁴¹. Nach der

⁴³² Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 361 mit weit. Nachw.

⁴³³ Vgl. *Pauer-Studer*, Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, in: *Pauer-Studer/Fink* (Hrsg.), Rechtfertigungen des Unrechts – Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten, S. 50 mit weit. Nachw.

⁴³⁴ Ausführlich dazu *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 249 mit weit. Nachw. *Pfeifer*, Die Ostmark – Eingliederung und Neugestaltung, Anmerkung zu 1), S. 21 mit weit. Nachw.

⁴³⁵ RGBl. 1933 I, S. 141

⁴³⁶ RGBl. 1933 I, S. 479

⁴³⁷ RGBl. 1933 I, S. 1016

⁴³⁸ RGBl. 1934 I, S. 747

⁴³⁹ Vgl. *Pfeifer*, Die Ostmark – Eingliederung und Neugestaltung, Anmerkung zu 1), S. 21

⁴⁴⁰ Vgl. *Jarass/Piero*, GG-Kommentar, Art. 79 Rdnr. 3

⁴⁴¹ Ausführlich *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 76 Abs. 1 WRV, S. 401 f. mit weit. Nachw.

Rechtsprechung des Reichsgerichts und der herrschenden Meinung der zeitgenössischen Staatsrechtslehre, kam eine Verfassungsänderung auch durch zusätzliche Verfassungsgesetze neben der eigentlichen Verfassungsurkunde, in Betracht und konnte eine Änderung der Verfassung insbesondere auch stillschweigend erfolgen⁴⁴², etwa wenn ein Gesetz die Anforderungen von Art. 76 WRV erfüllte, inhaltlich aber zu einer bestimmten Verfassungsnorm in Widerspruch stand⁴⁴³. In diesem Fall war die Verfassung durch das Gesetz geändert, ohne dass dieses „Änderungsgesetz“ als Verfassungsgesetz bezeichnet oder in die Verfassung aufgenommen wurde⁴⁴⁴.

Dieser formalistische Ansatz über die verfassungsrechtliche Anwendungspraxis der Reichsverfassung in der Weimarer Republik, führt hinsichtlich der Frage nach der formellen Fortgeltung der Weimarer Verfassung also nicht weiter. Denn es lässt sich sowohl vertreten, dass der NS-Staat keine Verfassung hatte, sondern sich seine Regierungs- und Verfassungsgesetze zur Grundlage und Sicherung der nationalsozialistischen Herrschaftsform – nach der Ausschaltung des Parlaments im März 1933 – selbst gegeben hat, als dass diese Gesetze förmliche Verfassungsgesetze auf Grundlage der fortgeltenden Weimarer Reichsverfassung gewesen seien⁴⁴⁵. Durch das *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* vom 24. März 1933 und das *Gesetz über den Neubau des Reiches* vom 30. Januar 1934 wurde die Regierung nicht nur ermächtigt, Gesetze ohne das Parlament beschließen zu können, sondern auch die Verfassungsgesetzgebung auf die Reichsregierung übertragen. Demnach kamen sämtliche daran anschließenden Regierungsgesetze vermeintlich verfassungsgemäß⁴⁴⁶, ohne das Parlament, zustande. Sofern sie mit der Weimarer Reichsverfassung kollidierten, handelte es sich um stillschweigende Verfassungsänderungsgesetze, ohne dass sie als solche formell bezeichnet werden mussten⁴⁴⁷. Eine materielle Grenze für Verfassungsänderungen gab es nicht⁴⁴⁸.

Eine gesetzessystematische Untersuchung der Verfassungsrechtslage in Österreich zwischen dem 13. März 1938 und dem 27. April 1945 lässt zwar keine ausdrückliche

⁴⁴² Zur Praxis der Verfassungsdurchbrechung im Wege der stillschweigenden Verfassungsänderung umfassend, *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 5 Rdnr. 81 ff. mit weit. Nachw.

⁴⁴³ RG, JW 1927, S. 2198

⁴⁴⁴ *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 76 Abs. 1 WRV, S. 401

⁴⁴⁵ Letzteres ist die wohl herrschende Auffassung, vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 249 mit weit. Nachw.

⁴⁴⁶ Zur Legalität der Machtergreifung ausführlich *Grawert*, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 6 Rdnr. 5 mit weit. Nachw.

⁴⁴⁷ *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 76 Abs. 1 WRV, S. 401 f. mit weit. Nachw.

⁴⁴⁸ Vgl. dazu *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 5 Rdnr. 87

Inkraftsetzung der Weimarer Verfassung erkennen, wohl aber eine mittelbare Bezugnahme auf die dort geregelten formellen Gesetzgebungskompetenzen. Artikel II des deutschen *Gesetzes über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich* vom 13. März 1938⁴⁴⁹ bestimmte grundsätzlich, „*Das derzeit in Österreich geltende Recht bleibt bis auf weiteres in Kraft. Die Einführung des Reichsrechts in Österreich erfolgt durch den Führer und Reichskanzler oder den von ihm hierzu ermächtigten Reichsminister*“. Herrschende Ansicht war allerdings, dass die Bestimmung des Art. II Satz 1 *nicht* auf das Verfassungsrecht zu übertragen war⁴⁵⁰.

Mit der Eingliederung trat Österreich als Land in die politische Grundordnung des Reiches automatisch ein. Damit habe Österreich auch seine, bis dahin wirksame Verfassung von 1934, zum größten Teil am 13. März 1938 verloren. Insbesondere seien alle Bestimmungen außer Kraft getreten, welche einen souveränen Staat Österreich zur Voraussetzung hatten, ferner aber auch alle sonstigen Vorschriften, „welche mit der politischen Grundordnung des Reiches und der nationalsozialistischen Weltanschauung im Widerspruch standen“⁴⁵¹. Im Gegenzug seien im Augenblick der Eingliederung Österreichs in das Deutsche Reich die soeben aufgezählten (vermeintlichen) „Verfassungsgesetze des Reiches“⁴⁵² für das Land Österreich automatisch wirksam geworden, ohne dass es einer formellen Einführung im Sinne von Art. II Satz 2 des deutschen *Gesetzes über die Wiedervereinigung Österreichs mit dem Deutschen Reich* vom 13. März 1938 bedurft hätte⁴⁵³.

Auf die Weimarer Reichsverfassung ist zwar nicht generell Bezug genommen worden, gleichwohl war man in Österreich seinerzeit bemüht, den legalen Schein des Anschlusses aufrecht zu erhalten und dieser Legalität deshalb gerade auch im Verfassungsrecht Geltung zu verleihen, indem man formelle und materielle Begründungsansätze miteinander vermischte. Sofern und soweit eine Bestimmung der *Maiverfassung* von 1934⁴⁵⁴ materiell nicht mit der politischen Grundordnung des Reiches oder der nationalsozialistischen Ideologie in Widerspruch stand, sollte sie deshalb auch nach dem 13. März 1938 zur Anwendung kommen, selbst wenn dies nicht unmittelbar für das österreichische Verfassungsrecht festgeschrieben war. Besonders relevant wurde dies bei der Gesetzgebungskompetenz. § 1 der *Verordnung über das Gesetzgebungsrecht im Lande Österreich*⁴⁵⁵ bestimmte nämlich: „Soweit nicht Reichsrecht im Lande Österreich gilt, übt

⁴⁴⁹ RGBl. 1938 I, S. 237

⁴⁵⁰ Pfeifer, Die Ostmark – Eingliederung und Neugestaltung, Art. II, Anmerkung zu 1), S. 21

⁴⁵¹ Pfeifer, Die Ostmark – Eingliederung und Neugestaltung, Art. II, Anmerkung zu 1), S. 21

⁴⁵² Zu nennen sind hier insbesondere das *Gesetz zur Sicherung der Einheit von Partei und Staat* vom 1. Dezember 1933, das *Staatsoberhauptgesetz* vom 1. August 1934, der *Erlass über die Führung der Wehrmacht* vom 4. Februar 1938 und das *Gesetz gegen die Neubildung von Parteien* vom 14. Juli 1938

⁴⁵³ Vgl. Pfeifer, Die Ostmark – Eingliederung und Neugestaltung, Art. II, Anmerkung zu 1), S. 21

⁴⁵⁴ BGBl. Nr. 1/1934

⁴⁵⁵ RGBl. 1 S. 455= GBl. für Österreich Nr. 111/1938

der Reichsstatthalter (Österreichische Landesregierung) im Lande Österreich im bisherigen Rahmen die Gesetzgebung aus“. Bei dem sog. Reichsstatthalter handelte es sich um die „Österreichische Landesregierung“. Dieser stand das Gesetzgebungsrecht also insoweit zu, als nach den Art. 34 ff. der *Maiverfassung* von 1934 die Gesetzgebung Bundessache war und nicht übergeordnetes Reichsrecht entgegenstand. Problematisch war aber, dass die Zuständigkeitsnormen für die Gesetzgebungskompetenzen des Reichs, nach der Weimarer Reichsverfassung, nicht mit der Zuständigkeit des Bundes nach der österreichischen *Maiverfassung* von 1934 übereinstimmten⁴⁵⁶. Diese Problematik wurde salomonisch zu Gunsten der Weimarer Reichsverfassung und der Gesetzgebungskompetenzen des Deutschen Reichs gelöst, in dem das Land Österreich über § 1 der *Ersten Verordnung über den Neubau des Reichs* vom 2. Februar 1934⁴⁵⁷ Gesetze nicht als Landesgesetze im eigenen Namen, sondern im Auftrag und im Namen des Reichs als Reichsgesetze erlassen sollte⁴⁵⁸.

Viel spricht deshalb dafür, aus dieser ausdrücklichen Bezugnahme der zeitgenössischen Rechtsliteratur auf die Kompetenzregelungen der Weimarer Reichsverfassung im Verhältnis zu den Bestimmungen der *Maiverfassung* von 1934, Rückschlüsse auf eine formelle Wirksamkeit der Reichsverfassung in Österreich zu ziehen.

Auf der anderen Seite ist gerade die Verbindung von formellem und materiellem Verfassungsrecht, wonach österreichisches Verfassungsrecht zur Anwendung kommen kann, wenn es inhaltlich mit der politischen Grundordnung des Reiches oder der nationalsozialistischen Ideologie nicht in Widerspruch steht, mit dem Herrschaftssystem des NS-Staats nicht zu vereinbaren⁴⁵⁹. Das Hitler-Regime kannte keine Normenhierarchie. Die bloße Vorstellung, dass Regelungen der österreichische *Maiverfassung* von 1934 oder sogar der Weimarer Reichsverfassung grundsätzlich Wirksamkeit entfalten konnten und für den Staats- und Machtapparat der Diktatur daher bindend waren, solange nicht eine materielle Prüfung ergab oder bereits ergeben hatte, dass die jeweiligen Vorschriften mit der politischen Grundordnung des Reiches oder der nationalsozialistischen Ideologie unvereinbar waren, ist vor dem Hintergrund der historischen Wirklichkeit abwegig und mit dem Selbstverständnis des Nationalsozialismus nicht zu vereinbaren. Das totalitäre NS-Regime verstand sich als eine dynamisch-revolutionäre Kraft, die ständig in Bewegung, die

⁴⁵⁶ Vgl. dazu ausführlich *Pfeifer*, Die Ostmark – Eingliederung und Neugestaltung, Verordnung (des Führers und Reichskanzlers) über das Gesetzgebungsrecht im Lande Österreich, § 1 Anmerkung zu 1), S. 84 mit weit. Nachw.

⁴⁵⁷ RGBl. I 1934, S. 81

⁴⁵⁸ *Pfeifer*, Die Ostmark – Eingliederung und Neugestaltung, Verordnung (des Führers und Reichskanzlers) über das Gesetzgebungsrecht im Lande Österreich, § 1 Anmerkung zu 1), S. 84

⁴⁵⁹ Ausführlich dazu, *Pauer-Studer*, Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, in: *Pauer-Studer/Fink* (Hrsg.), Rechtfertigungen des Unrechts – Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten, S. 50 mit weit. Nachw.

Barrieren zwischen Grundrechten, Staatsräson, Gesellschaft und Staat zu überwinden suchte. Für den Einzelnen bedeutete sie Abhängigkeit von der Führung und deren Zwecksetzungen, also eine völlige Instrumentalisierung der Person⁴⁶⁰. Die Weimarer Reichsverfassung, ihr liberales Verständnis von Grund- und Menschenrechten und das parlamentarische Regierungssystem war eines jener „Barrieren“ und spätestens mit dem *Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich* vom 24. März 1933 war sie „sinnentleert“ und materiell überwunden. Für die österreichische Maiverfassung von 1934 dürfte mit dem Anschluss das gleiche Schicksal verbunden gewesen sein.

Aus diesem Grund wird die Auffassung, es seien nur diejenigen Bestimmungen der österreichischen Bundesverfassung von 1934 außer Kraft getreten, welche einen souveränen Staat Österreich zur Voraussetzung hatten und ferner alle sonstigen Vorschriften, „welche mit der politischen Grundordnung des Reiches und der nationalsozialistischen Weltanschauung im Widerspruch standen“⁴⁶¹, eher einem politischen Habitus geschuldet gewesen sein. Insofern war jene Literaturauffassung damals bemüht, dem Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich etwas zuzusprechen, was später mit allen Mitteln verneint und bekämpft wurde, nämlich eine vermeintliche Legalität des Anschlusses und ein teilweises Fortbestehen der österreichischen Verfassung bzw. eine legale Integrierung in das Verfassungssystem des deutschen Reichs im NS-Staat. Gleichwohl bildet sie einen ausdrücklichen Nachweis dafür, dass von offizieller Seite auch von einer Geltung der Weimarer Reichsverfassung in Österreich ausgegangen wurde, da die Gesetzgebungskompetenzen in Bezug zu der *Maiverfassung* von 1934 gesetzt wurden.

d) Folgerungen für die Ausgestaltung des (richterlichen) Dienstrechts

Die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für die Entnazifizierung der Richterschaft nach 1945 erfordern, auf die Ausgestaltung des richterlichen Dienstrechts in Deutschland und in Österreich einzugehen; denn bis zum Nachweis des Gegenteils kann unterstellt werden, dass der Gesetzgeber insbesondere zur Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit, die verfassungsrechtlichen Determinanten näher konkretisiert hat. Dies gilt etwa für die gesteigerten Anforderungen an Mitwirkungsverbote in gerichtlichen Verfahren wegen Befangenheit oder Regelungen über Dienstzeiten sowie die Richterbesoldung. Da Maßnahmen der Entnazifizierung und des Wiederaufbaus einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Rechtspflege zumindest in Deutschland bereits 4 Jahre vor

⁴⁶⁰ Grawert, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, § 6 Rdnr. 19 f. mit weit. Nachw.

⁴⁶¹ Pfeifer, Die Ostmark – Eingliederung und Neugestaltung, Art. II, Anmerkung zu 1), S. 21

Inkrafttreten des Grundgesetzes erforderlich waren, greifen die Einschränkungen des Disziplinarrechts (vgl. Art. 98 Abs. 2 GG) noch nicht. Deshalb ist zu untersuchen, welche Anforderungen verfassungsrechtlicher Art, unmittelbar nach der Kapitulation, für das richterliche Dienstrecht galten.

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich entsteht erst zu Beginn der 1960er ein eigenständiges Dienstrecht der Richterschaft, das sich nicht mehr an das Beamtenrecht anlehnte⁴⁶². Richter waren nach den Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung und dem Bundesverfassungsgesetz von 1920 „normale“ Beamte⁴⁶³, die allerdings mit besonderen Rechten gegenüber dem Staat, insbesondere der Regierung und den Behörden der öffentlichen Verwaltung, ausgestattet waren, nämlich vor allem der richterlichen Unabhängigkeit. Regelungen über das Dienstverhältnis der Richter waren über die Beamtengesetze und das Gerichtsverfassungsrecht verstreut.

Bei einem Vergleich der verfassungsrechtlichen Vorschriften der Weimarer Republik und dem Bonner Grundgesetz fällt auf, dass sich das Richterdienstverhältnis, im Hinblick auf die den Richtern gewährleistete Unabhängigkeit, nicht entscheidend geändert hatte. Zwar waren die Richter in der Weimarer Zeit verbeamtete Staatsdiener, während sie unter dem Grundgesetz einen eigenständigen Status erhielten und auch eine eigene Besoldungsgruppe geschaffen wurde. Das Recht auf Unabhängigkeit von Regierung und Verwaltung war aber, sowohl in sachlicher wie auch in persönlicher Hinsicht, bereits in der Weimarer Reichsverfassung gewährleistet. Die Art. 102 und 104 Weimarer Reichsverfassung sowie Art. 97 GG garantieren die Unabhängigkeit der Richter⁴⁶⁴ verfassungsrechtlich und sind vom Wortlaut nahezu identisch⁴⁶⁵. In zwei Punkten unterscheidet sich das Grundgesetz aber in Bezug auf die Richter von der Weimarer Reichsverfassung: Die sachliche Unabhängigkeit, vor allem von Regierung und Verwaltung, gehört unbestritten zum Kernbestand des in Art. 20 GG verankerten Rechtsstaats. Ein Gericht, welches an Weisungen von Regierungsorganen, Verwaltungsbehörden oder sonstiger der Exekutive zurechenbarer Institutionen gebunden wäre, konterkariert die in Art. 20 Abs. 3 GG normierte Bindung an Gesetz und Recht, und damit auch an überpositive Prinzipien wie die der Gerechtigkeit. Aus diesem Grund ist es daher zutreffend, die richterliche Unabhängigkeit des Art. 97 Abs. 1 GG als Konkretisierung

⁴⁶² *Schmidt-Räntsch*, Kommentar zum Deutschen Richtergesetz, S. 40

⁴⁶³ *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 102 WRV (S. 474)

⁴⁶⁴ Zur richterlichen Unabhängigkeit eingehend *Stern*, Staatsrecht II, § 43 II 4, S. 907 ff. mit weit. Nachw.; *Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre, Rdnrn. 269 ff.; *Kisker*, NJW 1981, S. 889 ff.

⁴⁶⁵ Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I, § 19 Rdnrn. 17 ff.; *von Münch*, Staatsrecht Bd. 1, Rdnrn. 34, 133, 421; *Schilken*, Die Sicherung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt, JZ 2006, S. 860 ff.; *Huber/Storr*, Gerichtsorganisation und richterliche Unabhängigkeit in Zeiten des Umbruchs, ZG 2006, S. 105 ff.; *Gröschner*, Reichweite richterlicher Inamovibilität im Verfassungsstaat des GG; *Haberland*, Problemfelder für die richterliche Unabhängigkeit, DRiZ 2002, S. 301 ff.; *Papier*, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001, S. 1089 ff.

sowohl des Gewaltenteilungsgrundsatzes als auch des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20 GG zu erachten. Im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung ist sie insoweit über Art. 79 Abs. 3 GG einer Aufhebung oder Verfassungsänderung entzogen⁴⁶⁶.

Entscheidender ist aber die in Art. 98 Abs. 2 GG aufgenommene Möglichkeit der *Richteranklage*. Dieses Rechtsinstitut stellt die persönliche Unabhängigkeit des Richters unter den Vorbehalt der „Grundsätze des GG“ sowie wegen der föderalen Struktur Deutschlands der „verfassungsmäßigen Ordnung der Länder“. Die Wertung der Verfassung ist somit eindeutig: „Im Zweifel ist der verfassungsmäßigen Ordnung der Vorrang einzuräumen, sogar noch vor der richterlichen Unabhängigkeit“. Allerdings hat diese Bestimmung weder in der Vergangenheit noch bis heute eine signifikante praktische Rolle gespielt; sie ist offensichtlich hinter den ursprünglichen Vorstellungen der Verfasser des Grundgesetzes zurück geblieben⁴⁶⁷. Dennoch enthält sie einen bedeutenden Beleg für die Positionierung des Grundgesetzes als *wehrhafte* rechtsstaatliche Demokratie gegenüber Bestrebungen, die die Verfassung gestaltende Grundordnung nicht akzeptieren oder gar bekämpfen. Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes sollte derartigen politischen oder gesellschaftlichen Kräften nachhaltig entgegengetreten werden können, und zwar notfalls durch Entfernung aus dem öffentlichen Dienst⁴⁶⁸. Einer zusätzlichen dienst- oder strafrechtlichen Ahndung von Vergehen eines Richters, steht die Richteranklage grundsätzlich nicht entgegen. Jedoch existierten solche dienstrechtlichen Bestimmungen noch bis zum Inkrafttreten des Deutschen Richtergesetzes von 1962 nicht und eine analoge Anwendung der beamtenrechtlichen Bestimmungen dürfte gegen das Grundgesetz verstoßen haben. Die strafrechtliche Ahndung von Richtern begegnete generellen Bedenken. Damit stand der Aufarbeitung des Justizunrechts der Nationalsozialisten mit der Richteranklage ein probates Mittel zur Verfügung, mit dem die Parlamente des Bundes- und der Länder die „Entnazifizierung“ der Richterschaft hätten weiter betreiben können. Gerade als sich im Laufe der Zeit die Verdachtsmomente gegen einige Richter wegen ihrer zweifelhaften NS-Vergangenheit erhärteten, hätte man von diesem Instrument Gebrauch machen können.

Sofern man die Frage bejaht, dass sich die Verfasser des Grundgesetzes darüber im Klaren waren, dass die Justiz bereits 1949 wieder mit zahlreichen belasteten und möglicherweise verfassungsfeindlichen Richtern besetzt war⁴⁶⁹, muss untersucht werden, inwiefern es einer Richteranklage gem. Art. 98 Abs. 2 GG überhaupt bedurft hätte, um die Wertungen des

⁴⁶⁶ Herzog, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. V., Art. 98 Rdnr. 16 ff. mit weit. Nachw.

⁴⁶⁷ Wassermann in: Wasserman, Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, Art. 9 Rdnr. 50

⁴⁶⁸ Ähnlich Herzog, in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. V., Art. 98 Rdnr. 22

⁴⁶⁹ Vgl. Boss, Unverdienter Ruhestand, S. 18; dazu auch: Holtkotten, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 132, S. 6 ff. mit weit. Nachw.

Grundgesetzes zu schützen. Bei der Einstellung eines jeden Beamten und Richters wird eine ausführliche Überprüfung im Hinblick auf die jeweilige Verfassungstreue des Anwärters durchgeführt. Insoweit könnte es entscheidend sein, wie sich die bedingungslose Kapitulation der Wehrmacht am 08./09. Mai 1945 auf die Dienstverhältnisse der Richter auswirkte. Denn jedenfalls das Instrument der Richteranklage könnte, abgesehen von denkbaren anderen Maßnahmen der Entnazifizierung, für ehemalige Richter in Betracht kommen.

III. Der „Zusammenbruch des Deutschen Reiches“ mit der Kapitulation am 8./9. Mai 1945 und die Folgen für bestehende Dienstrechtsverhältnisse von Richtern

1. Staatsrechtliche Auseinandersetzung über die Kapitulation: Staatliche Kontinuität oder totaler Neuanfang?

Wie bei jedem staatlichen Umsturz musste nach der Kapitulation am 08./09. Mai 1945 früher oder später auch die grundsätzliche Frage nach den damit ausgelösten Rechtswirkungen gestellt und wissenschaftlich wie praktisch gelöst werden⁴⁷⁰. Für Deutschland stellte sich die Frage nach der staatlichen Kontinuität des Deutschen Reichs im Zusammenhang mit der Alliierten Doktrin der Bedingungslosen Kapitulation⁴⁷¹ durch die Wehrmacht und dem Terminus der Berliner Erklärung vom 5. Juni 1945, die insoweit wörtlich von „*unconditional surrender of Germany*“ sprach⁴⁷². Sofern man darin den *Untergang* der Staatsgewalt sehen wollte, fehlte es an einem wesentlichen Element nach der von *Jellinek* entwickelten Drei-Elemente-Lehre. Damit hatte der verbliebene Teil des Deutschen Reichs keine Qualität als eigenständiges Völkerrechtssubjekt⁴⁷³. Das Deutsche Reich existierte nicht mehr⁴⁷⁴. Dem steht jedoch entgegen, dass es für den Untergang der Staatsgewalt einer Annexion des besiegten Staates bedurfte⁴⁷⁵. Diese stellt den notwendigen formellen Akt der Unterwerfung und die Aufgabe der eigenen Staatsgewalt dar (sog. *subjugatio, debellatio*)⁴⁷⁶. Eine Annexion Deutschlands war aber von den Alliierten

⁴⁷⁰ Übersichtlich bei: *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV, S. 32 ff.

⁴⁷¹ So lautete bereits die „Formel“ bei der Konferenz von Casablanca im Januar 1943, vgl. etwa *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, § 41 Rdnr. 1 ff. mit weit. Nachw.

⁴⁷² Amtsblatt des Kontrollrats, Ergänzungsblatt Nr. 1, S. 7

⁴⁷³ Vgl. *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 697 ff. mit weit. Nachw.

⁴⁷⁴ *Nawiasky*, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, S. 7 ff.

⁴⁷⁵ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 699 mit weit. Nachw.

⁴⁷⁶ *Diestelkamp*, Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte, Historische Betrachtungen zur Entstehung und Durchsetzung der Theorie vom Fortbestand des Deutschen Reichs nach 1945, in: ZNR 7, S. 184

weder beabsichtigt noch vollzogen worden⁴⁷⁷. Wie bereits aufgezeigt⁴⁷⁸, waren sich diese über die Zukunft Deutschlands vielmehr uneins. Man verabschiedete sich im Rahmen der *Potsdamer Konferenz* im August 1945 sogar von den Plänen einer „Zerstückelung“ Deutschlands, die einer Annexion am Nächsten gekommen wäre. Geeinigt wurde sich allgemein auf eine „[...] *reconstruction of German political life on a democratic basis*“⁴⁷⁹. Sowohl die Alliierten, als auch der Parlamentarische Rat und damit das 1949 in Kraft getretene Grundgesetz, folgten der Vorstellung vom *Fortbestand* des deutschen Staates⁴⁸⁰. Diese rechtliche Bewertung wurde vom Bundesverfassungsgericht bestätigt⁴⁸¹.

Für **Österreich** war die rechtliche Einordnung des Anschlusses an das Deutsche Reich im März 1938 Ausgangspunkt für die Diskussion über Untergang oder bloße Handlungsunfähigkeit und damit verbundenem Fortbestand der Republik Österreich. Rechtsdogmatisch war die Begründung des Fortbestands der Staatsgewalt der Republik Österreich und die damit verbundene Aufrechterhaltung als Völkerrechtssubjekt ungleich problematischer. Zum einen gab es, etwa im Gegensatz zu Frankreich, zu keinem Zeitpunkt eine Exilregierung, und es war offizielle deutsche Auffassung, die nahezu vom gesamten Ausland geteilt wurde, dass mit dem Anschluss 1938 der Staat Österreich seine Qualität als Völkerrechtssubjekt verloren hatte⁴⁸². Zum anderen sprachen die Alliierten in der Moskauer Erklärung von 1943 selbst von einer *Annexion* Österreichs durch die Nationalsozialisten⁴⁸³ und waren gerade bestrebt, diese rückgängig zu machen.

Für die Republik Österreich lag es daher nahe, in dem Anschluss 1938 einen formellen Akt der Unterwerfung (*lat. subjugatio, debellatio*) zu sehen und die Subjektsqualität zu verneinen. Zutreffend führt *Brauneder* insoweit aus, dass selbst der allgemeine Sprachgebrauch, der für die Zeit nach 1945 den Begriff der „zweiten Republik“ verwendet, den Untergang der insoweit „ersten Republik“ zwischen 1918 und 1938 eigentlich voraussetzt⁴⁸⁴. Über die völkerrechtlichen Bedenken setzte sich die Erklärung der Provisorischen Staatsregierung hinweg und konstatierte pauschal, dass die Kontinuität des Staates Österreichs durch die rechtsunwirksame Annexion NS-Deutschlands zwischen 1938 und 1945 nicht unterbrochen worden wäre⁴⁸⁵, Österreich sei der Staat, „den alle

⁴⁷⁷ Amtsblatt des Kontrollrats, Ergänzungsblatt Nr. 1, S. 7 ff., *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 694; *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts, Bd. IV., S. 33; *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, § 41 Rdnr. 2

⁴⁷⁸ siehe oben unter: A, I, 2

⁴⁷⁹ *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, § 41 Rdnr. 5

⁴⁸⁰ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 699 mit weit. Nachw.

⁴⁸¹ BVerfGE 36, S. 1, 15 f.

⁴⁸² *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 248-249

⁴⁸³ Vgl. *Vocelka*, Geschichte Österreichs, S. 317

⁴⁸⁴ *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 262

⁴⁸⁵ *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, Rdnr. 42 mit weit. Nachw.

wollten⁴⁸⁶. Damit konnte die eigene NS-Vergangenheit Österreichs nachhaltig „abgeschüttelt werden“⁴⁸⁷.

Dieser, nahezu endlos erscheinende, Meinungsstreit ist mittlerweile längst historisch geworden und soll auch hier nicht in seiner Breite aufgerollt oder bewertet werden⁴⁸⁸. Für das Dienstverhältnis von Richtern, Beamten oder Soldaten ist er allerdings von nicht unerheblicher Bedeutung, weil es insoweit eigentlich unumgänglich ist, mit dem Untergang des Staates auch das Ende eben jener Rechtsverhältnisse verbunden zu sehen. Denn die Staatsdiener sind dienstrechtlich an das „Überleben“ und damit an die rechtliche Existenz ihres Dienstherrn gebunden. Wie noch darzustellen sein wird, ist es auch dem deutschen Bundesverfassungsgericht nur über Umwege und unter Aussetzung erheblicher Kritik gelungen, diese beiden Themenkreise theoretisch voneinander zu trennen⁴⁸⁹.

Der Entnazifizierung kommt, in Bezug auf das Personal des öffentlichen Dienstes, eine unmittelbare verfassungsrechtliche Komponente zu. Sofern das Deutsche Reich im Mai 1945 untergegangen ist und 1949 mit Begründung der Bundesrepublik Deutschland ein Neuanfang gestartet wurde, ist es konsequent anzunehmen, dass auch sämtliche Dienstverhältnisse erloschen sind⁴⁹⁰. Demnach hätte es nach 1945 Einstellungsverfahren für Richter und Beamte geben müssen. Selbst für die Zeit zwischen dem 8. Mai 1945 und der Gründung der Bundesrepublik am 23. Mai 1949 hätte bei diesen Einstellungsverfahren auch die Frage nach der Verfassungstreue eine Rolle spielen müssen. Dies ergibt sich bereits aus den teilweise schon vorher in Kraft getretenen Länderverfassungen⁴⁹¹.

Andererseits lässt sich aber gerade mit der *Untergangsthese* die Meinung vertreten, dass es in dieser Zeit keinen fortwirkenden Staat, keine Verfassung auf Bundesebene und demnach auch keine auf ihr begründenden Treuepflichten gab⁴⁹². Deutschland war zerstört, und die Kontrolle wurde durch die Besatzungsmächte ausgeübt⁴⁹³. Die Einstellungen der ersten Richter und Beamten auf Länderebene bzw. deren Weiterverwendung wurden auch tatsächlich nur von den Besatzungsmächten vorgenommen und koordiniert⁴⁹⁴. Hinsichtlich der persönlichen Eignung und Befähigung des Personals stellten die Alliierten auf die

⁴⁸⁶ Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV, S. 35 mit weit. Nachw.

⁴⁸⁷ Zitiert nach Stolleis, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, Rdnr. 42 mit weit. Nachw.

⁴⁸⁸ Stolleis, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, Rdnrn. 34 ff.

⁴⁸⁹ BVerfGE 3, S. 58 ff.; gute Übersicht bei Kirn, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 11 ff.

⁴⁹⁰ Differenzierend aber: BVerfGE 3, S. 58 ff.

⁴⁹¹ Vgl. etwa v. Braunschweig, Verfassungsentwicklung in den westlichen Bundesländern, S. 69 ff.

⁴⁹² Kelsen, The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin, in: The American Journal of International Law, Vol. 39, No. 3, S. 518 ff.

⁴⁹³ Siehe oben unter: A., II., 1., Ziff. a.

⁴⁹⁴ Vgl. etwa Wenzlau, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland, S. 99 ff.

Ergebnisse der Entnazifizierung ab⁴⁹⁵. Damit wird die Entnazifizierung entscheidungserheblich für die Frage nach der Verfassungstreue des verwendeten Personals. Waren sich die Alliierten darüber im Klaren, dass man aus Zweckmäßigkeitserwägungen und wegen Personalmangels, belastete Personen wieder in den Staatsdienst aufnehmen musste⁴⁹⁶, dann war damit zugleich für die Bundesrepublik Deutschland die Frage nach der Verfassungstreue eben dieser Personen entschieden bzw. vorweggenommen, wenn diese Personen nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland 1949 „ungeprüft“ einfach weiterverwendet bzw. übernommen wurden. Konsequenterweise fortgedacht, bejahen daher auch die Vertreter der „Untergangstheorie“ zumindest eine Kontinuität zwischen der Besatzungszeit von 1945 bis 1949 und der Bundesrepublik Deutschland mit Inkrafttreten des Grundgesetzes. Denn anderenfalls hätte man nach der Staatsgründung Einstellungsverfahren für Richter und Beamte durchführen müssen, bei denen die Bewerber auf ihre Verfassungstreue überprüft worden wären.

Die Vertreter der „Kontinuitätstheorie“, und dabei handelt es sich um die h.M. in Rechtsprechung und Lehre⁴⁹⁷, gehen dagegen von einem Fortbestand des Deutschen Reichs über 1945 und 1949 und im Übrigen auch für die Republik Österreich über 1938 hinaus aus. Damit standen Richter und Beamte grundsätzlich weiterhin wirksam in einem dienstrechtlichen Verhältnis, sofern sie nicht durch die Alliierten Säuberungsmaßnahmen im Rahmen der Entnazifizierung ausgesondert und aus dem Dienst entfernt wurden. Neue Einstellungsverfahren waren somit nicht erforderlich; sämtliche Dienstverhältnisse waren formell noch in Kraft. Damit entsteht nach der h.M. der Staatsrechtslehre ein unweigerliches verfassungsrechtliches *Spannungsverhältnis zwischen der Verfassungstreue* auf der einen und der *richterlichen Unabhängigkeit* auf der anderen Seite.

Die entscheidende Frage ist daher zum einen, wie sich Kapitulation der Wehrmacht am 08./09. Mai 1945 sowie die daran anschließenden Folgebestimmungen und Maßnahmen der Besatzungsmächte für Deutschland und der Anschluss an das Deutsche Reich 1938 für Österreich auf die Dienstverhältnisse von *Richtern* auswirkte. Dieser Frage im Einzelnen nachzugehen, unterscheidet die vorliegende Arbeit von bisherigen Untersuchungen, die sich nahezu ausschließlich auf Beamtenverhältnisse beziehen und die Richter gerade „außen vor lassen“⁴⁹⁸. Dies gilt auch für das im Zentrum dieser Untersuchung oben bereits angesprochene⁴⁹⁹ verfassungsrechtliche *Spannungsverhältnis* zwischen Entnazifizierung

⁴⁹⁵ Müller, Furchtbare Juristen, S. 204 ff.

⁴⁹⁶ Vgl. etwa Müller, Furchtbare Juristen, S. 205 mit weit. Nachw.

⁴⁹⁷ Vgl. etwa Naumann in: VVDStRL 13 (1955), S. 88 ff.

⁴⁹⁸ Vgl. nur Schwegmann, Die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums nach 1945, S. 9 f. mit weit. Nachw.

⁴⁹⁹ Siehe bereits oben unter: A., III. (S. 50 ff.)

einerseits und den Elementen des Rechtsstaatsprinzips, insbesondere der Gewaltenteilung bzw. Funktionentrennung, andererseits. Insoweit geht es nämlich für Deutschland, aber auch für Österreich, um die entscheidende Frage, ob die Weiterbeschäftigung von Richtern, die vor 1945 an Unrechtsurteilen des NS-Regimes beteiligt waren, oder die Neubesetzung von Richterstellen mit ehemaligen Nationalsozialisten gegen geltendes Verfassungsrecht in beiden Ländern verstoßen hat.

2. Auseinandersetzungen in Deutschland über die Rechtsfolgen der Kapitulation am 08./09. Mai 1945

Wie bei vielen juristischen Diskursen oder Streitigkeiten lag an der ausführlichen Debatte über die Rechtsfolgen der bedingungslosen Kapitulation insbesondere im Hinblick auf das Deutsche Reich als Völkerrechtssubjekt und die in Betracht kommenden Konsequenzen für die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse der Umstand, dass weder die Weimarer Reichsverfassung noch das Grundgesetz hierzu eine erkennbare Position zum Ausdruck gebracht haben. Obgleich diese Problematik bei den Beratungen des *Parlamentarischen Rats* erkannt wurde, entschied man sich bewusst dafür, das Problem nicht auf Verfassungsebene zu lösen, sondern über Artikel 131 GG zur abschließenden Entscheidung auf den Bundesgesetzgeber zu übertragen⁵⁰⁰. Auch diese Maßnahme dürfte nicht zuletzt dem zeitlichen Druck, unter dem sowohl der Parlamentarische Rat als auch danach der Bundesgesetzgeber standen -und damit letztlich Zweckmäßigkeitserwägungen – geschuldet gewesen sein⁵⁰¹. Bedenkt man die zahllosen Aufsätze⁵⁰², Bücher⁵⁰³, Essays, teilweise divergierende Gerichtsentscheidungen⁵⁰⁴, sodann das grundlegende Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1953⁵⁰⁵ und den Sturm der Entrüstung, den dieses sowohl in der Literatur⁵⁰⁶, als auch in der Rechtsprechung⁵⁰⁷ erfahren hat, dann wäre gewiss zu erwarten gewesen, dass eine abschließende Klärung in den parlamentarischen Gremien mehrere Jahre in Anspruch genommen hätte.

⁵⁰⁰ Dietlein, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG-Kommentar, Bd. 3, Art. 131 Rdnr. 1; Grotkopp, Beamtentum und Staatsformwechsel, S. 226

⁵⁰¹ Zutreffend Anders, Gesetz zu Artikel 131 GG, S. 14

⁵⁰² Kelsen, The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin, in: The American Journal of International Law, Vol. 39, No. 3, S. 518 ff.

⁵⁰³ Vgl. nur Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, S. 3 ff.; Stödter, Deutschlands Rechtslage, S. 36 ff.

⁵⁰⁴ Zusammenfassend Heyland, Die Rechtsstellung der entfernten, erfolgreich entnazifizierten deutschen Beamten, DÖV 1950, S. 289 ff., 323 ff., 359 ff.

⁵⁰⁵ BVerfGE 3, S. 58 ff.

⁵⁰⁶ Vgl. etwa Naumann, VVDStRL, 13 (1955), S. 88 ff. mit weit. Nachw.

⁵⁰⁷ BGHZ, Großer Senat für Zivilsachen, Beschluss v. 20.05.1954, BGHZ 13, S. 265 ff.

Wie bereits dargestellt wurde⁵⁰⁸, gab es zur Entstehungszeit des Grundgesetzes in Deutschland einen personellen Überschuss an vormaligen Staatsbeamten des Deutschen Reichs, insbesondere aufgrund der Vertreibungen aus den ehemaligen Staatsgebieten im Osten. Nicht im Zusammenhang mit der Entnazifizierung, sondern überwiegend aus finanziellen Erwägungen, wurde daher die Frage erörtert, ob diese Personen einen Anspruch auf *Wiedereinstellung* und/oder ihre *Versorgungsbezüge* hatten⁵⁰⁹. Dies wäre wirtschaftlich kaum zu realisieren gewesen. Durch das sog. Gesetz zu Art. 131 des Grundgesetzes (G 131)⁵¹⁰ vom 11. Mai 1951, kam der Bundestag seinem Verfassungsauftrag nach, diejenigen Rechtsverhältnisse von Personen des öffentlichen Dienstes zu regeln, die im Zuge des Zusammenbruchs des Deutschen Reiches ihr Amt, ihren Arbeitsplatz oder ihre Versorgungsbezüge verloren hatten⁵¹¹.

In den Abschlussgesprächen zu Art. 131 GG im Parlamentarischen Rat drückten sich die Abgeordneten *Zinn* und *Schmid* dahingehend aus, dass „[...] *nicht alle von Art. 131 GG Betroffenen untergebracht werden könnten, andererseits aber deren legitime Ansprüche nicht verloren gehen sollten* (*Zinn, Schmid*)“⁵¹². Ein Teil der Staatsrechtslehre war bemüht, in diesen Äußerungen ein ausdrückliches Indiz dafür zu sehen, dass die Ansprüche zumindest „dem Grunde nach“ verfassungsrechtlich bestanden⁵¹³ und der Bundesgesetzgeber lediglich über die Frage der Art und Weise, „wie“ diese Ansprüche den Betroffenen zu gewähren sind, normativ zu entscheiden habe.

Das Gesetz zu Art. 131 GG regelte dann jedoch zahlreiche Voraussetzungen, die etwaige Ansprüche von potenziell Betroffenen ausschließen bzw. grundsätzlich ausschließen konnten⁵¹⁴. Einige von ihnen sahen sich deshalb in ihren vermeintlich verfassungsmäßig garantierten Rechten aus Art. 33 Abs. 5 GG verletzt und legten gegen das G 131 Verfassungsbeschwerde ein. Diese war nicht nur erfolglos, sondern führte zu einem Ergebnis, welches die Antragssteller gewiss nicht erreichen wollten: Das Bundesverfassungsgericht erklärte am 17. Dezember 1953 das Gesetz zu Art. 131 GG für verfassungskonform und stellte im Tenor des Urteils lapidar fest: „*Alle Beamtenverhältnisse sind am 8. Mai 1945 erloschen*“. Diese Argumentation – also den Fortbestand der öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse zu verneinen, ohne überhaupt auf den staatsrechtlichen

⁵⁰⁸ Siehe oben unter: B., I., 3. (S. 81 ff.)

⁵⁰⁹ Insgesamt waren 1949 über 248.345 verdrängte Beamte aktenkundig. 64.805 davon hatten bereits wieder einen Posten im öffentlichen Dienst, der Rest „drängte“ mehr oder minder auf Wiedereinstellung.

⁵¹⁰ BGBl I, S. 307

⁵¹¹ *Anders*, Gesetz zu Artikel 131 GG, S. 13

⁵¹² *Holtkotten* in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 131, S. 7

⁵¹³ *Holtkotten*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 131, S. 7; *Herzog*, in: *Maunz/Dürig*, Grundgesetz Kommentar, Bd. V, Art. 131 Rdnr. 4

⁵¹⁴ Vgl. etwa *Anders*, Gesetz zu Artikel 131 GG, S. 34 f., 41 f.; *Boss*, Unverdienter Ruhestand, S. 18; *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 207 f.

Theorienstreit über die rechtlichen Wirkungen der Kapitulation am 8. Mai 1945 einzugehen – war zu diesem Zeitpunkt absolut neu⁵¹⁵. Allerdings wurde dadurch in den Mittelpunkt der öffentlichen und wissenschaftlichen Diskussion gerückt, was zuvor nur am Rande eine Rolle gespielt hatte: Die Entnazifizierung und der Umstand, dass ehemalige Funktionseliten der Nationalsozialisten wieder eine Anstellung im öffentlichen Dienst erstrebten oder sogar bereits wiedereingestellt bzw. noch immer beschäftigt waren.

Im Hinblick auf den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung muss allerdings betont werden, dass sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts auf die Rechtsverhältnisse der *Beamten* bezog. Offen ist demnach, ob gleiches auch für die Dienstverhältnisse der *Richter* ohne weiteres gilt. In der wissenschaftlichen Diskussion ist dies bislang kaum erörtert worden, obwohl sich die Parallele zur Richterschaft aufdrängt⁵¹⁶. Dies hängt im Wesentlichen von der zentralen Rolle ab, die die Richterschaft oder jedenfalls ein Teil von ihr im NS-Regime spielte. Denn dieses Kriterium – die Rolle im Machtapparat der Nazidiktatur – hatte ja das Bundesverfassungsgericht für maßgeblich erklärt. Offen ist ferner, ob die Entnazifizierungspolitik und die erwiesene Tatsache, dass als in die Kategorie der „Belasteten“ eingestuften NS-Richter als Richter in der Bundesrepublik Deutschland weiterverwendet wurden, verfassungspolitisch oder gar verfassungsrechtlich bedenklich ist, insbesondere gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen hat. In diesem Zusammenhang spielt die bereits dargestellte Funktion der Rechtsprechung im demokratischen und sozialen Rechtsstaat eine wesentliche Rolle.

Es bedarf der Klarstellung, dass eine rechtshistorische Untersuchung des mehrfach erwähnten *verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses* zwischen der Entnazifizierung der Richterschaft, die unter dem tatsächlichen Druck des Wiederaufbaus der Justiz und entsprechender Personalmängel stand, auf der einen Seite und dem Rechtsstaatsprinzip, mit dem die Besetzung eines aus der NS-Zeit vorbelasteten Richterpersonals möglicherweise nicht zu vereinbaren sein könnte, auf der anderen Seite nur aus einer *ex ante* Betrachtung, zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes, erfolgen dürfte. Das Rechtsstaatsprinzip als Ausdruck des Prinzips der Funktionentrennung und der richterlichen Unabhängigkeit sowie der Grundsatz der Verfassungstreue⁵¹⁷ haben in den vergangenen 75 Jahren deutscher Verfassungsgeschichte eine besondere Ausgestaltung und Prägung durch die Literatur und die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

⁵¹⁵ Zutreffend *Grawert*, Beamtenschaft im Spiegel der Nachkriegsjudikatur, in: Schwegmann, Die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums nach 1945, S. 35

⁵¹⁶ Vgl. etwa *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 17

⁵¹⁷ Siehe zum Extremistenbeschluss insbesondere: *Frisch*, Extremistenbeschluss, S. 38 ff. mit weit. Nachw.

erfahren⁵¹⁸. Zugleich haben sich ebenfalls die historische Aufarbeitung sowie die gesellschaftliche und politische Auseinandersetzung mit der Zeit des Nationalsozialismus erheblich verändert. So wie die Besetzung von Richterstellen mit Personen, die an NS-Unrechtsurteilen mitgewirkt hatten, und ehemaligen Nationalsozialisten heute ebenso undenkbar wie rechtlich und praktisch unmöglich ist, ist sie offenbar in den ersten Jahren nach 1945 gar nicht besonders aufgefallen. Nicht nur die Justiz, sondern zahlreiche Behörden sowohl des Bundes als auch der Länder, bis zu einzelnen Ministerpräsidenten, hatten mit der Problematik einer praktischen „Renazifizierung“ des Personals zu kämpfen. Nicht zuletzt war dies auch ein wesentlicher Ausgangspunkt für die Studentenrevolten der „1968er“.

Mit zweierlei Maß würde man messen, wollte man die heutigen Wertentscheidungen in Politik und Gesellschaft sowie rechtlich im Verfassungs- und Gesetzesrecht auf jene, lange zurückliegenden, Sachverhalte uneingeschränkt anwenden und den öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen der aus der NS-Zeit belasteten Richter pauschal und mit Wirkung *ex tunc* die Wirksamkeit versagen. Sorgfältig untersucht werden muss daher, inwiefern dieses *verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis* bereits zur damaligen Zeit erkannt und seine Auflösung zum Maßstab praktischer Maßnahmen gemacht wurden.

a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Status von Beamten

Auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1953⁵¹⁹ ist in diesem Zusammenhang bereits mehrfach Bezug genommen worden. Das Besondere an dieser Entscheidung ist nicht nur der Tenor zu 2), indem das Gericht sämtliche Beamtenverhältnisse mit der Kapitulation am 8. Mai 1945 als erloschen bezeichnet, sondern gerade die dafür angegebene Begründung. Es ist im Rahmen dieser Untersuchung nicht erforderlich, die Auffassung des Gerichts umfassend zu analysieren oder im Hinblick auf die Ansichten der überwiegenden Staatsrechtslehre oder der divergierenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kritisch zu hinterfragen⁵²⁰. Insoweit kann auf die umfassende und weiterführende Literatur zur Problematik der Rechtsfolgen der Kapitulation vom 08./09. Mai 1945 verwiesen werden.

⁵¹⁸ Degenhart, Staatsrecht I, S. 112 ff. mit weit. Nachw.; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 207 ff.; Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rdnr. 28 ff. mit weit. Nachw.; Maurer, Staatsrecht I, § 8 Rdnr. 1 ff. mit weit. Nachw.; Stern, Staatsrecht II, S. 513 ff.

⁵¹⁹ BVerfGE 3, S. 58 ff = NJW 1954, S. 21 ff.

⁵²⁰ Kirn, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 167 ff.

Das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Untersuchung an dieser Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts bezieht sich ausschließlich darauf, ob und inwieweit sie auch auf die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse der *Richter* Anwendung finden könnte. Insbesondere stellt sich die Frage, welche staats- und verfassungsrechtlichen Konsequenzen sich für die Richter ergeben, die nach 1945 bereits wieder in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis angestellt und tätig waren.

Rechtlicher Ausgangspunkt für das Bundesverfassungsgericht war die Frage, ob die Dienstverhältnisse der vermeintlich durch das G 131 beschwerten Beamten, zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes am 11. Mai 1951, (weiter) bestanden oder bereits erloschen waren. Sofern letzteres der Fall war, konnte den Antragsstellern der Verfassungsbeschwerde durch das angegriffene Gesetz nicht in die geltend gemachten Grundrechte eingegriffen werden; es fehlte an der für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde erforderlichen Grundrechtsbeeinträchtigung⁵²¹.

Das Gericht verdeutlicht gleich zu Beginn seiner Begründung seinen (neuen) *methodischen Ansatz*, nämlich dass es sich bei der Beantwortung dieser Frage gerade *nicht* auf die rechtliche Problematik zum Untergang und/oder Fortbestand des Deutschen Reiches stützen möchte⁵²². Vielmehr würde allein der rechtsdogmatische Ansatz, vom Fortbestand des Deutschen Reichs zugleich auf den Fortbestand der Beamtenrechte zu schließen, zu kurz greifen und sowohl die *tatsächlichen* Verhältnisse im totalitären Führerstaat der Nationalsozialisten als auch den *politisch-historischen* Zusammenhang unberücksichtigt lassen⁵²³.

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts hat das Beamtenverhältnis, d.h. genauer das Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Beamten, „im Dritten Reich eine *tiefgreifende*, sein Wesen berührende, *Umgestaltung* erfahren“⁵²⁴. Hierfür werden beachtliche Argumente geliefert, von denen 3 für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung relevant sind:

Ein Rechtsstaat ist gekennzeichnet durch die Aufteilung der vom Volk abgeleiteten Staatsgewalt in die jeweils voneinander unabhängigen Funktionen der Gesetzgebung, Gesetzesausübung (Interpretation, Konkretisierung und Vollzug) und Rechtsprechung. Die Gewaltenteilung, im Sinne einer Verteilung der Staatsgewalt auf Staatsorgane mit unterschiedlichen Funktionen sowie die Differenzierung zwischen dem Staat als bloßem Völkerrechtssubjekt und der unterschiedlichen Herrschaftsform, waren dem totalitären

⁵²¹ Hillgruber/Goos, Verfassungsprozessrecht, S. 58 ff. mit weit. Nachw.

⁵²² BVerfG, NJW 1954, S. 21

⁵²³ BVerfG, NJW 1954, S. 21

⁵²⁴ BVerfG, NJW 1954, S. 22

Führerstaat des NS-Regimes jedoch fremd. Staat, Volk und Führer sollten gerade eine untrennbar miteinander verbundene Einheit bilden. Personen, die nicht in dieses System passten, wurden negiert oder gar beseitigt, erst recht konnte ihnen keine öffentlich-rechtliche Stellung in der Staatsorganisation, namentlich im Beamtenapparat, zukommen. Aus diesem Grund wurde, keine zwei Monate nach der *Machtergreifung*, durch das sog. *Ermächtigungsgesetz* vom 24. März 1933 praktisch die Trennung zwischen Gesetzgebung (Legislative) und Gesetzesausführung (Exekutive) aufgehoben. Gesetze konnten fortan von der Regierung verabschiedet werden. Da es keine Trennung zwischen Legislative und Exekutive mehr gab, wurde dadurch zwangsläufig auch die *parteipolitische Neutralität* des Beamten gem. Art. 130 WRV zerstört. Es gab nur noch eine Partei, deren Zielen, Vorstellungen und Programmen sich die Beamten zu beugen hatten⁵²⁵.

Ferner stellte das Bundesverfassungsgericht darauf ab, dass der Schutz der *wohlerworbenen Rechte* der Beamten nach Art. 129 Abs. 1 WRV von den Nationalsozialisten gesetzlich aufgehoben wurde. Art. 129 Abs. 1 WRV gewährte den Beamten eine Rechtsweggarantie bei staatlichen Eingriffen in ihre vermögensrechtlichen Ansprüche. Das Gericht sah darin eine Aushöhlung der wirtschaftlichen und damit inneren *Unabhängigkeit* des Beamtenverhältnisses gegenüber dem Staat. An die Stelle des Deutschen Beamtenbundes trat die „Beamten-Einheits-Organisation“, deren satzungsmäßige Aufgabe „die Erziehung der Mitglieder zu vorbildlichen Nationalsozialisten und die Durchdringung des Beamtentums mit dem nationalsozialistischen Gedankengut“⁵²⁶ war. Systemgegner wurden beseitigt, und seit 1935 wurde gem. § 26 DBG die Ernennung zum Beamten davon abhängig gemacht, dass der Bewerber rückhaltlos für den nationalsozialistischen Staat einzutreten bereit ist⁵²⁷. Schließlich sei durch § 4 DBG ein besonderer *Treueeid* der Beamten auf den Führer *persönlich* zu leisten gewesen und nicht auf eine Verfassung.

Dieser besondere politische Treueeid gegenüber dem Führer führe dazu, dass die Beamtenverhältnisse im Umkehrschluss auch an das Überleben der in der Person *Adolf Hitlers* verkörperten nationalsozialistischen Herrschaftsform gebunden und von ihm abhängig seien. Denn es handele sich gerade nicht um Beamtenverhältnisse im traditionell-rechtsstaatlichen Sinne⁵²⁸. Mit dieser besonders hervorgehobenen Eigenart des Treueeides verlässt das Bundesverfassungsgericht ohne weiteres die herkömmliche Auffassung von den Rechtswirkungen eines Eides: Danach begründet eine Beeidigung keine neuen, eigenständigen Rechtspflichten, sondern verdeutlicht und verstärkt nur die sich bereits aus der Verfassung oder dem Gesetz ergebenden Pflichten.

⁵²⁵ BVerfG, NJW 1954, S. 22

⁵²⁶ Zitiert nach BVerfG, NJW 1954, S. 22 mit weit. Nachw.

⁵²⁷ *Battis*, Kommentar zum BBG, Einleitung Rdnr. 4

⁵²⁸ BVerfG, NJW 1954, S. 23, 24

Wesentlich für das Bundesverfassungsgericht sind demnach drei Argumente: Die politische Neutralität, die innere und wirtschaftliche Unabhängigkeit und die persönliche Unabhängigkeit der Beamtenschaft im Gegensatz zu der im Treueeid manifestierten Ausrichtung auf die Person des Führers und sein Regime, anstatt auf die Verfassung bzw. Gesetz und Recht. Dass der einzelne Beamte nicht mehr politisch neutral agieren durfte, sondern sukzessive dem Parteiprogramm der NSDAP unterworfen wurde, dass er ferner jederzeit seine Entlassung, Versetzung oder eine Benachteiligung bei der Besoldung befürchten musste, ohne sich rechtlich dagegen zur Wehr setzen zu können, und dass er schließlich seine bedingungslose Treue auf den *Führer* persönlich schwören musste, war für das Bundesverfassungsgericht insgesamt ausschlaggebend für die Annahme, das hergebrachte Berufsbeamtentum sei innerlich durch die Nationalsozialisten zersetzt und zur bloßen Marionette *Hitlers* verkommen. Diese Ausrichtung und Entwicklung des Beamtentums, das nicht mehr dem Dienst am Staat verpflichtet war, sondern sich ausschließlich dem Willen des Führers zu unterwerfen hatte, sprach das Gericht die Legitimation und damit den rechtswirksamen Fortbestand über die bedingungslose Kapitulation am 8. bzw. 9. Mai 1945 hinaus ab.

Es ist bereits an anderer Stelle darauf hingewiesen worden⁵²⁹, dass es eine statusrechtliche Unterscheidung zwischen Richtern und Beamten, bis zum Inkrafttreten des Deutschen Richtergesetzes im Jahre 1962, nicht gegeben hat. Richter waren *mit besonderen Rechten ausgestattete Staatsbeamte*⁵³⁰. Erst durch das Grundgesetz von 1949 wurde diesbezüglich eine klare Unterscheidung vorgenommen und dem Gesetzgeber auferlegt, das Dienstrecht der Richter statusrechtlich vom Beamtenrecht zu trennen⁵³¹. Allerdings geschieht dies sehr zurückhaltend: Art. 131 GG nimmt eine ausdrückliche Unterscheidung zwischen Richtern und Beamten gerade nicht vor, sondern spricht verallgemeinernd lediglich von „...*Rechtsverhältnissen von Personen [...], die am 8. Mai 1945 im öffentlichen Dienste standen...*“. Auch Richter waren daher vom Anwendungsbereich des G 131 erfasst⁵³². Zu kurz würde es jedoch greifen, mit dem Wortlaut des 2. Leitsatzes der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu argumentieren, in dem ausschließlich auf eine *Beendigung von Beamtenverhältnissen* abgestellt und der besondere Terminus des Art. 131 GG, der von dem öffentlichen Dienst spricht, gerade nicht verwendet wird⁵³³. Daraus kann nicht der Rückschluss gezogen werden, dass die Entscheidung für das öffentlich-rechtliche

⁵²⁹ Siehe oben unter: B., II., 2., a) (S. 96 ff.)

⁵³⁰ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, Kommentar zum Deutschen Richtergesetz, S. 53

⁵³¹ Vgl. etwa *Herzog* in: Maunz-Dürig, Grundgesetz Kommentar, Bd. V, Art. 98 Rdnr. 2 ff.; *Schmidt-Räntsch*, Kommentar zum Deutschen Richtergesetz., S. 43 mit weit. Nachw.

⁵³² *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 12 f.

⁵³³ BVerfG, NJW 1954, S. 21

Dienstverhältnis der Richter keine Anwendung finden könne, denn eine statusrechtliche Unterscheidung zwischen Richtern und Beamten gab es zu diesem Zeitpunkt gerade nicht⁵³⁴. Vielmehr verwendete das Bundesverfassungsgericht den Begriff des Beamtenverhältnisses in einem weiten, den Status aller öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse erfassenden, Sinne. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts waren also am 8. Mai 1945 alle Beamtenverhältnisse erloschen, *einschließlich derjenigen der Richter*⁵³⁵.

Auch eine Interpretation der Entscheidungsgründe, die das Bundesverfassungsgericht darlegt, kommt zu keinem anderen Ergebnis: Der charakteristische Unterschied zwischen einem Verwaltungsbeamten und einem Richter lag nach den Bestimmungen der Weimarer Reichsverfassung darin, dass den Richtern das Privileg der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit *ausdrücklich zugestanden wurde*⁵³⁶. Entscheidend ist daher die Frage, ob diese, den besonderen Status eines Richters kennzeichnende, Unabhängigkeit zur Zeit des Naziregimes tatsächlich (noch) bestanden hat. Dies muss vor dem Hintergrund der politischen und gesellschaftlichen Realität verneint werden: Sämtliche, bereits geschilderten Eingriffe in die politische Neutralität und in die innere wie wirtschaftliche Unabhängigkeit, galten für die Verwaltungsbeamten und die Richter gleichermaßen. Durch das Gesetz vom 1. Dezember 1933⁵³⁷ wurde die NSDAP förmlich als Trägerin des deutschen Staatsgedankens mit dem Staat verbunden und zur Körperschaft des öffentlichen Rechts erhoben. Die Ernennung und die Beförderung eines Richters hingen fortan von der Zustimmung der Partei ab⁵³⁸. Zuvor sind bereits, durch das Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, ca. 15% der Richter und Staatsanwälte aus politischen oder „rassischen“ Gründen ausgeschaltet, d.h. ihres Amtes enthoben worden⁵³⁹. Auch der Treueeid auf den *Führer* musste für die Richterschaft gleichermaßen Geltung beanspruchen, weshalb der Reichsjustizminister *Dr. Thierack* in der Zeitschrift der „Deutschen Justiz“ (1942, S. 662) proklamierte, *„dass das Wort der richterlichen Unabhängigkeit als aus dem Sprachgebrauch zu streichen sei [...] und der Richter mittelbarer Gehilfe der Staatsführung [...] sowie Lehensmann und Vollstrecker des Willens des Führers sei“*⁵⁴⁰. So wies das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich darauf hin, dass nicht nur die öffentliche Verwaltung und Gesetzgebung Teile des politischen Führungsapparates der Nationalsozialisten gewesen seien, sondern dass aus dem

⁵³⁴ Vgl. *Schmidt-Räntsch*, Kommentar zum Deutschen Richtergesetz, S. 53

⁵³⁵ Im Ergebnis genauso: *Boss*, Unverdienter Ruhestand, S. 18; *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 207 ff.

⁵³⁶ *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs, vor Art. 107 WRV (S. 500)

⁵³⁷ RGBl. I, S. 1066

⁵³⁸ *Schorn*, Der Richter im Dritten Reich, S. 19

⁵³⁹ *Rottleuthner*, Karrieren und Kontinuitäten deutscher Juristen vor und nach 1945, S. 14

⁵⁴⁰ Zitiert nach *Schorn*, Der Richter im Dritten Reich, S. 15

„politischen Führungsauftrag des Führers“ auch seine Eigenschaft als *oberster Gerichtsherr* folge⁵⁴¹. Seine Handlungen seien als „höchste Justiz“ gewertet und angesehen worden⁵⁴². Noch in dem Prozess über *Adolf Eichmann* 1962 in Jerusalem, verwies dieser zu seiner Verteidigung auf die „Gesetzeskraft“ des Führerbefehls⁵⁴³. Dies war nicht nur eine Theorie, sondern die herrschende Meinung, zu der man nahezu jeden beliebigen Verfassungsexperten im „Dritten Reich“ hätte hören und zitieren können⁵⁴⁴.

Ohne die richterliche Unabhängigkeit verliert der Richter seine Objektivität und damit seine Legitimation als unabhängiges Kontrollorgan eines Rechtsstaats. Daher gilt die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts für Verwaltungsbeamte und Richter gleichermaßen.

Für diese Bewertung ist der methodische Ansatz des Gerichts entscheidend: Maßgeblich sind für das Gericht nicht die Ursachen im Einzelnen, die zu der „Entartung“ der Beamtenverhältnisse während der NS-Diktatur geführt haben; es wollte weder die Beamten, noch die Richter anklagen oder rechtfertigen. Darin liegt ein deutlicher Unterschied zu den Kritikern am Bundesgerichtshof, die sich teilweise nicht von ihrer eigenen Vergangenheit lossagen konnten und sich, bei ihrer Argumentation, auf die vermeintliche Hilf- und Alternativlosigkeit des einzelnen Beamten gegenüber der gewaltigen Übermacht des nationalsozialistischen Staatsapparats beriefen⁵⁴⁵. Demgegenüber nahm das Bundesverfassungsgericht die Katastrophe des NS-Regimes und den damit einhergehenden Untergang des Rechtsstaats als solche zur Kenntnis, ohne sie moralisch zu bewerten. Die Konsequenzen, welche die Verfassung mit Art. 131 GG aus dieser Katastrophe gezogen hatte war es, die Rechtsverhältnisse derjenigen öffentlichen Bediensteten neu zu ordnen, die in besonderer Weise vom Untergang des NS-Regimes betroffen waren, weil sie zuvor für dessen Ziele missbraucht worden waren⁵⁴⁶. Dies traf für die Richterschaft genauso zu, wie für die Verwaltungsbeamten.

Staatliche Kontinuität des Deutschen Reichs oder totaler Neuanfang nach 1945, diese Frage wollte das Bundesverfassungsgericht im Dezember 1953 nicht beantworten. Für die Rechtsverhältnisse der Beamten und Richter war es der Ansicht, dass es einer solchen Entscheidung auch nicht bedurfte, in dem es die staatsrechtliche Debatte zu diesem Thema

⁵⁴¹ BVerfG, a.a.O., S. 22

⁵⁴² *Schmitt*, DJZ 34, S. 947

⁵⁴³ *Göring*, Deutsche Justiz 34, S. 882

⁵⁴⁴ *Arendt*, Eichmann in Jerusalem, Ein Bericht über die Banalität des Bösen, II. Der Angeklagte; *Perels*, Zur Rechtslehre vor und nach 1945, in: Schumann, Kontinuitäten und Zäsuren, Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit, S. 123 ff. mit weit. Nachw.

⁵⁴⁵ BGHZ 13, S. 265-319

⁵⁴⁶ Ähnlich *Schuppert* in: Wassermann, Alternativkommentar zum GG, Art. 131 Rdnr. 9

von der tatsächlichen Situation der Beamten- und Richterschaft zwischen 1933 und 1945, wie soeben aufgezeigt, trennte. Dafür zahlte das Gericht schließlich aber einen Preis, der den Sinn und Zweck seiner Entscheidung, nämlich den Beamten des nationalsozialistischen Terrorregimes den Spiegel vorzuhalten, kontaminierte. Um die Beantwortung einer entscheidenden Frage hatte sich das Bundesverfassungsgericht nämlich herumgedrückt: „Was geschah mit all jenen Beamtenverhältnissen, die ungeachtet ihres rechtlichen *Erlöschens* am 8. Mai 1945 einfach faktisch fortgesetzt wurden?“

Wie bereits mehrfach dargelegt wurde, war es eine Tatsache, dass auch nach dem unmittelbaren Zusammenbruch des Deutschen Reichs mit der Kapitulation öffentlicher Dienst geleistet werden musste, um das Überleben der Bevölkerung, die Beseitigung der Kriegsschäden sowie den behutsamen Wiederaufbau gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Strukturen zu ermöglichen. Die Beamten verblieben daher, nach der Proklamation Nr. 1 des Alliierten Kontrollrats, bis auf weiteres auf ihren Posten und unterstanden den Befehlen der Militärregierung. Erst im Rahmen der Entnazifizierungsverfahren wurden die belasteten Beamte und Richter aus ihren Stellungen entfernt. Bei dem späteren Wiederaufbau kam es sodann – schon im Hinblick auf den bereits geschilderten Personalmangel – zu einer Renazifizierung sowohl in der öffentlichen Verwaltung, als auch in der Richterschaft.

Diesen Dienstverhältnissen spricht das Bundesverfassungsgericht aber gerade *nicht* die Wirksamkeit über den 8. Mai 1945 hinaus ab⁵⁴⁷. Vielmehr äußert es sich salomonisch dahingehend, dass „[...] *es insbesondere dahingestellt bleiben kann, ob angesichts des vorläufigen Verwaltungsaufbaues nach der Kapitulation in besonderen Fällen Beamtenverhältnisse auf Lebenszeit alsbald oder erst nach fortschreitender Konsolidierung des Verwaltungsaufbaus, insbesondere nach Bildung der Länder oder erst nach Erlaß entsprechender ausdrücklicher beamtengesetzlicher Regelungen begründet werden konnten* [...]“.

Das Bundesverfassungsgericht bejaht damit zwar keine *Kontinuität* zwischen der Zeit vor dem 8. Mai 1945 und der Besatzungszeit zwischen 1945 und der Gründung der Bundesrepublik Deutschland im Mai 1949, geht aber von einer faktischen *Neubegründung* all jener Dienstverhältnisse zwischen dem 8. Mai 1945 und dem Inkrafttreten des Grundgesetzes 1949 aus, sofern die Beamten und Richter entweder tatsächlich, d.h. mit Duldung der Militärregierungen, im Amt verblieben oder von den Militärregierungen selbst eingesetzt worden waren. Damit bejaht das Bundesverfassungsgericht eine staatliche Kontinuität zwischen der „reinen“ Besatzungszeit und dem Entstehen der Bundesrepublik

⁵⁴⁷ Ausführlich *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 185, 186, der von einer Wiederbegründung von Dienstverhältnissen zunächst durch die Besatzungsbehörden ausgeht.

Deutschland. Systemwidrig setzt es sich damit über den im Beamtenrecht geltenden Grundsatz der *Formenstrenge* hinweg⁵⁴⁸. Denn es entscheidet einerseits, dass zwar alle Beamtenverhältnisse erloschen seien, zieht daraus aber nicht den Umkehrschluss, dass für eine Wiedereinstellung in den öffentlichen Dienst seit jeher bestimmte Formalien erfüllt werden müssen, wie etwa die offizielle Ernennung/Bestellung, die Überreichung einer entsprechenden Urkunde und die vorangegangene Überprüfung der persönlichen Zuverlässigkeit sowie der Grundsatz der Verfassungstreue. Hierzu führt das Gericht aus, *[...] dass der Grundsatz der Formenstrenge des Beamtenrechts nach Staatskatastrophen, wie im Jahre 1945, sich nicht ohne Einschränkungen durchführen lässt [...]*“ und verweist insoweit auf Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Die Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses durch eine konkludente Handlung, d.h. insbesondere durch die bloße Fortsetzung des Dienstverhältnisses, wird vom Bundesverfassungsgericht daher für möglich gehalten. Der 2. Leitsatz der Entscheidung ist daher eigentlich unvollständig und müsste stattdessen richtig lauten: *„Alle Beamtenverhältnisse sind am 8. Mai 1945 erloschen, soweit sie nicht faktisch, d.h. unter Vorbehalt der Militärregierungen, in der bisherigen Weise fortgesetzt und dadurch Neubegründet wurden“*. Der Vorbehalt aber, unter dem die Alliierten unmittelbar nach dem 8. Mai 1945 die Ausübung des öffentlichen Dienstes duldeten, war die *Entnazifizierung*.

Der Hintergrund dieser Einschränkung ist nachvollziehbar. Bereits im Parlamentarischen Rat, und sogar schon zuvor bei dem Verfassungskonvent von *Herrenchiemsee*, konnte man über die Konsequenzen des 8. Mai 1945 für die Dienstverhältnisse keinen Konsens erzielen. Der Gesetzgeber kam mit dem Gesetz zu Art. 131 GG zwar seinem Verfassungsauftrag nach, das G 131 wurde aber dem Bundesverfassungsgericht zur Überprüfung vorgelegt. Vergleichbar mit der Situation eines anhängigen Rechtsstreits vor den ordentlichen Gerichten, herrschte daher auch über diese Frage, bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, Unklarheit. Klar war nur, dass die rechtlichen Wirkungen der Entscheidung über acht Jahre, bis zum Datum der bedingungslosen Kapitulation, zurückreichen würden. Denn wenn am 8. Mai 1945 alle Beamtenverhältnisse erloschen waren, hätte es danach zwangsläufig *Wiedereinstellungsverfahren* gegeben müssen, die grundsätzlich den gebotenen Formalitäten (Vorliegen einer haushaltsmäßig gedeckten Stelle, Einstellungsverfügung und Erteilung der Ernennungsurkunde, sowie sämtliche rechtsstaatlichen Anforderungen, insbesondere Prüfung der Verfassungstreue) hätten genügen müssen. Diese Wiedereinstellungsverfahren hatte es aber, bis zur Gründung der Bundesrepublik Deutschland, nicht gegeben. Zu diesem Zeitpunkt hatten viele Beamte und noch mehr Richter, ohne die entsprechenden Formalien zu erfüllen, ihren Dienst bereits

⁵⁴⁸ BVerfGE 3, S. 255 ff.

(wieder) aufgenommen. Mit Verkündung der allgemein verbindlichen Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts am 17. Dezember 1953, wären daher auch diese Beamtenverhältnisse rückwirkend erloschen gewesen (*ex tunc*). Dies hätte zu einer, über acht Jahre andauernden Rechtsunsicherheit geführt, die mit den Anforderungen eines Rechtsstaats kaum zu vereinbaren gewesen wäre. Schließlich stellt sich insoweit die Frage, welche Konsequenzen diese Entscheidung des Gerichts für die Wirksamkeit der auf diesen Zeitraum entfallenden Verwaltungsakte und sonstige Verwaltungsmaßnahmen ebenso wie Gerichtsurteile oder sonstige Maßnahmen der Justiz haben würde. Im Übrigen ergeben sich daraus bedenkliche Wirkungen für die Gerichtsorganisation: Sofern Richter nicht ordnungsgemäß bestellt worden waren, wären die betroffenen Spruchkammern oder Senate nicht ordnungsgemäß besetzt gewesen.

Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verdeutlicht einmal mehr, welche praktischen Schwierigkeiten die parallele und zeitgleiche Durchführung zwischen *Entnazifizierung* auf der einen Seite und *Demokratisierung*, d.h. der Aufbau eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats, auf der anderen Seite, mit sich brachte. Das Gericht wollte die Beamten und Richtern des NS-Regimes die Folgen der Entgleisungen ihres Berufsstandes ausdrücklich spüren lassen, in dem es ihnen den Status eines Staatsbeamten absprach, sie zur Marionette *Hitlers* degradierte und die damit verbundenen Ansprüche aus ihrem vormaligen Dienstverhältnis ausschloss. Es war allerdings nicht bereit, den im Hinblick auf diese Entscheidung nicht nur logischen und konsequenten, sondern auch notwendigen Schritt weiterzugehen und auch jene Beamtenverhältnisse für erloschen zu erklären, die faktisch fortgeführt wurden. Das Bundesverfassungsgericht vermischte vielmehr die Theorien vom Untergang/Fortbestand über den 8. Mai 1945 miteinander, in dem es einerseits das Erlöschen der Beamtenverhältnisse postulierte, andererseits aber sämtlichen faktischen Maßnahmen und Handlungen der Besatzungsmächte ab dem 8./9. Mai 1945 eine rechtliche Kontinuität, auch für den späteren Rechtsträger, die Bundesrepublik Deutschland, bescheinigte⁵⁴⁹. Mit der Frage der Entnazifizierung und den Konsequenzen ihres Scheiterns, konnte und wollte sich das Gericht in seiner Entscheidung nämlich nicht auseinandersetzen.

Dieses Ergebnis ist bedauerlich, weil im Dezember 1953 die Entnazifizierung größtenteils bereits abgeschlossen und man sich über den Umstand einer faktischen „Renanzifizierung“ der Verwaltung und Justiz bereits im Klaren war. Schon bei den Beratungen im Parlamentarischen Rat war mit Art. 132 GG eine Ermächtigungsgrundlage geschaffen worden, deren Bestimmung es war, die „in manchen Fällen sehr oberflächlich und sehr

⁵⁴⁹ Vgl. *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 185, 186

*flüchtig vorgenommenen Entnazifizierungsentscheidungen nachzuprüfen*⁵⁵⁰. Das entsprechende Ausführungsgesetz hatte dann aber nur eine Laufzeit von gerade einmal 16 Tagen⁵⁵¹.

Nach den ersten vier Jahren der Existenz der Bundesrepublik Deutschland, hätte man von den Verfassungshütern eine Antwort auf die Frage erwarten dürfen, inwieweit eine faktische Renazifizierung mit dem Grundgesetz angesichts des Umstands zu vereinbaren ist, dass sich diese schon umfassend mit der Problematik der Beamtenverhältnisse zur Zeit des NS-Regimes auseinandersetzen. So blieb diese Problematik bei der Begründung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts offen. Schließlich musste man sich damit zufriedengeben, dass auch diejenigen Richter, die zwar an dem Justizunrecht der Nationalsozialisten teilweise in hohem Maße mitgewirkt hatten, den Schutz des Grundgesetzes und damit der richterlichen Unabhängigkeit für sich in Anspruch nahmen, weil man sie für den Justizapparat benötigte und die Alliierten beim Wiederaufbau hinsichtlich der *Entnazifizierung* bereit gewesen waren, entsprechende Abstriche zu machen.

b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Status von Soldaten

Die Beendigung von öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnissen, beschäftigte das Bundesverfassungsgericht bereits zwei Monate nach seinem Urteil vom 17. Dezember 1953 zu den Rechtsfolgen der Kapitulation am 8. bzw. 9. Mai 1945 für die *Beamtenverhältnisse*, erneut. Im Vordergrund stand diesmal die Frage, welche Konsequenzen die Kapitulation am 8. Mai 1945 auf den dienstrechtlichen Status von *Soldaten* hatte⁵⁵². In der Entscheidung setzte sich das Gericht umfassend mit der nationalsozialistischen Vergangenheit der deutschen Wehrmacht auseinander und liefert insoweit einen rechtshistorisch wertvollen Beitrag über die Wehrverfassung des Deutschen Reichs⁵⁵³. Das *Soldatenurteil* vom 26.02.1954 steht in einem unmittelbaren Zusammenhang zu der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Status von Beamten⁵⁵⁴ und ist ohne deren verfassungstheoretischen Ansatz nicht verständlich⁵⁵⁵. Für

⁵⁵⁰ Ausführlich *Holtkotten* in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 132, S. 6 mit weit. Nachw.; Vgl. auch: *Boss*, Unverdienter Ruhestand, S. 18; *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 208

⁵⁵¹ Vgl. *Dietlein*, in: Dreier, GG-Kommentar, Art. 132, Rdnr. 8

⁵⁵² BVerfGE 3, S. 288-352 = NJW 1954, S. 465-469

⁵⁵³ Ausführlich *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 190 ff. mit weit. Nachw.

⁵⁵⁴ BVerfGE 3, S. 58 ff = NJW 1954, S. 21 ff.

⁵⁵⁵ Zutreffend *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 190

die vorliegende Untersuchung ist diese Entscheidung allerdings von einer geringeren Bedeutung, da die hier entscheidende dienst- und statusrechtliche Parallele zwischen Soldaten und Richtern, im Gegensatz zu Beamten und Richtern, kaum zu ziehen ist. Allerdings stehen auch die Soldaten in einem besonderen öffentlichen Dienstverhältnis. Insoweit kann es auch für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung sein, ob und inwieweit mit dem Tag der Kapitulation die Rechtsverhältnisse der Soldaten erloschen sind oder fortbestanden haben.

Rechtlicher Anknüpfungspunkt des Gerichts war, wie schon im Beamtenurteil, das Gesetz zur Ausführung von Art. 131 GG (G 131). Gegen dessen Versorgungsregelungen für ehemalige Berufssoldaten, in den §§ 53, 54 G 131, hatten 28 „Betroffene“ Verfassungsbeschwerde erhoben und damit das Bundesverfassungsgericht gezwungen, partiell auch zur dienstrechtlichen Übereinstimmung oder Unterscheidung zwischen Beamten und Soldaten Stellung zu nehmen. Bemerkenswert ist die Entschlossenheit, mit der das Bundesverfassungsgericht diesen „Fehdehandschuh“ erneut aufnahm und seine Rechtsauffassung zum Untergang der öffentlichen Dienstverhältnisse am 8. Mai 1945, gegen die Kritik aus der Literatur⁵⁵⁶, verteidigte. Denn eine historische Untersuchung von rechtlichen und tatsächlichen Eingriffen der Nationalsozialisten auf das Dienstverhältnis der Berufssoldaten wäre nicht unbedingt notwendig gewesen, um von einer Beendigung insoweit auszugehen. Zum einen sind die Kapitulationsurkunden vom 7./8. Mai 1945 in *Reims* und *Berlin-Karlshorst* ausdrücklich „im Namen des deutschen Oberkommandos“ erklärt worden. Es handelte sich also um die Kapitulation der Streitkräfte⁵⁵⁷. Zum anderen proklamierten die Alliierten die *Entmilitarisierung* als eines ihrer zentralen Absichten in der *Potsdamer Erklärung*⁵⁵⁸ und bereits zuvor in der *Atlantik-Charta* und der *Jalta-Erklärung*, lösten sämtliche Wehrverbände auf und nahmen die überlebenden Soldaten in Kriegsgefangenschaft. Einen aktiven Dienst deutscher Soldaten gab es erst über 10 Jahre später wieder, und zwar im Rahmen der Gründung der Bundeswehr und mit der Bundesrepublik Deutschland als neuem Dienstherrn. Insoweit hätte es daher nähergelegen, im Hinblick auf diese Fakten und Formalitäten im Zusammenhang mit der Kapitulationsunterzeichnung, allein schon darin die Beendigung der Dienstverhältnisse von Soldaten zu erblicken.

Wie schon in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 1953, wählte das Bundesverfassungsgericht jedoch zunächst einen anderen Weg: Es differenzierte zwischen Beamten und Soldaten, in dem es ausführte, dass die sukzessive Zerstörung bzw. Aushöhlung der Weimarer Reichsverfassung beide Berufsgruppen zwar gleichermaßen

⁵⁵⁶ Vgl. etwa *Naumann* in: VVDStRL 13 (1955), S. 88 ff.

⁵⁵⁷ *Frotscher/Pieroth*, Verfassungsgeschichte, Rdnr. 692

⁵⁵⁸ Amtsblatt des Kontrollrats, Ergänzungsblatt N. 1, S. 13 ff.

betroffen hatte, insbesondere habe der verfassungsrechtliche Schutz der wohlerworbenen Rechte nach Art. 129 Abs. 4 WRV auch für Soldaten gegolten. Dieser Schutz sei für diese ebenso aufgehoben worden, wie für die Beamten. Dem gegenüber muss jedoch betont werden, dass es gerade das Besondere an der Beamtenentscheidung des Bundesverfassungsgerichts war, das Personal der öffentlichen Verwaltung generell als politische Marionetten des Führers abzuqualifizieren. Eine vergleichbare Diskriminierung der Wehrmacht vermied das Gericht jedoch bis zum Datum des 20. Juli 1944.

Die Wehrmacht sei, nach Ansicht der Richter, politisch neutral und nicht in derselben Form von den Nationalsozialisten zersetzt gewesen, wie die öffentliche Verwaltung. Aus diesem Grund sei auch die Widerstandstat am 20. Juli 1944 aus den höchsten Kreisen der Wehrmacht geplant und durchgeführt worden. Die unter dem Stichwort „*Walküre*“ bekannt gewordene Operation um *Claus Graf Schenk von Stauffenberg* war darauf ausgerichtet, nach der Ermordung *Hitlers* und *Himmlers*, die Reichsregierung in Berlin unter die militärische Führung der Wehrmacht zu stellen⁵⁵⁹. Als Reaktion auf das fehlgeschlagene Attentat wurden die Wehrgesetze am 24. September 1944 in der Form geändert, dass das Dienstverhältnis des einzelnen Soldaten fortan nur noch von den Zielsetzungen der NSDAP abhing⁵⁶⁰. Damit war zwar nachhaltig eine politische und ideologische Zersetzung der Wehrmacht, genau wie bei der Beamten- und Richterschaft, an sich ermöglicht. Allerdings war der Vollzug einer solchen Zersetzung der Wehrmacht mit Nationalsozialisten, ähnlich wie bei den Beamten und Richtern, bereits aus zeitlichen Gründen, nämlich vom 20. Juli 1944 bis zum 8. Mai 1945, de facto kaum noch durchführbar. Das Gericht bringt daher eine, zumindest indirekte, Sympathie für die Wehrmacht im Allgemeinen bzw. die einzelnen Soldaten im Besonderen zum Ausdruck, die möglicherweise dem Geist der damaligen Zeit geschuldet war. So wollte man über eine ganze Generation junger Soldaten, die im Krieg ihr Leben gelassen hatten, nicht pauschal und in dem Maße den „Stab brechen“, wie man es bei den Beamten getan hatte. Verbreitet war insbesondere die Ansicht, dass die Wehrmacht an den Gräueltaten der Nationalsozialisten nicht beteiligt gewesen sei. Für manche Truppenteile, die namentlich in den letzten Kriegsjahren weit weg von ihrer Heimat eingesetzt wurden und kaum die Gelegenheit hatten, Heimaturlaub anzutreten, mag dies möglicherweise sogar zugetroffen haben.

Im Ergebnis stützte das Bundesverfassungsgericht seinen Tenor zu 1), „*die deutsche Wehrmacht hat mit der bedingungslosen Kapitulation zu bestehen aufgehört*“⁵⁶¹, auf jene, bereits angesprochenen formalen Aspekte. Da die endgültige Zerstörung des deutschen

⁵⁵⁹ Vgl. dazu etwa *Freund*, Deutsche Geschichte., S. 1449 ff.

⁵⁶⁰ BVerfGE, NJW 1954, S. 466

⁵⁶¹ BVerfGE, NJW 1954, S. 465

Militärs zu den obersten Kriegszielen gehörte, habe die Kapitulation auch für Deutschland mehr als nur eine militärische Wirkung gehabt. Weil das Deutsche Reich zu diesem Zeitpunkt keine staats- und völkerrechtlich legitimierten Vertretungsorgane mehr gehabt habe⁵⁶², sei der letzte Rest von organisierter Staatsgewalt in der Wehrmacht, durch die von *Hitler* ernannte Regierung unter der Führung von Admiral *Dönitz*, verkörpert gewesen. Mit deren Kapitulation sei deshalb auch der „allgemeine Zusammenbruch“ (des Deutschen Reichs) zum Ausdruck gekommen⁵⁶³.

Damit distanziert sich das Bundesverfassungsgericht von dem methodischen Ansatz, den es im *Beamtenurteil* herausgearbeitet hatte. Während es in jener Entscheidung einen besonderen Wert darauf legte, dass Untergang/Fortbestand des Deutschen Reichs für die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse von Beamten unerheblich seien, vertritt es nunmehr die Ansicht, dass die Staatsgewalt am Ende der Hitlerdiktatur nur noch durch die Wehrmacht ausgeübt und mit deren Kapitulation beendet wurde. Damit bewegt sich das Gericht einerseits auf den Spuren der Untergangslehre, die gleichfalls die rechtliche Wirkung der Kapitulation in einem Untergang der deutschen Staatsgewalt erblickt. In Widerspruch steht jedoch dazu, dass das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich hervorhebt, nach wie vor vom Fortbestand des Deutschen Reiches als eigenständigem Völkerrechtssubjekt auszugehen⁵⁶⁴.

c) Auffassung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof hatte sich im Jahre 1954 mit folgendem kurz gefassten Sachverhalt zu befassen: Ein ehemals preußischer Beamter war bereits 1938 in den Ruhestand getreten. Nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland 1949, forderte er von dem Land Niedersachsen die Zahlung seines Ruhegehalts für die Zeit von Mai 1945 bis September 1949 im Rahmen eines *Amtshaftungsanspruchs*⁵⁶⁵. In dieser Zivilsache gelangte die Frage, welche Konsequenzen der 8. Mai 1945 für die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse von Beamten und Richtern hatte, vor die ordentlichen Gerichte und schließlich zum Bundesgerichtshof für Zivilsachen nach Karlsruhe. Am 20. Mai 1954 verkündete der Große Senat für Zivilsachen einen Beschluss⁵⁶⁶, der von Michael *Kirn* zu Recht als „kämpferisch“⁵⁶⁷ bezeichnet wird und dem Ergebnis des

⁵⁶² BVerfGE 2, S. 1, 56 f.

⁵⁶³ *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 195 mit weit. Nachw.

⁵⁶⁴ BVerfGE, NJW 1954, S. 467 mit weit. Nachw.

⁵⁶⁵ Zum Hintergrund der Entscheidung: *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 209 f.

⁵⁶⁶ BGHZ 13, S. 265-319, zusammenfassend NJW 1954, S. 1073-1081

⁵⁶⁷ *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 209

Bundesverfassungsgerichts diametral entgegensteht. Zunächst nahm sich der Bundesgerichtshof, in verfassungsrechtlich zumindest nicht unbedenklicher Art und Weise⁵⁶⁸, das Recht in seinem Leitsatz b) heraus, die Bindungswirkung einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach § 31 Abs. 1 BVerfGG auf deren Urteilsformel und nicht zugleich auch auf die Entscheidungsgründe zu beschränken. Dadurch wurde es möglich, in dem vorliegenden Einzelfall, eine andere Meinung zu vertreten als das Bundesverfassungsgericht. Hiervon machte der Bundesgerichtshof sogleich Gebrauch, in dem er in seinem weiteren Leitsatz c), noch allgemein und nicht im Widerspruch zu den Verfassungshütern zu formulieren, *„Das Deutsche Reich als Gesamtstaat besteht im Rechtssinne fort“*, um dann aber unter d) fortzufahren: *„Die deutschen Beamtenverhältnisse und beamtenrechtlichen Vermögensverhältnisse sind mit dem Zusammenbruch des Deutschen Reiches nicht automatisch erloschen“*. In Anbetracht des eindeutigen Wortlauts des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 1953 liest sich dieser Tenor wie eine Art Kriegserklärung⁵⁶⁹.

Eine umfassende Analyse dieses Beschlusses sowie eine kritische Auseinandersetzung mit ihm, würden den Rahmen der vorliegenden Untersuchung sprengen. Insoweit kann auf die weiterführende Literatur hierzu verwiesen werden⁵⁷⁰. Von Bedeutung ist diese Entscheidung allerdings deshalb, weil mit dem Fortbestehen der Beamtenverhältnisse über das Datum der bedingungslosen Kapitulation hinaus, das, bereits mehrfach angesprochene⁵⁷¹ und für diese Untersuchung entscheidende, *Spannungsverhältnis zwischen der Entnazifizierung* auf der einen Seite und dem *Aufbau eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats* auf der anderen Seite, unmittelbar zum Ausdruck kommt. Sind nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, die Beamtenverhältnisse am 8. Mai 1945 erloschen, dann stellen die Entnazifizierungsverfahren verfassungsrechtlich nicht die einzige organisierte Kontrollmöglichkeit dafür dar, dass die wiedereingestellten oder auf ihren Posten von den Alliierten geduldeten Beamten und Richter, *geeignet* und *fähig* sind, jederzeit für die Verfassung und die freiheitlich demokratische Grundordnung einzutreten. Denn in diesem Fall waren an sich neue Einstellungsverfahren erforderlich, bei denen die Verfassungstreue der Anwärtler hätte überprüft werden müssen. Seitens der Alliierten Besatzungsmächte hat es derartige Neueinstellungsverfahren aber nicht gegeben. Diese konzentrierten sich vielmehr ausschließlich auf die Entnazifizierungsverfahren und die dafür maßgeblichen Bestimmungen des Alliierten Kontrollrats⁵⁷². Als mit der Gründung der Bundesrepublik Deutschland 1949 entsprechende Einstellungsverfahren hätten

⁵⁶⁸ Vgl. etwa Geiger, Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen, NJW 1954, S. 1057 ff.

⁵⁶⁹ BVerfGE 3, S. 58 ff = NJW 1954, S. 21 ff.; sie auch oben unter: B., III., 2., a.)

⁵⁷⁰ Übersichtlich bei Kirn, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 209 ff.

⁵⁷¹ Siehe etwa oben unter: B., III., 1. (S. 50 ff.)

⁵⁷² Ausführlich siehe oben unter: B., I., 2., a) mit weit. Nachw. (S. 64 ff.)

durchgeführt werden können, standen die meisten Beamten und Richter aber schon wieder in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis⁵⁷³. Damit besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem, was nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts verfassungsrechtlich geboten gewesen wäre, nämlich neue Einstellungsverfahren mit individueller Prüfung der Verfassungstreue, und dem, was tatsächlich durchgeführt wurde, nämlich lediglich den Entnazifizierungsverfahren. Dies gilt umso mehr, als bereits bei den Beratungen im Parlamentarischen Rat 1949 und somit erst Recht im Zeitpunkt der Verkündung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 4 Jahre später, nämlich am 17. Dezember 1953, längst bekannt war, dass die Entnazifizierungsverfahren oberflächlich durchgeführt und vielfach nicht erfolgreich verlaufen waren⁵⁷⁴.

Geht man mit dem *Bundesgerichtshof* dagegen davon aus, dass die Kapitulation des Deutschen Reichs die Beamtenverhältnisse unberührt gelassen hat, dann waren verfassungsrechtlich auch keine Neueinstellungsverfahren mit einer entsprechenden Überprüfung der jeweiligen Bewerber, hinsichtlich ihrer individuellen Verfassungstreue, erforderlich. Sämtliche öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse waren noch rechtswirksam. Daher stellt sich ebenfalls die Frage, welche verfassungsrechtlichen Auswirkungen und Konsequenzen der Umstand hat, dass ehemalige Nationalsozialisten wieder als Richter in den Justizdienst der Bundesrepublik Deutschland gelangen konnten, obwohl sie in den Entnazifizierungsverfahren zum Teil sogar ausdrücklich als „Belastete“ eingestuft worden sind⁵⁷⁵.

Insoweit ist nicht verwunderlich, dass das offenbar grundlegend divergierende *Staatsverständnis* des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs den Ausgangspunkt für ihre, jeweils voneinander abweichenden, Ansichten und damit auch konkreten Entscheidungen bildet: Für das Bundesverfassungsgericht war die Weimarer Reichsverfassung selbst, d.h. die auf ihr begründeten Treuepflichten der Beamten und die im Gegenzug verfassungsrechtlich gewährleisteten besonderen Beamtenschutzrechte des Art. 129 WRV ausschlaggebend dafür, mit der vollständigen Außerkraftsetzung und Aushöhlung dieser Rechte auch die Beamtenverhältnisse, im rechtsstaatlichen Sinne erlöschen zu lassen⁵⁷⁶. Ganz anders urteilt der Bundesgerichtshof, der den Staat als solchen, unabhängig von seiner jeweiligen Verfassung, quasi als naturrechtlich begründet ansieht⁵⁷⁷. Dementsprechend besteht auch das Verhältnis zwischen dem Staat und seinen Beamten unabhängig von den jeweiligen im Verfassungstext positivierten Regelungen⁵⁷⁸.

⁵⁷³ Vgl. etwa *Wesel*, Geschichte des Rechts, S. 538 ff.

⁵⁷⁴ Vgl. etwa *Holtkotten*, in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 132, S. 6 mit weit. Nachw.

⁵⁷⁵ Siehe bereits oben unter: A., I., 2. (S. 21 ff. [S. 25]) und B., II. (S. 93)

⁵⁷⁶ Ausführlich siehe oben: B., III., 2., a.) (S. 126 ff.) mit weit. Nachw.

⁵⁷⁷ *Kirn*, Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität, S. 215 ff.

⁵⁷⁸ BGHZ, NJW 1954, S. 1077

Zwar ist der Bundesgerichtshof mit dem Bundesverfassungsgericht der Ansicht, dass die Nationalsozialisten das Beamtentum funktionalisiert und entrechtet hätten. Daraus könne aber nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, „dass diesen Maßnahmen, selbst soweit sie in das äußere Gewand von Rechtsnormen gekleidet waren, jeglicher Rechtsgültigkeit und damit die Eignung, in irgendeiner Weise auf den Rechtsgehalt oder gar den Bestand der Beamtenrechtsverhältnisse einzuwirken [zukäme]“⁵⁷⁹. Mit viel Pathos führt das Gericht weiter aus: „Nackte Gewalt setzt nicht Recht und zerstört auch nicht Recht“ (*lat. ex iniuria non oritur ius*).

Im Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass der Bundesgerichtshof, dem Zeitgeist allgemein entsprechend, jedwede „Kollektivhaftung“ der Beamten für die Taten der Nationalsozialisten ablehnte. Man war bemüht, eine „Opferrolle“ des Öffentlichen Dienstes zu stilisieren, die aus heutiger Sicht kaum noch nachzuvollziehen ist. So müssten, nach Ansicht des Gerichts, die vom „Terror“ betroffenen Beamten nunmehr die Folgen von Unrechtsmaßnahmen tragen, obwohl sie gerade die Opfer dieser Maßnahmen waren⁵⁸⁰. Die Lösung, die der Bundesgerichtshof als Alternative vorschlägt, liegt deshalb vielmehr in einer *individuellen Einzelbetrachtung*. Jeder Fall müsste individuell und persönlich aufgeklärt und jeder Betroffene nach seiner eigenen Schuld angeklagt und verurteilt werden. Die Notwendigkeit wird insbesondere damit begründet, dass bei einer Kollektivhaftung, wie sie das Bundesverfassungsgericht vornähme, nicht nur alle Beamten, sondern auch deren versorgungsberechtigten Frauen und Kinder in Mitleidenschaft gezogen würden⁵⁸¹, ein „geschickter Schachzug“, der seine emotionale Wirkung auf die Bevölkerung sicher nicht verfehlte. Allerdings mutet er fast makaber an, wenn man bedenkt, dass die Witwe *Stauffenbergs*, stellvertretend für alle am Attentat des 20. Juli 1944 beteiligten Offiziere, bis zur Rehabilitation durch *Fritz Bauer* im Jahre 1952, von der Offizierswitwenrente der Bundesrepublik Deutschland ausgeschlossen war⁵⁸².

d) Überwiegende Auffassung der deutschen Staatsrechtslehre

Auch die rechtswissenschaftliche Literatur beschäftigte sich mit der Frage des „Zusammenbruchs“ am 8. Mai 1945 und dessen Auswirkungen auf die öffentlich Bediensteten, insbesondere die Beamtenverhältnisse⁵⁸³. Immerhin wurde diese

⁵⁷⁹ BGHZ, NJW 1954, S. 1077

⁵⁸⁰ BGHZ, NJW 1954, S. 1077

⁵⁸¹ BGHZ, NJW 1954, S. 1077

⁵⁸² *Steinke*, Fritz Bauer oder Auschwitz vor Gericht, S. 137

⁵⁸³ Vgl. etwa. *Heyland*, Die Rechtsstellung der entfernten, erfolgreich entnazifizierten deutschen Beamten, DÖV 1950, S. 289 ff., 323 ff., 359 ff.

Problematik auch von den Fach- und Verwaltungsgerichten, mit teilweise höchst unterschiedlichen Ergebnissen, entschieden⁵⁸⁴. Mit der überraschenden Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Dezember 1953 und der Reaktion des Bundesgerichtshofs im Mai 1954, sah sich schließlich die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer e.V. (VVDStRL) dazu veranlasst, dieser Problematik in ihrer Tagung im Jahre 1955 auf den Grund zu gehen⁵⁸⁵. Deren wesentliche Erkenntnisse sollen hier kurz zusammengefasst und erläutert werden.

Die Staatsrechtslehrer waren bemüht, die streitgegenständliche Problematik objektiv und wertneutral zu beantworten und sich bei ihrer Lösung ausschließlich von rechtsdogmatischen und rechtssystematischen Kriterien leiten zu lassen. Schon hierin liegt ein wesentlicher methodischer Ansatz zur Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, da dieses die Frage nach dem Schicksal der Beamtenverhältnisse nicht auf reine Rechtsfragen begrenzt habe, sondern vielmehr historische, gesellschaftliche, politische und soziologische Fragestellungen und Fakten in die Untersuchung miteinbezogen und zum Gegenstand seiner Entscheidung gemacht habe. Entscheidend sei einzig und allein die Frage, ob das Berufsbeamtentum in der Zeit zwischen 1933 und 1945 verfassungsrechtlich ein sog. „Regime-Beamtentum“ oder ein „Staatsbeamtentum“ gewesen war. Während in erstem Fall der Zusammenbruch eben jenes Regimes auch zum Erlöschen der Beamtenverhältnisse geführt hätte, müsse im zweiten Fall von dessen Fortbestand ausgegangen werden, sofern der Staat als Rechtssubjekt den Zusammenbruch überdauert habe. Dies sei aber nach einhelliger Meinung sowohl des Bundesverfassungsgerichts als auch nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Fall gewesen und würde auch von der überwiegenden Auffassung der Staatsrechtslehre so vertreten⁵⁸⁶.

Mit einer Begründung, die sowohl in analytischer als auch in rechtsdogmatischer Hinsicht ihres Gleichen sucht, spricht sich die Staatsrechtslehre für ein Staatsbeamtentum der NS-Zeit aus, was auch den Zusammenbruch am 8. Mai 1945 überstehen musste. Als maßgeblicher Begründungsansatz geht sie von einer trennscharfen *Unterscheidung zwischen dem Staat als Rechtssubjekt und der davon losgelösten inneren Herrschaftsstruktur* aus. Diese rechtliche Abstraktion führe dazu, dass selbst ein sittlich verkommenes und moralisch wertloses Herrschaftssystem, wie dasjenige der Hitlerdiktatur, keinen Einfluss auf den Staat als Völkerrechtssubjekt und damit auf die Institution des

⁵⁸⁴ VG Hamburg, MDR 1948, S. 261; BGHZ 2, S. 117 ff.

⁵⁸⁵ Vgl. Naumann, Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, VVDStRL 13, S. 88 ff.

⁵⁸⁶ Naumann, VVDStRL 13, Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, S. 99 ff., 106, 109 mit weit. Nachw.

Berufsbeamtentums haben könne⁵⁸⁷. Insoweit betrafen auch die Regelungen des Art. 129 WRV zum Schutz der Beamtenrechte lediglich das Verhältnis der Beamten zu der jeweiligen Herrschaftsform, in der diese ihren Dienst verüben. Die Aushöhlung oder Abschaffung dieser Rechte könne daher ebenfalls keine Wirkung auf den Status eines Beamten als solchen haben. Ferner könne dem Bundesverfassungsgericht auch nicht zugutegehalten werden, dass das Beamtentum durch den persönlichen Treueeid auf den Führer seine rechtliche Form als institutionalisiertes, auf den Staat als Völkerrechtssubjekt bezogenes, Beamtentum verloren habe, da insbesondere die gesetzliche Bestimmung des § 1 DBG ein Treueverhältnis nicht nur zu dem Führer, sondern auch und gerade zum Deutschen Reich postuliere⁵⁸⁸. Schließlich seien auch die Alliierten Besatzer nicht von einer Annexion und dem damit verbundenen Untergang des Deutschen Reiches ausgegangen. Folgerichtig könne deshalb die Frage nach dem Fortbestehen der Beamtenverhältnisse auch nicht losgelöst oder gegenteilig von dieser Frage beantwortet werden⁵⁸⁹.

Eine Bewertung der, rechtsdogmatisch an sich kaum zu beanstandenden, Ausführungen der Staatsrechtslehre ist nicht das Ziel dieser Untersuchung. Gleichwohl fällt auf, dass zwar dogmatisch präzise und ausführlich dargelegt wird, warum es sich bei dem Beamtentum zwischen 1933 und 1945 um ein *Staatsbeamtentum* gehandelt habe und sodann konsequent argumentiert wird, es sei gerade nicht zu einem sog. „Regime-Beamtentum“ mutiert. Dabei wird allerdings die Frage vernachlässigt, welche charakteristischen Eigenschaften eigentlich ein derartiges „Regime-Beamtentum“ aufweisen müsste, um als solches rechtlich qualifiziert zu werden. Diesen, ungleich problematischeren und schwereren, Weg hatte das Bundesverfassungsgericht gerade versucht zu gehen. Dabei ist es nicht verwunderlich, dass das Gericht nicht nur formaljuristisch entschieden, sondern auch historische, gesellschaftliche und soziologische Gesichtspunkte in seine Bewertung miteinbezogen hat. Denn wenn es jemals ein Beamtentum gegeben hat, das von den Weisungen der Regierung derart abhängig und den Befehlen eines Diktators derart schutzlos ausgeliefert war, so war es wohl das Beamtentum der Nazidiktatur – gerade dies entspricht aber auch der Argumentationslinie des Bundesgerichtshofs.

⁵⁸⁷ Naumann, VVDStRL 13, Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, S. 110

⁵⁸⁸ Naumann, VVDStRL 13, Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, S. 111 mit weit. Nachw.

⁵⁸⁹ Naumann, VVDStRL 13, Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, S. 113 ff.

3. Entwicklung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen in Österreich

Die Innenpolitischen Entwicklungen Österreichs in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts sind überwiegend geprägt von den Folgewirkungen des ersten Weltkriegs und können hier nur skizziert werden⁵⁹⁰. Für das allgemeine Verständnis des österreichischen Verfassungsrechts und die Frage, an welche Verfassungsrechtslage Österreich im April 1945 wieder anknüpfen konnte, sind sie jedoch nicht unerheblich und werden deshalb im Folgenden zusammengefasst:

Mit der Niederlage war eine grundlegende Verschiebung der politischen, territorialen und sozialen Machtstruktur verbunden. Der Untergang der Habsburger-Monarchie, der Zerfall der k.u.k. Armee, die Unzufriedenheit der Volksmassen mit der alten Staats- und Herrschaftsform sowie die schlechte Versorgungslage, führten in den Jahren 1918/19 zu einer revolutionären Situation. Angesichts des drohenden Zusammenbruchs, erklärten sich der Adel, die Bürokratie, das Großbürgertum und die Militärs zu Kompromissen mit der Volksbewegung, bestehend aus Arbeiter- und Soldatenräten, und der Sozialdemokratie bereit⁵⁹¹. Das Ergebnis war für Österreich die Staatsform der Republik und die damit verbundene Demokratisierung des Staates sowie die Entmachtung des Adels. Bezeichnet wurde diese erste republikanische Herrschaftsform in Österreich als die „Republik *Deutschösterreich*“. Sie bestand maximal zwei Jahre und hat nie richtig funktioniert, was im Wesentlichen mit den Gebietsansprüchen nach dem Zerfall Österreich-Ungarns und den Anschlussbemühungen an das Deutsche Reich zusammenhing. Am 22. November 1918 hatte die Provisorische Nationalversammlung ihr Staatsgebiet per Gesetz⁵⁹² selbst festgelegt und an die Grenzen von 1914 angelehnt. In einer weiteren Erklärung gleichen Datums wurde sogar das Selbstbestimmungsrecht für die in Westungarn gelegenen deutschsprachigen Gebiete gefordert und damit ein indirekter Gebietsanspruch auf Ungarn erhoben, der mit dem Burgenland später teilweise sogar realisiert werden konnte⁵⁹³. Bereits am 12. November 1918 hatte man in Art. 2 des *Gesetzes über die Staats- und Regierungsform* Deutschösterreich zu einem Bestandteil der Deutschen Republik erklärt⁵⁹⁴. Die Weimarer Reichsverfassung vom 11. August 1919 hatte dies aufgenommen und Deutschösterreich als Land und Bestandteil des Deutschen Reichs in Art. 61 Abs. 2 WRV

⁵⁹⁰ Ausführlich dazu *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 187 ff. mit weit. Nachw.; *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 255ff. mit weit. Nachw.

⁵⁹¹ Umfassend *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 256 mit weit. Nachw.

⁵⁹² StGBI. Nr. 40/1918

⁵⁹³ *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 263 mit weit. Nachw.

⁵⁹⁴ Vgl. dazu *Sima*, Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung, in: *Brauneder* (Hrsg.), Rechts- und Sozialwissenschaftliche Reihe, S. 7 mit weit. Nachw.

seine Beteiligung im Reichsrat garantiert⁵⁹⁵. Die Gebietsforderungen scheiterten jedoch zum überwiegenden Teil an den territorialen Interessen der Nachbarstaaten. Am 16. Juli 1919 trat der Staatsvertrag von *St. Germain* in Kraft, der nicht nur die Staatsgrenzen abschließend und abweichend zu den Ansprüchen der Provisorischen Nationalversammlung festlegte, sondern auch die Anschlussbestrebungen an das Deutsche Reich untersagte und auf die Umwandlung des Staatsnamens in „Republik Österreich“⁵⁹⁶ bestand. Damit war die Republik Deutschösterreich beendet. Ihre Verfassungen stellten ohnehin nur ein Provisorium dar, das bis zum Erlass einer „Konstitution“ gelten sollte, zu der es unter ihr jedoch nicht gekommen ist⁵⁹⁷.

Die Republik Österreich führte, unter einer anderen Bezeichnung und mit einem kleineren Territorium, den Staat Deutschösterreich fort, zu dem formelle und materielle Kontinuität bestand⁵⁹⁸. An den politischen Unruhen seit 1918 hatte sich jedoch wenig geändert. Die beiden Lager der Sozialdemokraten auf der einen Seite und der „Bürgerblock“, bestehend aus katholischen und deutschnationalen Kräften, standen sich in der Konstituierenden Nationalversammlung gegenüber⁵⁹⁹. Eine Einigung über eine Verfassung war solange ausgeschlossen, bis die Länder im Winter 1919 die Initiative ergriffen und einen radikal föderalistischen Staat nach dem Vorbild der Schweizer Verfassung anstrebten. Die Gefahr einer territorialen Aufspaltung Österreichs in einzelne Kleinstaaten ließ die Parteien schließlich einlenken, sodass die Nationalversammlung bis September 1920 das B-VG durchberaten und am Ende beschließen konnte⁶⁰⁰. Wegen der unterschiedlichen gesellschaftspolitischen Konzepte der Parteien, konnte über viele Fragen allerdings keine Einigung erzielt werden. Sie blieben späteren Verfassungsnovellen vorbehalten⁶⁰¹.

Von diesen ist besonders hervorzuheben, die Novelle von 1929⁶⁰². In ihr wurden insbesondere die Machtbefugnisse des Bundespräsidenten mit dem Notverordnungsrecht und dem Oberbefehl über das Bundesheer erweitert. Was das Staatsorganisationsrecht betrifft, ist das Verhältnis der obersten Verfassungsorgane, Nationalrat, Bundespräsident und Bundesregierung – nach dem Vorbild der Weimarer Reichsverfassung⁶⁰³ – umgestaltet worden. Der Bundespräsident wurde dem Nationalrat gleichgestellt und die Bundesregierung nicht mehr nur vom Parlament, sondern auch vom Bundespräsidenten

⁵⁹⁵ Vgl. dazu *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 61, S. 340 f. mit weit. Nachw.

⁵⁹⁶ Durchgeführt mit Art. 1 des Gesetzes vom 21. Oktober 1919 über die Staatsform, StGBI. Nr. 484/1919

⁵⁹⁷ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 268 mit weit. Nachw.

⁵⁹⁸ Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 209

⁵⁹⁹ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 284 mit weit. Nachw.

⁶⁰⁰ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 290 mit weit. Nachw.

⁶⁰¹ Sie dazu bereits ausführlich oben unter A., II., 2., b)

⁶⁰² BGBl. Nr. 392/1929

⁶⁰³ Vgl. *Sima*, Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung, in: *Brauneder* (Hrsg.), Rechts- und Sozialwissenschaftliche Reihe, S. 187 ff. mit weit. Nachw.

abhängig gemacht⁶⁰⁴. Hintergrund dieser Maßnahmen waren die anhaltenden Konflikte zwischen den politischen Lagern, die Ende der 1920er Jahre zu vermehrten Gewalttaten und terroristischen Anschlägen in Wien führten⁶⁰⁵. Insoweit erhoffte man sich, von einem mit besonderer Exekutivgewalt ausgestatteten obersten Staatsorgan, den Schutz der republikanisch-demokratischen Grundordnung. Retten sollte sie jedoch auch dies am Ende nicht.

Zu den für die Bevölkerung schwerwiegenden Folgen der Weltwirtschaftskrise, gesellte sich 1932 eine politische Krise. Die Koalition aus dem „Bürgerblock“ war auseinandergebrochen und die Koalition unter Kanzler *Dollfuß* verfügte im Nationalrat nur noch über eine Stimme Mehrheit. Die deutschnationalen Lager lösten sich sukzessive auf und viele ihre Mitglieder und Wähler wandten sich den Nationalsozialisten zu, was nicht nur zu einer Radikalisierung der bürgerlich-bäuerlichen Sektoren führte⁶⁰⁶, das bürgerliche Lager begann damit die Demokratie als Staatsform generell abzulehnen, die NSDAP befürwortete teilweise einen Anschluss an das Deutsche Reich⁶⁰⁷.

Ähnlich wie in dem deutschen Nachbarland, war die Regierung *Dollfuß* dazu entschlossen, den Boden der parlamentarischen Demokratie zu verlassen⁶⁰⁸. Dazu bot sich im März 1933 die Gelegenheit, als die drei Präsidenten des Nationalrats bei der Sitzung am 4. März 1933 zurücktraten, weil sie sich in einem Tumult kein Gehör verschaffen konnten. Die Bundesregierung sah darin eine vorsätzliche „Selbstausschaltung“ des Parlaments und einen Nachweis für dessen Handlungsunfähigkeit. Sukzessive begann sie damit, die Staatsgewalt an sich zu reißen und die Republik Österreich in eine Diktatur zu verwandeln⁶⁰⁹. Als Rechtsgrundlage dafür beruft sie sich auf das, noch zur Zeit der Monarchie erlassene, „Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz“ aus dem Jahre 1917⁶¹⁰, was durch das Verfassungs-Überleitungsgesetz von 1920⁶¹¹ zum Bestandteil der Rechtsordnung der Republik Österreich gemacht worden war⁶¹². Gestützt auf dieses Gesetz, führte die Regierung *Dollfuß* Stück für Stück die Demontage der verfassungsrechtlichen Einrichtungen durch und schränkte die Grund- und Freiheitsrechte der Bürger ein⁶¹³. 1934 gibt sich das Regime schließlich eine neue „Ständestaatliche

⁶⁰⁴ Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 215

⁶⁰⁵ Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 214 f. mit weit. Nachw.

⁶⁰⁶ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 311 mit weit. Nachw.

⁶⁰⁷ *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 232

⁶⁰⁸ Zu den politischen Hintergründen des „Austrofaschismus“ lesenswert die Zusammenfassung von *Reiter-Zatloukal*, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, BRGÖ 2016, S. 421-424 mit weit. Nachw.

⁶⁰⁹ Ausführlich dazu, *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 317 ff. mit weit. Nachw.

⁶¹⁰ RGBl. Nr. 307/1917

⁶¹¹ BGBl. Nr. 2/1920

⁶¹² Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 232

⁶¹³ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 319 mit weit. Nachw.

Verfassung“, einmal autoritär, unter Bezugnahme auf die Kompetenzen des „Kriegswirtschaftlichen Ermächtigungsgesetzes“ und ein weiteres Mal über das sog. „Ermächtigungsgesetz 1934“, für das die Regierung sogar nochmal den Nationalrat reaktivierte. Allerdings nur als „Rumpfparlament“, da den Sozialdemokraten ihre Mandate aberkannt wurden⁶¹⁴.

Von diesem Zeitpunkt an, waren das B-VG 1920 in der Fassung von 1929 sowie die sonstigen Verfassungsgesetze der Republik Österreich faktisch beseitigt. Auf der Grundlage der sog. *Maiverfassung* von 1934⁶¹⁵, die sich die Regierung selbst gegeben hatte, wurde Österreich als austrofaschistische Diktatur nahezu vier Jahre, bis zum Anschluss an das Deutsche Reich im März 1938, regiert⁶¹⁶.

Innerhalb von 20 Jahren, von 1918 bis 1938, wurde das Verfassungssystem im Land Österreich also fünf Mal, und teilweise durchaus gravierend, verändert und umgestaltet. Nachdem es durch die Nationalsozialisten bis 1945 von der politischen Landkarte verschwunden war, belegt die Verfassungsgeschichte, wie problematisch es nach 1945 für Österreich war, wieder an ein geordnetes verfassungspolitisches System anzuknüpfen und auf einen eigenen demokratischen Staatsapparat zurückzugreifen. Das erste Verfassungs-Überleitungsgesetz 1945⁶¹⁷ der Provisorischen Staatsregierung bekannte sich zu seiner Verantwortung und setzte das B-VG von 1920 in der Ausgestaltung, die es durch die Verfassungsnovelle von 1929 erfahren hatte, wieder in Kraft. Wesentliches Verfassungsorgan des B-VG ist der Nationalrat. Dieser war im April 1945, faktisch seit über 12 Jahren, nicht mehr zusammengekommen.

a) Wandel des generellen Rechts- und Verfassungsverständnisses

Unabhängig von den umstrittenen⁶¹⁸ rechtlichen Folgen des Anschlusses der Republik Österreich im März 1938 an das Deutsche Reich, ist die Entwicklung der für die vorliegende Untersuchung bedeutsamen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen Österreichs mit denjenigen des Deutschen Reichs bereits rechtsdogmatisch nicht zu vergleichen. Während

⁶¹⁴ Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 234 f. mit weit. Nachw.

⁶¹⁵ BGBl. Nr. 1/1934; Zum Hintergrund der Verfassung von 1934 vgl. ausführlich, *Wohnout*, Die Verfassung 1934 im Widerstreit der unterschiedlichen Kräfte im Regierungslager, in: *Reiter-Zatloukal/Rothländer/Schöllnberger* (Hrsg.), Österreich 1933-1938 Interdisziplinäre Annäherungen an das Dollfuß-/Schuschnigg-Regime, S. 17 ff. mit weit. Nachw.

⁶¹⁶ Dazu umfassend *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 333 ff. mit weit. Nachw.

⁶¹⁷ StGBI. Nr. 4/1945

⁶¹⁸ Vgl. etwa *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 51 f. mit weit. Nachw.

die Staatsverfassungen des Deutschen Reichs, seit der Reichsgründung 1871⁶¹⁹, als Rechtsquelle des Verfassungsrechts auf einer einheitlichen und im Wesentlichen abschließende Verfassungsurkunde beruhten⁶²⁰, ergibt sich das Verfassungsrecht der Republik Österreich aus *unterschiedlichen Rechtsquellen*, von denen die im Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) in seiner ursprünglichen Form vom 1. Oktober 1920 statuierten Grundprinzipien der demokratischen Republik (Art. 1 B-VG), des Bundesstaats (Art. 2 B-VG) und des Rechtsstaats den höchsten Verfassungsrang einnehmen⁶²¹. Neben dem Bundes-Verfassungsgesetz als zentraler Verfassungsurkunde, existieren allerdings noch zahlreiche weitere Bundesverfassungsgesetze, die weder hinsichtlich ihres Ranges noch ihrer rechtlichen Qualität hinter dem Bundes-Verfassungsgesetz zurücktreten. Deshalb wird – nachvollziehbar – das österreichische Verfassungsrecht als *zersplittert* und *unübersichtlich* bezeichnet⁶²².

In Österreich knüpfte man, nach der Zerschlagung der Nazidiktatur durch die Alliierten 1945, staatsrechtlich an das *vor dem Anschluss an das Deutsche Reich* bestehende Staatswesen wieder an⁶²³. Verfassungsrechtlich wurde dieser Schritt durch das erste Verfassungs-Überleitungsgesetz 1945⁶²⁴ vollzogen, welches das Bundes-Verfassungsgesetz von 1920, in der Fassung von 1929 sowie das übrige Bundesverfassungsrecht, wieder in Kraft setzte⁶²⁵. Bis zu den Wahlen des Nationalrates und der Landtage am 25. November 1945, war das Bundes-Verfassungsgesetz noch nicht vollständig wirksam, da kein Parlament als Volksvertretung und wesentliches Organ im Rahmen eines nach Staatsfunktionen strukturierten demokratischen und liberalen Rechtsstaats existierte. Die Kernaussage von Art. 1 B-VG (1920/29), „*Österreich ist eine demokratische Republik. Ihr Recht geht vom Volk aus*“, war deshalb streng genommen eine verfassungsrechtlich nicht ableitbare Behauptung, da die Provisorische Staatsregierung als Exekutivorgan auch die Gesetzgebungsbefugnis innehatte⁶²⁶. Der politische Kabinettsrat übte die Funktion eines Staatsoberhauptes aus⁶²⁷. Erst mit dem 2. Verfassungs-Überleitungsgesetz⁶²⁸, nach den Nationalrats- und Landtagswahlen, wurden die Funktionen und Befugnisse der Organe der Provisorischen Zentralregierung an die Verfassungsorgane übertragen; zugleich kehrte man zu dem Verfassungszustand der Novelle von 1929 zurück.

⁶¹⁹ Huber, in: Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HStR I, Rdnr. 1 ff.

⁶²⁰ Vgl. dazu ausführlich oben unter A., II., 2., b)

⁶²¹ Vgl. etwa *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rdnr. 62 ff.

⁶²² Vgl. bereits oben unter A., II., 2., b) (S. 43 ff.); *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rdnr. 8

⁶²³ Siehe etwa oben unter B., III., 1. (S. 120 ff.)

⁶²⁴ V-ÜG 1945 = StGBI. Nr. 4/1945

⁶²⁵ Vgl. dazu ausführlich: *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 259 f. mit weit Nachw.

⁶²⁶ *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 261

⁶²⁷ Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 261

⁶²⁸ StGBI. 232

Damit traten, spätestens von diesem Zeitpunkt an, auch die „alten“ Grundrechte der Bundesverfassung von 1920/29 mit ihren entsprechenden Verweisen in Art. 149 B-VG auf das Staatsgrundgesetz von 1867 über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrat vertretenen Königreiche und Länder⁶²⁹, das Gesetz vom 27. Oktober 1862 zum Schutz des Hausrechtes⁶³⁰ oder der Beschluss der Provisorischen Nationalversammlung vom 30. Oktober 1918⁶³¹ wieder in Kraft⁶³².

Der Bezug der österreichischen Verfassung von 1920/29 auf die Grundrechte und das Rechtsstaatsprinzip sowie die generelle und umfassende Abkehr der Verfassung von der Zeit des Nationalsozialismus, sind für das Erkenntnisinteresse dieser Untersuchung entscheidend. Mit der Anerkennung und Gewährleistung von Grundrechten als *subjektive* Rechte einzelner oder ihnen gleichgestellter mindestens teilverselbstständiger Organisationen (z.B. Vereine, Gewerkschaften, Stiftungen usw.) mit Verfassungsrang, bekennt sich die österreichische Verfassung zu dem liberalstaatlichen Ansatz. In diesem Sinne sind Grundrechte, insbesondere Freiheits- und Gleichheitsrechte, Abwehrrechte gegen den Staat⁶³³. Im Gegensatz zu dem Staatsgrundgesetz von 1867 (Art. 20 StGG), konnten die Grundrechte als Verfassungsgesetze im Sinne von Art. 149 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 B-VG, nicht mehr von der Regierung einseitig ausgesetzt bzw. suspendiert werden, auch nicht im Ausnahmezustand⁶³⁴. Damit ist der Grundrechtsschutz in der österreichischen Verfassung im Ergebnis umfassender gewährleistet, als in der Weimarer Reichsverfassung, die in Art. 48 Abs. 2 WRV, eine vorübergehende Außerkraftsetzung der Grundrechte allein durch den Reichspräsidenten mittels Ausübung seines Notverordnungsrechts erlaubte⁶³⁵.

Da Österreich, sowohl durch die *Unabhängigkeitserklärung* vom 27. April 1945, als auch durch das Verfassungs-Überleitungsgesetz in verfassungsrechtlicher Hinsicht, wieder zu dem liberalen Ansatz des Bundes-Verfassungsgesetzes von 1920/29 zurückgekehrte⁶³⁶, stellt sich die Frage, ob eine personelle *Renazifizierung* der Justiz, d.h. hier insbesondere des Richterpersonals, gegen die Verfassung der Republik Österreich von 1920/29 verstoßen hat, also gleichermaßen wie in Deutschland. Dies wird nachfolgend, unter Berücksichtigung

⁶²⁹ RGBl. Nr. 142/1867

⁶³⁰ RGBl. Nr. 88/1862

⁶³¹ StGBI. Nr. 3/1918

⁶³² *Schäffer*, Die Entwicklung der Grundrechte, in: Merten/Papier, HGR VII/1, § 186, Rdnr. 63 ff. mit weit. Nachw.

⁶³³ *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht, Rdnr. 692 mit weit. Nachw.

⁶³⁴ *Schäffer*, Die Entwicklung der Grundrechte, in: Merten/Papier, HGR VII/1, § 186, Rdnr. 53 mit weit. Nachw.

⁶³⁵ Vgl. *Anschütz*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, Art. 48 S. 275 mit weit. Nachw.

⁶³⁶ Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 257 ff.

der einschlägigen Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, zu prüfen sein:

Auch hier wäre es jedoch verfehlt, den politisch-historischen Zusammenhang bei der Untersuchung außer Acht zu lassen und den Grundrechten sowie den verfassungsrechtlichen Grundprinzipien, d.h. insbesondere dem Rechtsstaatsprinzip, eine Bedeutung beizumessen, die erst in den vergangenen Jahrzehnten nach dem zweiten Weltkrieg durch die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs und die Literatur herausgearbeitet wurden⁶³⁷. In den frühen 1930er Jahren war nicht nur die politische Lage in Österreich äußerst angespannt, auch die Verfassung der Republik befand sich in einer existentiellen Krise, die ihren individuellen Höhepunkt in der Ausschaltung des Parlaments 1933 und der Einrichtung einer autoritären Staatsführung, allein durch den Bundespräsidenten und den Bundeskanzler, erreichte⁶³⁸. Das „Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz“ von 1917 und das Ermächtigungsgesetz von 1934⁶³⁹ und die *Maiverfassung* von 1934⁶⁴⁰ bildeten hierfür die verfassungsrechtliche Grundlage. Ähnlich wie in Deutschland, ist auch in Österreich das Phänomen festzustellen, dass es einer politischen Richtung gelungen ist, Gegner anderer Gruppierungen und Parteien auszuschalten und eine faktische Alleinherrschaft zu begründen. Oppositionsparteien, wie unter anderem auch die NSDAP, wurden sukzessive verboten, deren Eigentum zwangsenteignet, und die Parteimitglieder sahen sich staatlichen Verfolgungen und schließlich sogar Inhaftierungen in sog. „Anhaltelagern“ für politische Gegner ausgesetzt⁶⁴¹. Der soeben erwähnte, besondere verfassungsrechtliche Schutz der Grundrechte durch Art. 149 Abs. 1 i.V.m. Art. 44 Abs. 1 B-VG, vermochte daher deren tatsächliche Außerkraftsetzung durch die autoritäre Staatsführung genauso wenig zu verhindern wie in Deutschland die Weimarer Reichsverfassung die Machtergreifung der Nationalsozialisten mit ihren zahlreichen autoritären Untergliederungen.

Für das Verständnis der Rechts- und Verfassungsentwicklung in Österreich muss deshalb darauf hingewiesen werden, dass dort bereits ab 1933 eine Abkehr von einer freiheitlich-liberalen und demokratischen Grundordnung zunehmend stattfand, und zwar unabhängig von einer direkten Einflussnahme von außen, d.h. insbesondere von Seiten des Deutschen Reichs. Durch die Unabhängigkeitserklärung und das Verfassungs-Überleitungsgesetz

⁶³⁷ Vgl. etwa VfSlg 13.635/1993: Hier anerkennt der VfGH die Menschenwürde als eine „allgemeinen Wertgrundsatz unserer Rechtsordnung“

⁶³⁸ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 309 ff. mit weit. Nachw.; *Reiter-Zatloukal*, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, in: BRGÖ 2016 S. 421 ff. mit weit. Nachw.

⁶³⁹ BGBl. I 255/1934

⁶⁴⁰ BGBl. II 1/1934

⁶⁴¹ Ausführlich *Reiter-Zatloukal*, in: *Reiter-Zatloukal/Rothländer/Schölnberger*, Österreich 1933 - 1938, S. 61. mit weit. Nachw.; *Schölnberger* in: *Reiter-Zatloukal/Rothländer/Schölnberger*, Österreich 1933-1938, S. 94 ff.

kommt dies unmittelbar zum Ausdruck, denn es wird zum Verfassungszustand von 1920/29 zurückgekehrt und gerade nicht zu demjenigen vor dem Anschluss im März 1938. Für die Beantwortung der Frage, ob die praktisch vollzogene *Renazifizierung* der Richter gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen hat, ist also entscheidend, dass sich die Verfassung von 1920/29 zu keinem Zeitpunkt mit dem Problem der *Nazifizierung* auseinanderzusetzen hatte. Darin liegt der *wesentliche Unterschied* zur Rechtsentwicklung in Deutschland mit der zumindest formellen Fortgeltung der Weimarer Reichsverfassung; dies wird bei der rechtsvergleichend darzustellenden Lösung der Spannungslage zwischen richterlicher Unabhängigkeit einerseits und rechtsstaatlich begründeter Gewaltenteilung andererseits zu berücksichtigen sein.

b) Rechtsprechung des österreichischen Verfassungsgerichtshofs zum Status von Richtern

Auch der österreichische Verfassungsgerichtshof hatte sich während der frühen Nachkriegszeit in zahlreichen Entscheidungen mit der Frage zu beschäftigen, welche *rechtlichen Konsequenzen der Anschluss Österreichs an das Deutsche Reich im März 1938 und die Kapitulation im Mai 1945 für das Dienstverhältnis von Richtern und Beamten* hatte⁶⁴². Die staatsrechtlichen Theorien und wissenschaftlichen Diskussionen darüber, ob der Anschluss den Untergang der Republik Österreich zur Folge hatte (*Annexionstheorie*) oder nur zu einer bloßen Handlungsfähigkeit geführt habe (*Okkupationstheorie*), waren 1945 in vollem Gange und neigten sich, seit dem von den Alliierten postulierten Opferstatus Österreichs in der Moskauer Erklärung 1943, zu Gunsten der *Okkupationstheorie*⁶⁴³. Damit stand auch hier im Raum, ob den Staatsbeamten und Richtern, die zwischen 1938 und 1945 dem Deutschen Reich als Dienstherrn unterstanden, einen Anspruch auf Einstellung bzw. Wiedereinstellung in den Staatsdienst der Republik Österreich hatten. Der Verfassungsgerichtshof hatte damit über die Frage einer „doppelten“ *Kontinuität* bzw. *Diskontinuität* zu befinden, denn er musste nicht nur eine rechtsverbindliche Antwort auf die Frage geben, ob Beamte und Richter, die zwischen 1938 und 1945 im Staatsdienst des Deutschen Reichs standen, einen Einstellungsanspruch gegen die wiederhergestellte Republik Österreich hatten, sondern gerade auch darüber entscheiden, ob Beamte und Richter, die *bereits vor 1938* im Dienste der Republik Österreich standen, ein solcher Anspruch zukommen konnte.

⁶⁴² Vgl. etwa VerfGH Slg. 1687/48, 1688/48, 1827/49

⁶⁴³ Vgl. dazu umfassend: *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, S. 29 ff. mit weit. Nachw.; *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 262; *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 50 f. mit weit. Nachw.; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945-1949, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, Rdnr. 42 mit weit. Nachw.

Da das Verfassungs-Überleitungsgesetz (V-ÜG) ausdrücklich an den Verfassungszustand von 1920/29 anknüpfte, gewährleistete die richterliche Unabhängigkeit nach Art. 87 Abs. 1 B-VG ein „Verbot der Amtsenthebung“, sofern nicht die besonderen Voraussetzungen des Art. 88 Abs. 2 B-VG erfüllt waren, also zum einen ein Gesetz existiert, welches das Verfahren der Amtsenthebung umfassend regelt und zum anderen ein förmliches richterliches Erkenntnisverfahren im Einzelfall durchgeführt wurde.

Im Gegensatz zu Situation in Deutschland, lag in Österreich die Verantwortung der Entnazifizierung überwiegend bei den Regierungsvertretern der Provisorischen Staatsregierung bzw. später bei der Regierung unter Kanzler Leopold Figl, die über die *Sonderkommissionen* nach dem Verbotsgesetz (NS-VG 1945) und die „besonderen Kommissionen“ nach § 19 Abs. 2 NSG 1947 eine Überprüfung des Personals im Hinblick auf die politische Tragbarkeit, aufgrund der individuellen Tätigkeit während der nationalsozialistischen Besatzung vornahmen⁶⁴⁴. Vorwiegend mit der Überleitung/Übernahme der neugebildeten Personalstände der wiedererrichteten Republik, war der „Liquidator für die Einrichtungen des Deutschen Reichs“ nach § 1 Abs. 2 B-ÜG betraut, der als zusätzliches Entnazifizierungsorgan im Sinne von § 10 i.V.m. § 14 NS-VG 1945 auch die Kompetenz besaß, das als „Illegale“ eingestufte Personal zu entlassen oder in den Ruhestand zu versetzen⁶⁴⁵.

Dem „Liquidator der Einrichtungen des *Deutschen Reichs*“ vom Bundesministerium für Justiz war es also möglich, Richter aus dem Dienstverhältnis zu entlassen und gleichzeitig zu verfügen, dass Ansprüche gegen die Republik Österreich nicht erhoben werden können. Selbst wenn man in dem B-ÜG noch ein Gesetz sehen wollte, das den Anforderungen von Art. 88 Abs. 2 B-VG genügt, so ist der Bescheid des *Liquidators* als Verwaltungsorgan der Provisorischen Staatsregierung, nicht mit einem förmlichen richterlichen Erkenntnisverfahren zu vergleichen. Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Entlassungen ehemaliger NS-Richter gegen Art. 88 Abs. 2 B-VG, die richterliche Unabhängigkeit und damit zugleich gegen das Rechtsstaatsprinzip verstoßen haben. In diesem Zusammenhang wurden die ersten Verfahren beim österreichischen Verfassungsgerichtshof anhängig gemacht.

So hatte der Verfassungsgerichtshof, etwa in seinem Urteil vom 6. Oktober 1948⁶⁴⁶, darüber zu entscheiden, ob ein Richter, der durch Bescheid des *Liquidators* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs beim Bundesministerium der Justiz vom 12. Mai 1948 – im Rahmen seiner Kompetenzen nach § 8 Abs. 2 B-ÜG und nicht etwa als Entnazifizierungsorgan über § 10 i.V.m. § 14 NS-VG 1945 – *in den Ruhestand* versetzt wurde, in seinen

⁶⁴⁴ Siehe oben unter: B., I., 2., b), aa) (S. 69 ff.)

⁶⁴⁵ Ausführlich dazu siehe oben unter: B., I., 2., b), aa) (S. 77 ff.)

⁶⁴⁶ VerfGH Slg. 1687/48

verfassungsrechtlichen Garantien der Art. 87 B-VG bzw. Art. 88 Abs. 2 B-VG verletzt wurde. Diese Frage verneinte das Gericht mit der formalistischen Begründung, dass Voraussetzung für die verfassungsrechtlich gewährleisteten Garantien der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit nach Art. 88 B-VG, die vorherige Ernennung des Richters durch den Bundespräsidenten nach Art. 86 B-VG sei. Da der Richter aber, seit der Wiedererrichtung der Republik Österreich, nicht ernannt worden sei, könne er sich auch nicht auf den besonderen Schutz des Art. 88 Abs. 2 B-VG berufen⁶⁴⁷.

Diese Entscheidung ist insoweit konsequent, als sie auf einer Linie mit der „Moskauer Erklärung“ der Alliierten und der *Unabhängigkeitserklärung* der Parteien vom 27. April 1945 liegt, nämlich den Anschluss an das Deutsche Reich und dessen rechtliche Folgen für „null und nichtig“ zu erachten⁶⁴⁸. Der Verfassungsgerichtshof vertritt hier den rechtlichen Standpunkt einer „absoluten“ *Diskontinuität* zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Österreich. Alles, was zwischen 1938 und 1945 auf dem besetzten Staatsgebiet Österreichs geschehen war, sollte dem Verantwortungsbereich der wiedererrichteten Republik entzogen sein. Diese Rechtsansicht entsprach in jeder Hinsicht dem politischen und gesellschaftlichen Zeitgeist.

Problematisch ist aber, dass der Beschwerdeführer in dem anhängigen Verfahren, bereits vor dem *Anschluss* im März 1938, den Status eines ordnungsgemäß ernannten Richters der Republik Österreich erlangt hatte. Hinsichtlich des völkerrechtlichen Status wurde für Österreich zwischen 1938 und 1945 eine ganz andere Auffassung vertreten⁶⁴⁹. Nach der *Okkupationstheorie* hatte der Staat Österreich seine Qualität als eigenständiges Völkerrechtssubjekt durch den Anschluss gerade nicht verloren⁶⁵⁰, da das Staatsvolk als Träger der Staatsgewalt i.S.v. Art. 1 Abs. 1 B-VG fortbestand und Österreich nur an der Ausübung seiner Staatsgewalt gehindert gewesen sei⁶⁵¹. Die österreichische Regierungserklärung hatte sich über völkerrechtliche Zweifel hinweggesetzt und zur These bekannt, dass die *Kontinuität* Österreich durch die Annexion der Nationalsozialisten nicht unterbrochen wurde, der Anschluss und damit auch seine Folgen seien vielmehr als „null und nichtig“ zu erachten⁶⁵². Nach der herrschenden *Okkupationstheorie* bestand daher *Diskontinuität* zwischen der Republik Österreich und dem Deutschen Reich, zugleich aber

⁶⁴⁷ Ebenfalls VerfGH Slg. 1688/48, S. 214

⁶⁴⁸ Vgl. den Wortlaut von Art. II der Proklamation v. 27.04.1945 (StGBI. 1): „Der im Jahre 1938 dem österreichischen Volke aufgezwungene Anschluss ist null und nichtig“.

⁶⁴⁹ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 363 ff. mit weit. Nachw.

⁶⁵⁰ Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 262; *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 50 f. mit weit. Nachw.; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945-1949, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, Rdnr. 42 mit weit. Nachw.

⁶⁵¹ *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 50 f mit weit. Nachw.

⁶⁵² *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945-1949, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, Rdnr. 42 mit weit. Nachw.

Kontinuität zwischen der „ersten Republik“ von 1918 bis 1938 und der „zweiten Republik“ für die Zeit ab 1945⁶⁵³. Konsequent und naheliegend wäre es deshalb gewesen, für die Staatsbediensteten der Republik Österreich ebenfalls von einer *Kontinuität* der, bereits 1938 bestandenen, Dienstverhältnisse auszugehen. Ohne es auch nur mit einer Silbe zu betonen, durchbricht der Verfassungsgerichtshof die zweifellos von der Literatur hart erkämpfte Lehre der Kontinuitätstheorie⁶⁵⁴ bzw. schränkt diese, als ausschließlich auf den völkerrechtlichen Status Österreichs bezogen, ein⁶⁵⁵. In Bezug auf die Verfassungsrechtslage besteht hiernach keine Kontinuität, sondern eine unbedingte Diskontinuität zwischen der *ersten Republik* und der „Zweiten“ nach 1945. Da der bezeichnete Richter nicht nach Art. 86 B-VG zum Richter in der *zweiten Republik* ernannt worden war, kann er auch nicht den Schutz der Art. 87, 88 B-VG in Anspruch nehmen⁶⁵⁶. Dabei ist auffällig, dass der Verfassungsgerichtshof es nicht für notwendig erachtet, seiner Interpretation, im Hinblick auf die vorgenommene Einschränkung des Anwendungsbereichs der Kontinuitäts- und Okkupationstheorie, zumindest zu erläutern. Seine Begründung weist vielmehr pragmatisch opportunistische Züge auf, um einem Praxis gewordenen theoretischen Thema formal aus dem Weg zu gehen.

Die Annahme einer verfassungsrechtlichen Diskontinuität gegenüber der völkerrechtlichen Kontinuität, wäre für den Verfassungsgerichtshof nicht notwendig gewesen. Mit der *Entnazifizierung* und den allgemeinen politischen und gesellschaftlichen Bestrebungen, den wieder neu zu errichtenden Verwaltungsapparat der Republik Österreich von jeglichem deutschen, d.h. nationalsozialistischen, Einfluss und Personal zu befreien, wäre der Kontinuitätsgedanke grundsätzlich nicht nur zu vereinbaren, sondern auch zu begrüßen gewesen. Denn der *Liquidator* hätte bei den entsprechenden Personalentscheidungen die insoweit Betroffenen, auf dem Boden der *Okkupationstheorie*, nicht nur aus dem Dienstverhältnis des Deutschen Reichs, sondern eben zugleich auch aus dem Dienstverhältnis der fortbestehenden Republik Österreich entlassen. Lediglich für die *Richterschaft* ergibt sich insoweit ein folgenschweres Dilemma, weil die richterliche Unabhängigkeit und damit das *Verbot der Amtsenthebung* durch Art. 87, 88 Abs. 2 B-VG besonders gewährleistet ist. Während eine Entfernung der Beamten aus dem Dienstverhältnis durch den Liquidator also rechtlich zulässig gewesen wäre, hätte die Entfernung eines Richters gegen dessen verfassungsmäßig garantierte Rechte verstoßen.

⁶⁵³ *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 262

⁶⁵⁴ Vgl. dazu umfassend: *Adamovich*, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, S. 29 ff. mit weit. Nachw.; *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 262; *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 50 f. mit weit. Nachw.; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau 1945-1949, in: Isensee/Kirchhof, HStR I, Rdnr. 42 mit weit. Nachw.

⁶⁵⁵ Vgl. *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 363 ff. mit weit. Nachw.

⁶⁵⁶ VerfGH, Entscheidung v. 06.10.1948, B 150/48.

Sofern man die These von der *Kontinuität* des Staates Österreich also konsequent, d.h. insbesondere auch für die öffentlichen Dienstverhältnisse, anwendet, hätte sich der Verfassungsgerichtshof mit der, für diese Untersuchung interessanten, Frage beschäftigen müssen, ob die Entfernung ehemaliger NS-Richter durch den *Liquidator* in den Schutzbereich von Art. 87 Abs. 1 i.V.m. Art. 88 Abs. 2 B-VG eingreift und ob sich NS-Richter überhaupt auf Grundrechte oder grundrechtsgleiche Rechte, die dem Schutz einer freiheitlich demokratischen Grundordnung dienen, berufen können.

Offensichtlich war der österreichische Verfassungsgerichtshof aber nicht bereit, diese verfassungsrechtliche Diskussion aufzunehmen. Er führte deshalb in seinen Entscheidungen aus, dass sich kein Richter auf seine richterliche Stellung vor dem 13. März 1938 berufen kann, um den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit und des Art. 88 Abs. 2 B-VG in Anspruch zu nehmen. Durch den „Übertritt“ in die Dienste des deutschen Staates seien vielmehr sämtliche Richter aus dem österreichischen Staatsdienst *[freiwillig]* ausgeschieden und damit ihrer verfassungsrechtlich garantierten Rechte verlustig geworden⁶⁵⁷.

Diese Rechtsprechung lässt sich nur nachvollziehen, wenn man, dem Wort „Übertreten“ entsprechend, von einem freiwilligen Wechsel der österreichischen Richter in den deutschen Staatsdienst ausgeht. Rechtslogisch kann man nur dann die Ansicht nachvollziehen, dass die Richter der Republik Österreich nach dem Anschluss „freiwillig“ in den Dienst des deutschen Staates getreten seien und dadurch auf ihre Rechte und Garantien der österreichischen Verfassung verzichtet haben. Schließlich gewährleistete auch die Weimarer Reichsverfassung, die 1938 zumindest formell auf dem gesamten Staatsgebiet des Deutschen Reichs und auch in Österreich in Kraft war⁶⁵⁸, die Garantien der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 102 WRV) und das indirekte Verbot einer Amtsenthebung in Form des Schutzes der persönlichen Unabhängigkeit (Art. 104 WRV). Durch den Wechsel der Richter in den Staatsdienst des Deutschen Reichs, wäre damit also nur das verfassungsrechtliche „Gewand“ gewechselt worden.

Dennoch verbleiben auch bei dieser Sichtweise *verfassungsrechtliche Bedenken*. So bleibt im Unklaren, ob auf die Garantien der richterlichen Unabhängigkeit und Unversetzbarkeit überhaupt einseitig verzichtet werden kann, da dieser Status eines Richters gerade wesentlicher Bestandteil der rechtssprechenden Gewalt in einem demokratischen Rechtsstaat ist. Rechtsprechung kann nur eine solche Tätigkeit sein, die von einem unabhängigen Richter ausgeübt wird⁶⁵⁹. Sie ist damit nicht nur ein Recht, sondern zugleich

⁶⁵⁷ Vgl. etwa VerfGH Slg. 1688/48, S. 214, 215

⁶⁵⁸ Zur formellen Fortwirkung der Weimarer Verfassung und zur Geltung in Österreich siehe ausführlich oben unter: B., II., 2., c), cc) (S. 110 ff.)

⁶⁵⁹ Siehe bereits oben unter: B., II., 2., b., bb. (S. 100 ff.)

auch eine Verpflichtung. Die Verfassung verpflichtet den Richter dazu, seine Tätigkeit als Organ der Rechtsprechung frei und unabhängig auszuüben. Dieser Pflicht kann sich ein Richter nicht dadurch entziehen, dass er sie freiwillig aufgibt, in dem er in den Staatsdienst des Deutschen Reichs wechselt, mag sie dort auch in ähnlicher Form verfassungsrechtlich verankert sein oder nicht. Anders liegt dies freilich dann, und insoweit ist die Auffassung des Verfassungsgerichtshofs konsequent und nachvollziehbar, wenn ein Richter nicht nur in den deutschen Staatsdienst wechselt, sondern dort zugleich sein Richteramt aufgibt und in den Justizdienst, etwa als Staatsanwalt, übernommen wird⁶⁶⁰. Staatsanwälten stand weder im Dienst der Republik Österreich noch im Deutschen Reich die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit zu. Mit dem Ausscheiden aus dem Richteramt gibt der Richter daher diese Privilegien freiwillig, d.h. in dem Wissen auf, dass er sich zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr auf sie berufen kann⁶⁶¹.

Die *Okkupationstheorie*⁶⁶² besagt, dass die völkerrechtswidrige Annexion Österreichs durch die Nationalsozialisten die staatliche *Kontinuität* der Republik Österreich nicht beeinträchtigt hat. Da der Anschluss und alle damit verbundenen rechtlichen Folgen für nichtig erklärt und die Republik im Geiste der Verfassung von 1920/29 wiederhergestellt wurde, darf der Gedanke einer *Kontinuität* sich nicht nur auf die Qualität des Staates als bloßes Völkerrechtssubjekt beschränken. Im Gegensatz zu den politischen und rechtlichen Debatten, im Rahmen der Staatsgründung nach dem ersten Weltkrieg, bei denen es ebenfalls um die Fragen einer *Kontinuität* bzw. *Diskontinuität* eines Staates ging⁶⁶³, waren die Beweggründe der Vertreter der *Okkupationstheorie* nach dem zweiten Weltkrieg ganz anderer Art. Österreich sollte von den nationalsozialistischen Besatzern rückstandslos befreit werden. Eine Annexion, mit der Moskauer Deklaration verstanden als eine gewaltsame und erzwungene Eingliederung eines fremden Staates, widerspricht bereits von ihrem Begriffsverständnis einer freien Entscheidung und unabhängigen Willensbildung. Es ist deshalb auch nicht einzusehen, weshalb einerseits die Republik Österreich die Zeit der nationalsozialistischen Besatzung überdauert haben soll, weil das Staatsvolk als Träger der Staatsgewalt weiter fortbestand, die zahlreichen Staatsbeamten und Richter aber andererseits freiwillig in den deutschen Staatsdienst wechselten und dadurch jede dienstrechtliche Beziehung zu der fortbestehenden Republik Österreich aufgegeben haben sollen. Damit käme den Beamten und Richtern schließlich eine *Zwitterstellung* zu, in der sie zum einen zwar Teil des österreichischen Staatsvolkes und damit integraler Bestandteil der handlungsunfähigen österreichischen Staatsgewalt waren, zum anderen aber

⁶⁶⁰ Zu diesem Fall siehe VerfGH Slg. 1827/49, S. 242, 243

⁶⁶¹ VerfGH Slg. 1827/49, S. 242

⁶⁶² Vgl. *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 262; *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 50 f. mit weit. Nachw.; *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945 -1949, in: HStR I, Rdnr. 42 mit weit. Nachw.

⁶⁶³ Vgl. etwa *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 189 f.

dienstrechtlich der deutschen Staatsgewalt unterstanden und ihre Treue, bei der Ausübung ihrer Dienstpflichten, auf die Person des *Führers* schworen⁶⁶⁴. Ein solches Ergebnis widerspricht allen logischen Denkgesetzen.

Es besteht nur eine Möglichkeit, die *Okkupationstheorie* sinnvoll und widerspruchsfrei aufrecht zu erhalten, indem man nämlich konsequent auch von einer *Kontinuität* der, zum Zeitpunkt des Anschlusses 1938, bereits bestandenen Dienstverhältnisse ausgeht. Diese Ansicht erkennt der Verfassungsgerichtshof etwa in seiner Entscheidung vom 30. Juni 1949⁶⁶⁵ eigentlich selbst, indem er in einem ähnlichen Fall in den entscheidenden Passagen ausführt:

„[...] Der Beschwerdeführer, wurde im Jahr 1938 in den Justizdienst des Deutschen Reichs übernommen. Damit hat er die Eigenschaft eines österreichischen Richters im Sinne des Art. 86 B-VG verloren und kann deshalb den Schutz des Art. 88 Abs. 2 B-VG für sich nicht in Anspruch nehmen [...].“

Sodann fährt das Gericht ergänzend fort:

„[...] Der Beschwerdeführer [...] meint aber, dass das B-ÜG kein geeignetes Mittel sei, um ehemalige österreichische Richter aus dem Dienst auszuschneiden, eben weil ihnen der besondere Schutz des Art. 88 Abs. 2 B-VG zukomme. Das B-ÜG ist jedoch, wenn auch nicht selbst ein Verfassungsgesetz, so doch durch § 41 Abs. 3 der vorläufigen Verfassung vom 1. Mai 1945, StGBI. Nr. 5, gedeckt. Es ist dabei belanglos, dass sich das B-ÜG auf diese Verfassungsbestimmung, die es der Gesetzgebung überlässt, bis zum 31. Dezember 1946 Ausnahmen von dem im § 41 Abs. 1 und abs. 2 der vorläufigen Verfassung ausgesprochenen Grundsatz der richterlichen Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit festzulegen, nicht ausdrücklich beruft. Das erklärt sich einfach daraus, dass das B-ÜG nicht bloß das Dienstverhältnis der Richter, sondern auch der Verwaltungsbeamten zum Gegenstand hat, für die § 41 der vorläufigen Verfassung nicht gilt. Jedenfalls ist das Gesetz im Zeitpunkt der Geltung der Vorläufigen Verfassung erlassen worden und war daher geeignet, eine Ausnahme von der richterlichen Unabsetzbarkeit im Sinne des § 41 Abs. 3 der vorläufigen Verfassung zu schaffen [...].“⁶⁶⁶

Gerade dieser letzte Teil der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs, „dass das Behörden-Überleitungsgesetz (B-ÜG) im Zeitpunkt der Geltung der vorläufigen Verfassung erlassen worden [war] und daher geeignet gewesen sei, eine Ausnahme von der richterlichen Unabsetzbarkeit i.S.d. § 41 Abs. 3 der vorläufigen Verfassung zu schaffen“,

⁶⁶⁴ Zum Treueeid der österreichischen Beamten und Richter auf Adolf Hitler, vgl. Schwarz, NS-Richter in Österreich, in: Kohl/Reiter-Zatloukal (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft, S. 129 mit weit. Nachw.

⁶⁶⁵ VerfGH Slg. 1827/49, S. 242-246

⁶⁶⁶ Zitiert nach: VerfGH Slg. 1827/49, S. 243

spricht dafür, dass der Verfassungsgerichtshof mit dieser Argumentation vom Fortbestand der richterlichen Dienstverhältnisse im Sinne einer Kontinuität ausgeht. Denn die beiden Argumente, dass einerseits Richter durch den Übergang in den Justizdienst des Deutschen Reichs ihren Richterstatus nach Art. 86 B-VG und ihre richterlichen Privilegien nach Art. 88 Abs. 2 B-VG verloren hätten, und andererseits aber im Rahmen der Kompetenzregelungen des Behörden-Überleitungsgesetzes, welches eine Ausnahme von der richterlichen Unabsetzbarkeit i.S.d. § 41 Abs. 3 der *Vorläufigen Verfassung* darstelle, aus ihrem Richteramt entlassen werden können, stehen in Widerspruch zueinander.

Entweder die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse zur Republik Österreich sind erloschen, dann ist es konsequent anzunehmen, dass sich die Richter nicht auf die Garantien des Art. 88 Abs. 2 B-VG bzw. § 41 Abs. 2 V-V 1945 berufen können oder die Dienstverhältnisse bestehen auf Grundlage der Kontinuitätstheorie grundsätzlich solange weiter fort, bis sie von der zuständigen Stelle beendet werden. Sofern sich der Verfassungsgerichtshof also auf den Standpunkt stellt, dass der *Liquidator* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs die zuständige Stelle sei, um die richterlichen Dienstverhältnisse zu beenden und dass das B-ÜG eine diesbezügliche Ausnahmebestimmung im Sinne von § 41 Abs. 3 V-V 1945 – von den auch in der *Vorläufigen Verfassung* garantierten Richterprivilegien – sei, geht er von einer Kontinuität der Dienstverhältnisse aus. Anderenfalls ist es unnötig im B-ÜG eine Ausnahmeregelung nach § 41 Abs. 3 V-V 1945 zu sehen. Denn eine Ausnahme ist nur dann überhaupt erforderlich, wenn die Dienstverhältnisse fortbestehen. Sind sie dagegen erloschen, bedarf es nicht der Konstituierung einer Ausnahmeregel.

Die Argumentationslinie des Verfassungsgerichtshofs in seinen Entscheidungen ist also keinesfalls einheitlich und schlüssig, lediglich das Ergebnis ist eindeutig: Die Richter sollten ihre Eigenschaft als österreichische Richter im Sinne von Art. 86 B-VG verloren haben und deshalb auch nicht den Schutz des Art. 88 Abs. 2 B-VG (Unabsetzbarkeit) für sich in Anspruch nehmen können⁶⁶⁷. Ohne dies explizit auszusprechen, gehen die Verfassungsrichter in der Entscheidung vom 30. Juni 1949 von der *Kontinuität* der bereits vor dem Anschluss 1938 bestandenen richterlichen Dienstverhältnisse aus, in dem sie folgerichtig darauf abstellen, dass das Behörden-Überleitungsgesetz (B-ÜG) eine Ausnahme i.S.v. § 41 Abs. 3 der vorläufigen Verfassung vom 1. Mai 1945⁶⁶⁸ darstellt.

§ 41 der vorläufigen Verfassung hat folgenden Wortlaut:

(1) In der Gerichtsverfassung wird eine Altersgrenze bestimmt, nach deren Erreichung die Richter in den dauernden Ruhestand zu versetzen sind.

⁶⁶⁷ Vgl. etwa VerfGH Slg. 1687/48, 1688/48, 1827/49

⁶⁶⁸ StGBI. 5/1945

(2) Im Übrigen dürfen Richter nur in den vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen und auf Grund eines gerichtlichen Erkenntnisses ihres Amtes entsetzt oder wider ihren Willen an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden.

(3) Ausnahmen von den Bestimmungen der Abs. (1) und (2) können bis 31. Dezember 1946 durch Gesetz festgelegt werden.

Sofern der Verfassungsgerichtshof also davon ausgeht, dass das Behörden-Überleitungsgesetz eine solche Ausnahmebestimmung i.S.v. § 41 Abs. 3 der vorläufigen Verfassung beinhalte, so bedeutet dies im Umkehrschluss, dass die Richter bereits in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu Republik Österreich gestanden haben mussten.

Allerdings muss auch bei dieser Interpretation der historische Hintergrund, vor dem die *Vorläufige Verfassung* und das Behörden-Überleitungsgesetz standen, berücksichtigt werden. Der mit den Kriegszerstörungen des zweiten Weltkriegs verbundene Personalmangel, die Besetzung Österreichs durch die Alliierten sowie die vorherige Auslöschung eines eigenständigen Staats- und Verwaltungsapparats durch die Nationalsozialisten führten dazu, dass die Bundesverfassung von 1920/29 nicht so zeitnah wieder vollständig wirksam und praktisch umgesetzt werden konnte, wie dies die Verfasser der *Unabhängigkeitserklärung* offenbar beabsichtigten. Schließlich fehlte es an den für einen demokratischen Rechtsstaat erforderlichen Voraussetzungen, wie etwa einem vom Volk gewählten Parlament als entscheidendes Gesetzgebungsorgan, das im Rahmen verfassungsrechtlich vorgesehener Gewaltenteilung bzw. Funktionentrennung die maßgeblichen Rechtsgrundlagen für das Handeln von Regierung und Verwaltung und die Kontrolle durch die unabhängige Richterschaft bereitstellt. Diese tatsächlichen Voraussetzungen mussten erst wiederhergestellt werden, womit die Provisorische Staatsregierung von den Alliierten beauftragt wurde. Das „Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über das neuerliche Wirksamwerden des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929 (Verfassungs-Überleitungsgesetz, V-ÜG)“ der Provisorischen Staatsregierung, bestimmte deshalb in Artikel 4, „*dass an die Stelle der Bestimmungen des B-VG in der Fassung von 1929, die infolge der Lahmlegung des parlamentarischen Lebens in Österreich seit [dem] 5. März 1933, infolge der gewaltsamen Annexion Österreichs oder infolge der kriegesischen Ereignisse tatsächlich undurchführbar geworden sind, einstweilen die Bestimmungen des Verfassungsgesetzes über die vorläufige Einrichtung der Republik Österreich (vorläufige Verfassung) treten*“.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des Art. 4 V-ÜG ist es deshalb also fehlerhaft, die richterlichen Dienstverhältnisse überhaupt an der Bestimmung des Art. 88 Abs. 2 B-VG in

der Fassung von 1920/29 zu messen, weil § 41 Abs. 2 der *Vorläufigen Verfassung* dieselbe Vorschrift enthält. Demnach handelt es sich bei dem in Art. 88 Abs. 2 B-VG postulierten *Gebot der persönlichen Unabhängigkeit* bzw. dem Verbot der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit also um *eine Bestimmung*, die i.S.v. Art. 4 V-ÜG *undurchführbar geworden* ist. Entscheidungserheblich für die Frage, ob die Entfernung ehemaliger NS-Richter durch den „Liquidator für die Einrichtungen und Behörden des Deutschen Reichs“ gegen das Verbot der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit verstößt, ist also ausschließlich § 41 Abs. 2 der *Vorläufigen Verfassung* und nicht Art. 88 Abs. 2 B-VG. Ansonsten wäre es überflüssig gewesen, das Verbot der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit noch einmal extra in der *Vorläufigen Verfassung* aufzunehmen, wenn Art. 88 Abs. 2 B-VG nach wie vor anwendbar wäre.

Folgerichtig kann man daher auf dem Boden der *Okkupationstheorie* davon ausgehen, dass die richterlichen Dienstverhältnisse, die bereits vor dem Anschluss an das Deutsche Reich mit der Republik Österreich begründet waren, zwar weiter fortbestanden, allerdings aus den in Art. 4 V-ÜG aufgezeigten Gründen seit dem 1. Mai 1945 nicht mehr unter den Schutzbereich von Art. 88 Abs. 2 B-VG fielen, sondern stattdessen unter § 41 Abs. 2 der *Vorläufigen Verfassung*.

Insoweit konsequent ist es daher, noch mit dem Verfassungsgerichtshof davon auszugehen, dass § 41 Abs. 3 V-V 1945 Ausnahmen von § 41 Abs. 2 V-V 1945 zulässt. Allerdings ist fraglich, ob das Behörden-Überleitungsgesetz (B-ÜG) geeignet ist, eine solche Ausnahmeregelung darzustellen. Das B-ÜG bestimmt schließlich in seinem § 2 nur, „dass die Personalstände, für die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Personen, neu gebildet werden“ und führt dann in § 7 weiter aus, dass diese Neubildung durch *förmliche „Ernennung“* erfolgt. Allerdings bestanden die Dienstverhältnisse solange weiter fort, bis die Betroffenen übernommen oder aus dem Dienst ausgeschieden wurden. Die einzige Regelung im B-ÜG die demnach geeignet wäre, eine Ausnahme i.S.v. § 41 Abs. 3 V-V 1945 darzustellen, findet sich in § 1 Abs. 2 B-ÜG. Diese Vorschrift besagt, dass ein Beauftragter des Staatskanzlers (der sog. „Liquidator für die Behörden und Einrichtungen des Deutschen Reichs“) mit der Liquidation der Ämter und Behörden des *Deutschen Reichs* beauftragt wird.

Es ist nicht einzusehen, inwiefern diese Bestimmung überhaupt geeignet sein soll, eine Ausnahme vor dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit im Sinne des Verbots der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit nach § 41 Abs. 2 V-V 1945 darzustellen. Wie bereits mehrfach dargelegt wurde, ist die richterliche Unabhängigkeit wesentlicher Bestandteil der Gewaltenteilung und tragende Säule eines Rechtsstaats. Dies gilt gerade für die persönliche Unabhängigkeit, d.h. den Schutz vor Versetzung oder Amtsenthebung. Die neutrale Ausübung rechtssprechender Gewalt ist nicht mehr gewährleistet, wenn das

Richterpersonal Eingriffen durch Regierung oder Behörden der öffentlichen Verwaltung ausgesetzt ist oder solche befürchten muss. Dieser Schutz sollte auch durch die *Vorläufige Verfassung* gewährleistet werden, war sie doch nur ein praktisch notwendiger Zwischenschritt, um zu dem verfassungsrechtlichen Zustand von 1929 zurückzukehren. Es würde den Zielsetzungen der verantwortlichen Verfasser der *Unabhängigkeitserklärung* widersprechen, wollte man der *Vorläufigen Verfassung* unterstellen, dass sie staatliche Eingriffe von Regierung und Behörden der öffentlichen Verwaltung in die persönliche Unabhängigkeit von Richtern auf die gleiche Weise legitimieren wollte, wie einst das nationalsozialistische Terrorregime, vor dessen Hintergrund sie entstanden ist. Aus diesem Grund ist der Wortlaut von § 41 Abs. 2 nahezu identisch mit der Bestimmung des Art. 88 Abs. 2 B-VG. Beide Vorschriften bringen zunächst zum Ausdruck, dass Eingriffe in das Verbot der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit nur in den von einem Gesetz vorgeschriebenen Fällen erfolgen dürfen. Damit ist jedoch wesentlich mehr als nur ein einfacher Gesetzesvorbehalt verbunden. Vielmehr müssen solche Gesetze auch in einer besonderen Weise inhaltlich derart bestimmt sein, dass sie die Fälle selbst normieren und nicht etwa deren Festlegung dem Ermessen des zur Entscheidung berufenen richterlichen Organs überlassen⁶⁶⁹. Nicht zuletzt ist entscheidend, dass die Ab- bzw. Versetzung nur durch einen Richter erfolgen darf, d.h. von einem Organ der rechtsprechenden Gewalt und gerade nicht von der Exekutive⁶⁷⁰.

Alle diese Voraussetzungen erfüllt das *Behörden-Überleitungsgesetz (B-ÜG)* nicht. Dies ist auch nicht erforderlich, weil das B-ÜG schließlich in einem ganz anderen Zusammenhang steht. § 1 Abs. 1 B-ÜG formuliert insoweit unmissverständlich, „*dass die für das Gebiet Österreich oder deren Teilbereiche bestehenden Behörden, Ämter, Anstalten, Unternehmungen und sonstigen Einrichtungen des Deutschen Reichs aufgelöst [sind]*“. Es befasst sich also inhaltlich ausschließlich mit der Liquidierung des *Deutschen Reichs* einschließlich seiner Untergliederungen in Österreich und gerade *nicht mit den Dienstverhältnissen und/oder den Behörden der Republik Österreich*.

Gegenüber dem Deutschen Reich und der Republik Österreich besteht *Diskontinuität*. Dementsprechend ist es konsequent davon auszugehen, dass diejenigen Dienstverhältnisse, die zwischen dem 13. März 1938 und dem 27. April 1945 entstanden, automatisch erloschen sind und erst durch eine *formelle Überleitung auf die Republik Österreich wieder neu begründet* wurden. Verfehlt wäre es aber, einen derartigen Status auch für diejenigen Beamten und Richter anzunehmen, die bereits 1938, d.h. insbesondere sogar noch vor dem 5. März 1933 – dem Anknüpfungspunkt für die Rückwirkungsfunktion

⁶⁶⁹ *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in: Schambeck, Das österreichische Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 468 mit weit. Nachw.

⁶⁷⁰ *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in: Schambeck, Das österreichische Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 468 mit weit. Nachw.

des Verfassungs-Überleitungsgesetzes (V-ÜG 1945) – in einem öffentlichen Dienstverhältnis der Republik Österreich standen, weil die *Okkupationstheorie* von einer *Kontinuität* des Staates und damit auch der Dienstverhältnisse ausgeht.

Da die Provisorische Staatsregierung bestrebt war, den verfassungsrechtlichen Zustand von 1929 wiederherzustellen und für die Übergangszeit eine *Vorläufige Verfassung* konstituierte, musste man den Beamten und Richtern der Republik Österreich, denen der Anschluss an das Deutsche Reich und der damit verbundene Staatsdienst unfreiwillig „aufgezwungen“ wurde, auch den Schutz dieser Verfassung zukommen lassen. Für die Beamten war dieser Schutz von untergeordneter Bedeutung, da das österreichische Recht nicht den Schutz sog. wohlerworbener Rechte kennt und insoweit eine Liquidierung nach dem Behörden-Überleitungsgesetz rechtlich einwandfrei war, ohne gegen verfassungsrechtliche Bestimmungen zu verstoßen. Anders sieht dies dagegen bei den Dienstverhältnissen der Richter aus, die durch das B-VG, insbesondere aber auch durch die identische Bestimmung des § 41 Abs. 2 V-V 1945 besonders geschützt sind. Ein Eingriff in § 41 Abs. 2 kann nicht durch eine Bestimmung des B-ÜG i.V.m. § 41 Abs. 3 V-V 1945 verfassungsrechtlich rechtfertigt werden, weil der Liquidator nach § 1 Abs. 2 B-ÜG nur befugt ist, diejenigen Dienstverhältnisse zu beenden, welche mit dem *Deutschen Reich* begründet waren.

Wie eingangs bereits erwähnt, hätte der österreichische Verfassungsgerichtshof daher über die Frage der *Kontinuität* oder *Diskontinuität* zweimal entscheiden müssen, und zwar nicht nur im Zusammenhang der dienstrechtlichen Beziehungen zwischen der Republik Österreich und dem Deutschen Reich, sondern auch für die dienstrechtlichen Beziehungen der *ersten Republik* Österreich bis zum 13. März 1938 und der *zweiten Republik* ab 1945. So schwebt über den erfolgten Liquidierungen ehemaliger Richter der NS-Zeit die Ungewissheit mangelnder verfassungsrechtlicher Rechtfertigung, da es an einer geeigneten Ermächtigungsgrundlage für den *Liquidator* fehlte. Diese Ungewissheit soll im nachfolgenden Kapitel beseitigt werden.

c) Verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Entlassungsverfügungen des „Liquidators“ von NS-Richtern auf Grundlage der Rechtsvergleichung

Die Frage, ob sich Richter – die in ihrer langjährigen Dienstlaufbahn zur Zeit der Verfassungsnovelle von 1929 bereits als Richter tätig waren und diesen Status weder in der Zeit des *Austrofaschismus* noch während der nationalsozialistischen Besatzung

verloren haben – auf die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit in Form des Verbots der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit, zumindest einer der in diesem Zeitraum geltenden Verfassungen berufen können, kann nicht anhand des Theorienstreits über Fortbestand oder Untergang der Republik Österreich und die daraus resultierenden vermeintlichen Konsequenzen auf die innerstaatliche Verfassungsrechtslage gelöst werden. Dafür hätte der Verfassungsgerichtshof – ähnlich wie das Bundesverfassungsgericht in Deutschland in seiner Entscheidung über das Dienstverhältnis der Beamten vom 17. Dezember 1953 – eine Aussage zum dienstrechtlichen Status aller Staatsbediensteten, nach der Loslösung Österreichs vom NS-Staat am 27. April 1945, treffen müssen. Dies ist jedoch nicht geschehen. Vielmehr ist er einer vergleichbaren Klarstellung für die Rechtslage in Österreich mit einer formalistischen Begründung aus dem Weg gegangen.

Die herrschende Staatsrechtlehre war bemüht, die *staatsrechtliche Kontinuität* der Republik Österreich über den 13. März 1938 hinaus aufrecht zu erhalten, während innenpolitisch bereits mit dem Begriff der *zweiten Republik* ein verfassungsrechtlicher Bruch vollzogen und ein Schlussstrich unter die unrühmliche Vergangenheit während der Zeit des *Austrofaschismus*⁶⁷¹ und insbesondere der nationalsozialistischen Besatzung gezogen wurde. Über diesen rechtslogischen Widerspruch, zwischen den Regeln des allgemeinen Völkerrechts und der innerstaatlichen Verfassungsrechtslage, könnte man möglicherweise leichter hinwegsehen, wenn von Seiten des Verfassungsgerichtshofs der Grundsatz der verfassungsrechtlichen *Diskontinuität* ausdrücklich nicht nur auf die rechtlichen Beziehungen zum Deutschen Reich und die Zeit des Nationalsozialismus, sondern gerade auch auf die Zeit davor, d.h. der *ersten Republik* Österreich bis zum Anschluss am 13. März 1938 bezogen worden wäre. Das Verfassungs-Überleitungsgesetz 1945 (V-ÜG) bringt dies wenigstens insoweit zum Ausdruck, als es in seinem Art. 3 auch alle diejenigen Verfassungsgesetze aufhebt, die zur Zeit des *Austrofaschismus*, zwischen dem 5. März 1933 und dem Anschluss an das Deutsche Reich 1938, entstanden sind. Offen bleibt jedoch, weshalb auf der einen Seite das völkerrechtliche Fortbestehen der Republik Österreich bejaht wird, zugleich aber durch das V-ÜG 1945 eine verfassungsrechtliche Trennung zwischen dem Zeitraum von 1918 – 1929 und der Zeit des *Austrofaschismus* (1933 – 1938) und der *Okkupation* durch das Deutsche Reich (1938 – 1945) vorgenommen wird. Damit ergibt sich nämlich eine faktische „Dreiteilung“ dessen, was unter dem Begriff der „Republik Österreich“ eigentlich zu verstehen ist oder – anders ausgedrückt: Es stellt sich die Frage, in der wievielten Republik man sich seit 1945 überhaupt befindet: Völkerrechtlich wird sowohl die Zeitspanne des *Austrofaschismus* als auch die Zeit der nationalsozialistischen Besatzung völlig negiert, und man spricht vom Fortbestand der

⁶⁷¹ Dazu umfassend *Wohnout*, Die Verfassung 1934 im Widerstreit der unterschiedlichen Kräfte im Regierungslager, in: *Reiter-Zatloukal/Rothländer/Schölnberger*, Österreich 1933-1938, S. 17 ff.

Republik Österreich seit der Gründung 1918 über 1938 und 1945 hinaus⁶⁷². Politisch und dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend, ist die Kontinuität der Republik Österreich nicht durch den austrofaschistischen Ständestaat, wohl aber durch die nationalsozialistische Besatzung seit 1938 unterbrochen worden, weshalb nach 1945 Österreich als *zweite Republik* wiedererrichtet wurde. Verfassungsrechtlich kehrt man durch das V-ÜG nach 1945 zum Zustand des B-VG in seiner Fassung von 1920/29 zurück. Der Zeitraum zwischen der Verfassungsnovelle vom 7. Dezember 1929⁶⁷³ bis zum 5. März 1933 – der im Hinblick auf rechtsstaatliche Anforderungen nicht zu beanstanden sein dürfte – wird dabei aber genauso ausgeklammert wie die Zeit des *Austrofaschismus* (1933 – 1938) und des Nationalsozialismus (1938 – 1945). Damit lässt sich verfassungsrechtlich für die Zeit nach 1945 die Bezeichnung Österreichs als (nach wie vor) *erste Republik*⁶⁷⁴ genauso rechtfertigen wie die der *zweiten Republik*, wenn man auf den Wortlaut des Art. 3 V-ÜG 1945 abstellt, welcher hinsichtlich seiner Rückwirkungsfiction am 5. März 1933 ansetzt, oder sogar den einer „dritten Republik“⁶⁷⁵, sofern man den Zeitraum des *Austrofaschismus* (1933 – 1938) – der mit der nationalsozialistischen Besatzung nicht zu vergleichen sein dürfte – als insoweit eigene staatsrechtlich relevante Periode bezeichnet.

Dieses Durcheinander an Erklärungsversuchen und Begriffsdefinitionen erscheint wahllos und beliebig. Festgehalten werden kann jedenfalls, dass es zwar zutreffend ist, von einer verfassungsrechtlichen Diskontinuität für die Zeitspanne zwischen dem 5. März 1933 und dem 27. April 1945 auszugehen, weil das V-ÜG 1945 diese Sichtweise nahelegt, indem es sämtliche Verfassungsgesetze in dieser Zeit für aufgehoben erklärt. Einem Richter aber, der *vor dem 5. März 1933 bereits ordnungsgemäß ernannt* war, nach 1945 sein Recht abzusprechen, sich auf die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit in Gestalt des Verbots der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit zu berufen, ist nicht mit der pauschalen Begründung vertretbar, dass eine verfassungsrechtliche Diskontinuität für die Zeit zwischen dem 5. März 1933 und dem 27. April 1945 bestünde, wenn man später wieder an den verfassungsrechtlichen Zustand von 1920/29 anknüpft.

Ob sich Richter, die bereits vor dem 5. März 1933 und noch nach dem 27. April 1945 im Staatsdienst der Republik Österreich und/oder des Deutschen Reichs befanden, auf die verfassungsrechtliche Garantie des Verbots der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des B-VG 1920/29 oder der *Vorläufigen Verfassung* berufen können, setzt eine rechtssystematische Untersuchung des Richterbegriffes sowie der Rechtsprechung voraus und keine Bewertung der jeweils unterschiedlichen völkerrechtlichen, politischen und verfassungsrechtlichen Interessenlage nach 1945. Im Ergebnis ist nämlich unklar und bei

⁶⁷² Siehe dazu bereits oben unter: B., III., 3., a) (S. 147 ff.)

⁶⁷³ BGBl. Nr. 367

⁶⁷⁴ In diesem Sinne wohl *Berka*, Verfassungsrecht, S. 11

⁶⁷⁵ In diesem Sinne *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 67

der bisherigen Diskussion unberücksichtigt geblieben, inwieweit eine trennscharfe Unterscheidung zwischen völkerrechtlicher Kontinuität und politischer sowie verfassungsrechtlicher Diskontinuität überhaupt möglich ist.

Bereits an anderer Stelle wurde ausgeführt⁶⁷⁶, dass man unter richterlicher Tätigkeit als Bestandteil der Rechtsprechung „*die verbindliche Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten durch eine unabhängige, allein an Gesetz und Recht gebundene staatliche Instanz in einem mit besonderen Garantien ausgestalteten Verfahren*“ versteht⁶⁷⁷. Wesentliche Voraussetzung der Rechtsprechung als Staatsfunktion ist also zunächst einmal die *Existenz eines Staates*, der sich dann wiederum zur Ausübung der Gerichtsbarkeit der Personengruppe von unabhängigen Richtern bedient. Die Frage, ob die Republik Österreich ein Staat im Sinne dieser Begriffsbestimmung ist, wie lange diese Staatlichkeit anhielt und ob sie etwa durch das austrofaschistische Regime (1934 – 1938) oder durch die Zeit der nationalsozialistischen Besatzung (1938 – 1945) zu bestehen aufgehört hat oder unterbrochen wurde, ist ausschließlich völkerrechtlich relevant, nicht aber staats- und damit verfassungsrechtlich. Unstreitig hat die Republik Österreich die Zeit des *Austrofaschismus* als Völkerrechtssubjekt überdauert; nach der insoweit herrschenden *Okkupationstheorie* auch die Zeit des Nationalsozialismus⁶⁷⁸. Damit war also der ursprüngliche Dienstherr – die Republik Österreich – grundsätzlich die gesamte Zeit über existent.

Eine ganz andere Frage ist dagegen, ob die innerstaatliche Ausgestaltung des Richterdienstverhältnisses, im Sinne der dargestellten Begriffsdefinition, noch den rechtsstaatlichen Anforderungen einer unabhängigen Rechtsprechung genügt; dies ist auf der Grundlage des österreichischen Verfassungsrechts zu klären. Insoweit dürfte es zwar nicht für das austrofaschistische Regime (1934 – 1938), jedenfalls aber für die Besatzungszeit Österreichs vom 13. März 1938 bis zum 27. April 1945 sachgerecht erscheinen, rechtsvergleichend auf die Feststellungen und Kriterien des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung vom 17. Dezember 1953⁶⁷⁹ zurückzugreifen. Eine geltungserhaltende österreichische Verfassung hatte es in dieser Zeit nämlich nicht gegeben; es galt zumindest formell die Weimarer Reichsverfassung⁶⁸⁰.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung umfassend dargelegt, auf welche Art und Weise die Beamtenverhältnisse durch das NS-Regime entartet und pervertiert und damit die Garantien der Weimarer Verfassung ausgehebelt wurden, sodass

⁶⁷⁶ Siehe oben unter: B., II., 2. (S. 95 ff.)

⁶⁷⁷ Maurer, Staatsrecht I, § 19 Rdnr. 5 mit weit. Nachw.

⁶⁷⁸ Vgl. dazu umfassend: Adamovich, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (1971), S. 30 f. mit weit. Nachw.

⁶⁷⁹ BVerfGE 3, S. 58 ff. = NJW 1954, S. 21 ff.

⁶⁸⁰ Vgl. dazu ausführlich oben unter B., II., 2., c), cc) (S. 110 ff.)

man sie letztlich nicht mehr als ein Staatsbeamtentum, sondern vielmehr als ein Regimebeamtentum einordnen und verstehen musste⁶⁸¹. Folgerichtig wurde den Dienstverhältnissen ein Fortbestehen über das Datum des 8. Mai 1945 hinaus – dem Untergang des NS-Regimes – versagt⁶⁸². Im Rahmen dieser Untersuchung wurde ausführlich erläutert, weshalb diese Rechtsprechung auch auf das Dienstverhältnis der Richter Anwendung finden muss⁶⁸³.

Für die österreichische Verfassungsrechtslage ist insoweit natürlich nicht von Bedeutung, dass das Bundesverfassungsgericht die Dienstverhältnisse der Beamten und Richter zum Deutschen Reich für erloschen erklärt, denn diese Entscheidung einer Diskontinuität zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Österreich hat die Provisorische Staatsregierung selbst getroffen und ist vom österreichischen Verfassungsgerichtshof mehrmals bestätigt worden⁶⁸⁴. Entscheidend ist aber der *Ausgangspunkt der Entscheidung*: Das verfassungsrechtlich garantierte Gebot der richterlichen Unabhängigkeit wurde durch die Nationalsozialisten – wie dargelegt – ausgehöhlt. Richter sahen sich daher auch in Österreich nach dem 13. März 1938 staatlichen Eingriffen in Form von Entlassungen und Zwangsversetzungen durch die Nationalsozialisten⁶⁸⁵ ausgeliefert und unterstanden dem Führerbefehl, dem nach damals h.M. „Gesetzeskraft“ zukam. Damit handelte es sich bei den NS-Richtern nicht mehr um Richter in einem traditionell rechtsstaatlichen Sinn. Anders, als dies der österreichische Verfassungsgerichtshof teilweise darstellt⁶⁸⁶, hatten die österreichischen Richter nicht bereits deshalb ihren Status als (unabhängige) Richter verloren, weil sie (freiwillig) in den Staatsdienst des Deutschen Reichs wechselten, sondern weil Richter im Dienst des NS-Regimes *per definitionem* keine mit der erforderlichen Unabhängigkeit ausgestatteten Richter mehr waren, die ihre Funktion einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden, auch sachlich unabhängigen Rechtsprechung ausübten⁶⁸⁷.

So wie sich alle diejenigen Richter, die nach dem Anschluss 1938 von den Nationalsozialisten „entlassen“ bzw. ihres Amtes enthoben oder in Konzentrationslager deportiert wurden, nicht auf das Verbot der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit nach Art. 87, 88 Abs. 2 B-VG oder die Garantie der persönlichen Unabhängigkeit nach Art. 104 WRV berufen konnten, weil diese verfassungsrechtlichen Bestimmungen allenfalls auf dem Papier standen, jedoch faktisch keine Wirksamkeit mehr entfalteten, konnten

⁶⁸¹ BVerfGE 3, S. 58 ff. = NJW 1954, S. 21 ff.

⁶⁸² BVerfGE 3, S. 58 ff. = NJW 1954, S. 21 ff.

⁶⁸³ Siehe oben unter: B., III., 2., a) (S. 126 ff.)

⁶⁸⁴ Ausführlich siehe oben unter B., III., 3., b) (S. 151 ff.)

⁶⁸⁵ Zu den Eingriffen in die Justiz während des austrofaschistischen Regimes vgl. ausführlich *Reiter-Zatloukal*, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, in: BRGÖ 2016, S. 438 ff. mit weit. Nachw.

⁶⁸⁶ VerfGH Slg. 1688/48, S. 214, 215

⁶⁸⁷ Zutreffend *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 149 ff. mit weit. Nachw.

österreichische Richter, die in den Staatsdienst des Deutschen Reichs 1938 übernommen wurden, diesen Schutz bei ihren Entlassungen nach 1945 auch nicht in Anspruch nehmen denn sie waren im rechtsstaatlichen und damit verfassungsrechtlich relevanten Sinne keine Richter mehr⁶⁸⁸. Die verfassungsrechtlich garantierte Unabhängigkeit des Richters *konstituiert* erst den Begriff der Rechtsprechung in einem demokratischen Rechtsstaat, wie ihn das B-VG 1920/29 kennt und zu dem man durch das V-ÜG 1945 und die *Vorläufige Verfassung* zurückkehren wollte. Dies klarzustellen, wäre eine Aufgabe des österreichischen Verfassungsgerichtshofs in den Nachkriegsjahren gewesen und hätte eine schlüssige Begründung geliefert, den Richtern des NS-Regimes nach 1945 den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit – in welcher verfassungsrechtlichen Gestalt auch immer – zu versagen.

IV. Tatsächlicher Wiederaufbau einer rechtsstaatlichen Gerichtsorganisation in Deutschland und in Österreich

Zur anschließenden Auflösung des rechtsnormativen Zielkonflikts zwischen der verfassungsrechtlich gewährleisteten Funktionsfähigkeit der Rechtsprechung auf der einen Seite und der tatsächlichen Durchführung der Entnazifizierung und ihren konkreten Ergebnissen, in Bezug auf das wiedereingestellte bzw. weiterverwendete NS-Richterpersonal, die an rechtsstaatlichen Grundsätzen zu messen sein wird, ist eine kurze Reflexion darüber erforderlich, welche strukturellen Regelungen nach 1945 in Bezug auf das Staatsrecht überhaupt anwendbar waren. Während sich die Verfassungsrechtslage in Österreich 1945 einfacher oder zumindest übersichtlicher gestaltete, weil man über mehrere Überleitungsgesetze wieder zum Verfassungszustand von 1920, in der Fassung der Bundesverfassung von 1929, zurückkehrte und die Entnazifizierung zum überwiegenden Teil von den Regierungsvertretern der wiedererrichteten Republik Österreich durchgeführt wurde, sah dies in Deutschland anders aus. Hier war zunächst völlig unklar, ob es überhaupt wieder einen souveränen deutschen Staat geben würde, welche territorialen Grenzen diesem zugrunde zu legen seien und welche Form der Staatlichkeit (Bundesstaat oder föderaler Staatenbund) dieses Gebilde erhalten könnte. Da das Staatsgebiet des Deutschen Reichs in Besatzungszonen aufgeteilt war und in diesen Zonen die Entnazifizierung des öffentlichen Diensts begonnen, später vereinheitlicht über die Direktiven des Alliierten Kontrollrats koordiniert, sodann auf die wiedererrichteten Landesregierungen der späteren Bundesländer übertragen und schließlich, nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland 1949, vom Grundgesetz und vom Bundesrecht beeinflusst wurde, gibt es für die Rechtslage in Deutschland insgesamt vier verschiedene

⁶⁸⁸ Stiefel, Entnazifizierung in Österreich, S. 149, 150

Hoheitsträger, die sich für Art, Umfang und Ausmaß der Entnazifizierung verantwortlich zeigen. Da die konkreten Maßnahmen der Alliierten bei der Wiedereinstellung bzw. Weiterverwendung von Richtern für die Bundesrepublik Deutschland später verbindlich waren und – im Gegensatz zu Österreich – keine unmittelbar eigene Überprüfung, etwa auf die Verfassungstreue, erfolgte, stellt sich bei der vorliegenden theoretischen Untersuchung der Rechtmäßigkeit dieser Maßnahmen im Diskurs die Frage nach dem Anwendungsvorrang der jeweiligen Gesetze und Vorschriften zueinander. Aus diesem Grund sollen nachfolgend die entstehungsgeschichtlichen Grundlagen auf dem Gebiet des besetzten Deutschland nach 1945 zusammengefasst und die jeweiligen Rechts- und Verfassungsgrundlagen zueinander in Bezug gesetzt werden.

1. Organisation und Verfahren in Deutschland

a) Beachtung der vorrangigen Bestimmungen des Besatzungsrechts

aa) Wie bereits dargestellt wurde⁶⁸⁹, setzten die 4 Siegermächte, in den von ihnen besetzten Gebieten, auf allen Stufen *Militärverwaltungen* ein, die mit einer unbeschränkten Befehlsgewalt ausgestattet, die erforderlichen Ordnungs- und sonstigen Verwaltungsaufgaben wahrnahmen. Mit der „*Berliner Erklärung vom 5. Juni 1945*“ übernahmen sie auch formell „die *oberste Regierungsgewalt in Deutschland*“ einschließlich aller Befugnisse der Regierung, des Oberkommandos der Wehrmacht und der Regierungen, Verwaltungen oder Behörden der Länder, Städte und Gemeinden“⁶⁹⁰. Damit war sichergestellt, dass die Besatzungsmächte die Staatsgewalt auf allen Stufen der Staatsorganisation ausübten. Zugleich wurde allerdings betont, dass damit *keine Annexion Deutschlands* bewirkt werden sollte und die Frage nach den Grenzen Deutschlands offen blieb.

Das Gebiet Deutschlands wurde in drei, später nach dem Zutritt Frankreichs, in vier Besatzungszonen aufgeteilt und jeweils einer Besatzungsmacht zugewiesen. In den einzelnen Besatzungszonen lag die oberste Befehlsgewalt beim jeweiligen Militärgouverneur, der nur den Weisungen seiner Regierung unterstand. Die vier Militärgouverneure bildeten den *Alliierten Kontrollrat*, der für die Koordination der Besatzungspolitik und für gesamtdeutsche Fragen zuständig war. Seine Beschlüsse

⁶⁸⁹ Siehe oben: B., I., 2., a) (S. 64 ff.); statt Vieler, *Maurer*, Staatsrecht I., § 3 Rdnr. 4 ff.; *Stern*, Staatsrecht Bd. V, S. 970 ff. mit weit. Nachw.

⁶⁹⁰ Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I., § 3 Rdnr. 9 unter Hinweis auf die Selbstverwaltungskonzeption des Freiherrn vom *Stein* und die Preußische Städteordnung von 1808.

wurden indessen nur wirksam, wenn *alle* Militärgouverneure zustimmten und zudem den Beschluss in ihrer Besatzungszone in Kraft setzten. Die Stadt *Berlin* wurde keiner Besatzungszone zugeordnet, sondern unter die *gemeinsame Verwaltung* aller vier Siegermächte gestellt. Dementsprechend war sie nunmehr in vier Sektoren aufgeteilt. Das *gemeinsame Organ* war die Berliner Kommandantur, die nicht nur dem Kontrollrat unterstellt war, sondern ihm auch in etwa entsprach. In territorialer Hinsicht wurde unter „Deutschland“ das *Deutsche Reich in den Grenzen von 1937* verstanden. Die Sowjetunion nahm jedoch eigenmächtig Änderungen vor, die von den Westmächten – teils unter dem Vorbehalt friedensvertraglicher Regelung – akzeptiert wurden, so zum Beispiel die Annexion des nördlichen Teils Ostpreußens und die Westverschiebung Polens; gleichsam als Entschädigung erhielt Polen das Gebiet der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands östlich der Oder/Neiße-Linie⁶⁹¹.

Die *Potsdamer Konferenz der Regierungschefs* der 3 Siegermächte vom 17. Juli 1945 bis 2. August 1945 bestätigte diese Ergebnisse und legte für die künftige Behandlung Deutschlands bestimmte verbindliche Ziele fest, insbesondere die *Entmilitarisierung*, die *Entnazifizierung*, die *Dezentralisierung* der Wirtschaft und die *Zahlung von Reparationen*. Die frühere Absicht, Deutschland in zwei oder sogar mehrere Staaten aufzuteilen, wurde endgültig aufgegeben. Vor allem die Sowjetunion unter Stalin war an der Einheit interessiert in der Hoffnung, auf diese Weise Einfluss auf ganz Deutschland, insbesondere auf das westlich gelegene Ruhrgebiet, zu erlangen. Dementsprechend enthielt das Protokoll der *Potsdamer Konferenz* die Feststellung, dass zwar bis auf weiteres keine zentrale deutsche Regierung errichtet, für bestimmte Bereiche (Finanzwesen, Transportwesen, Verkehrswesen, Außenhandel und Industrie) jedoch zentrale deutsche Verwaltungsabteilungen, mit einem Staatssekretär an der Spitze, errichtet werden sollten. Dazu ist es dann jedoch nicht gekommen; zum einen forderte die französische Regierung, im Interesse der eigenen Sicherheit, eine stärkere Dezentralisierung der deutschen Staatsorganisation, zum anderen verhinderte der zunehmende Ost-West-Konflikt eine gemeinsame Deutschlandpolitik⁶⁹².

bb) Der *Wiederaufbau der deutschen Staatlichkeit* erfolgte nach dem Prinzip „von unten nach oben“, allerdings initiiert, gelenkt und kontrolliert durch die Besatzungsbehörden. Zunächst wurden auf der *kommunalen Ebene* Bürgermeister und Landräte eingesetzt, sodann wurden politische Parteien zugelassen und im Laufe des Jahres 1946 von der Bevölkerung in den einzelnen Zonen Gemeindevertretungen und Kreistage gewählt, die ihrerseits die Bürgermeister und Landräte bestimmten bzw. bestätigten. Fast gleichzeitig

⁶⁹¹ Vgl. Maurer, Staatsrecht I., § 3 Rdnr. 5

⁶⁹² Vgl. Maurer, Staatsrecht I., § 3 Rdnr. 6 mit weit. Nachw.

wurden von den Besatzungsmächten in ihren Zonen *Länder konstituiert und Ministerpräsidenten und Landesregierungen bestellt*. Sodann kam es zu Verfassung gebenden Landesversammlungen. Die von ihnen beschlossenen und durch Volksentscheid angenommenen *Landesverfassungen*, bildeten die Grundlage für die Wahl der Landtage sowie für das staatliche Leben in den Ländern. Diese Entwicklung darf nicht missverstanden werden: Zwar kommt den Ländern im Rahmen einer künftig föderalen Ordnung Deutschlands Staatsqualität zu⁶⁹³; dabei handelt es sich jedoch nicht um Eigenstaatlichkeit, sondern um eine Staatlichkeit *in* Deutschland (Glieder-Staatlichkeit)⁶⁹⁴.

Indessen änderte dies noch nichts an den vorrangigen Befugnissen der *Besatzungsmächte*: Alle deutschen Organe – von den kommunalen Ämtern und Gremien bis zu den zwischenzonalen Einrichtungen – waren der Weisungskompetenz und der Kontrolle der jeweiligen Militärregierungen und ihren untergeordneten Instanzen unterworfen. Selbst die Landesverfassungen und die von den Parlamenten erlassenen Gesetze bedurften der Genehmigung. Die anfangs sehr strikte Aufsicht lockerte sich aber zunehmend im Laufe der Zeit. Zudem sind manche Anordnungen der Besatzungsbehörden nach Anhörung oder sogar aufgrund der Vorlage der deutschen Organe ergangen⁶⁹⁵.

Als die beiden Außenministerkonferenzen der 4 Siegermächte im Jahr 1947 (zunächst in Moskau und im Spätherbst dann in London) endgültig zeigten, dass eine Einigung über die Zukunft Deutschlands nicht zu erreichen war, beschlossen die *Westalliierten*, unter Einbeziehung der Beneluxstaaten, die Errichtung eines *westdeutschen Teilstaats*. Die Militärgouverneure der 3 Westzonen überreichten am 1. Juli 1948, im Auftrag ihrer Regierungen, den Ministerpräsidenten der 11 westdeutschen Länder 3 Dokumente (sogenannte *Frankfurter Dokumente*). Das erste und zugleich wichtigste Dokument betraf die Einberufung einer verfassungsgebenden Versammlung und damit die *Gründung eines westdeutschen Staates*. Das zweite Dokument bezog sich auf die Neuregelung der Ländergrenzen, das dritte Dokument enthielt die Grundzüge des beabsichtigten *Besatzungsstatuts*. Darin waren die organisatorischen und inhaltlichen Grundentscheidungen für eine künftige Verfassungsstruktur Westdeutschlands enthalten. Der dann vom Parlamentarischen Rat ausgearbeitete, und am 23. Mai 1949 in einer feierlichen Schlusssitzung verkündete, Text des für Westdeutschland geltenden *Grundgesetzes* bedurfte allerdings noch der Genehmigung durch die Militärgouverneure. Diese wurde am 12. Mai 1949 erteilt. Sie enthielt einige wesentliche *Vorbehalte*,

⁶⁹³ Jarras/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 20 Rdnr. 17; BVerfGE 36, 342/360 f.; 72, 330/388; 103, 332/350 f.

⁶⁹⁴ Stern, Staatsrecht Bd. V, S. 1115 f.; dazu auch Stödter, Deutschlands Rechtslage, S. 249 ff.

⁶⁹⁵ Maurer, Staatsrecht I, § 3 Rdnr. 15 mit weit. Nachw.; vgl. auch Klein, Neues deutsches Verfassungsrecht, 1949, S. 71 ff.

insbesondere den *Vorrang des Besatzungsstatuts*, den *Berlinvorbehalt*, die *Suspension der Neugliederung des Art. 29 GG* und eine *Stärkung der föderalen Struktur durch ein Primat der öffentlichen Verwaltung zugunsten der Länder*⁶⁹⁶.

cc) Auf der Grundlage des Grundgesetzes sowie des noch vom Parlamentarischen Rat erlassenen und von den Militärgouverneuren nach einigen Änderungen genehmigten *Wahlgesetzes*, wurde am 14. August 1949 der *erste Deutsche Bundestag* gewählt. Er trat, ebenso wie der Bundesrat, am 07.09.1949 zur konstituierenden Sitzung zusammen. 5 Tage später wählte die Bundesversammlung mit Theodor *Heuss* den ersten deutschen Bundespräsidenten; am 15. September 1949 wählte der Bundestag Konrad *Adenauer* zum Bundeskanzler. Er bildete eine kleine Koalition aus CDU/CSU, FDP und DP. Am 20. September 1949 wurden die von Adenauer vorgeschlagenen Bundesminister vom Bundespräsidenten ernannt⁶⁹⁷.

Mit der Bildung der Bundesregierung wurde die Bundesrepublik Deutschland endgültig handlungsfähig. Im ursprünglichen Text der Präambel des Grundgesetzes wurde festgestellt, dass sich das deutsche Volk Kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt dieses Grundgesetz gegeben habe⁶⁹⁸. Dennoch wurde und wird die *demokratische Legitimation* des Grundgesetzes immer wieder angezweifelt. Zum einen verweist man auf die Einwirkungen der alliierten Militärgouverneure (Auftrag zur Einberufung einer verfassungsgebenden Versammlung an die Ministerpräsidenten, Vorgaben für die zu erlassende Verfassung, Interventionen während der Beratungen im Parlamentarischen Rat, Genehmigung des Grundgesetzes mit erheblichen Einschränkungen); zum anderen lässt sich nicht leugnen, dass gewählte deutsche Repräsentanten das Verfahren der Verfassungsgebung selbst festgelegt hatten (Wahl der Abgeordneten des Parlamentarischen Rats und Annahme des von diesem beschlossenen Grundgesetzes durch die Landtage und nicht unmittelbar durch das Volk). Indessen berührt nach herrschender Meinung⁶⁹⁹ dies die demokratische Legitimation des Grundgesetzes nicht.

dd) Wichtiger ist, gerade auch für das Kernproblem der vorliegenden Untersuchung, dass die Bundesrepublik Deutschland zwar mit Inkrafttreten des Grundgesetzes gegründet war; sie war jedoch *nicht souverän*⁷⁰⁰. Sie stand nach wie vor unter der Herrschaft der westlichen *Besatzungsmächte*, die allerdings nunmehr durch das *Besatzungsstatut* geregelt und beschränkt wurde. Dieses war bereits in den erwähnten Frankfurter Dokumenten vom 1. Juli 1948 angekündigt worden, es wurde indessen erst gleichzeitig mit der *Genehmigung*

⁶⁹⁶ Vgl. *Maurer*, Staatsrecht I., § 3 Rdnr. 26

⁶⁹⁷ *Maurer*, Staatsrecht I., § 3 Rdnr. 28

⁶⁹⁸ *Maurer*, Staatsrecht I., § 3 Rdnr. 30; zur rechtlichen Bedeutung der Präambel BVerfGE 36, 1/17; 43, 203/211; *Jarras/Pieroth*, GG-Kommentar, Präambel Rdnr. 1

⁶⁹⁹ *Maurer*, Staatsrecht I., § 3 Rdnrn. 30 ff.

⁷⁰⁰ *Maurer*, Staatsrecht I., § 3 Rdnr. 35

des Grundgesetzes am 12. Mai 1949 verkündet und trat mit der Errichtung der Bundesrepublik Deutschland am 21. September 1949 in Kraft. Damit wurde die Militärdiktatur, die allenfalls völkerrechtlichen Bindungen unterlag, durch ein rechtlich geregeltes und begrenztes Besatzungsregime abgelöst. Die Eigenstaatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland wurde zwar anerkannt, aber durch das *vorrangige Besatzungsrecht* überlagert⁷⁰¹ und durch eine erhebliche Anzahl besatzungsrechtlicher Vorbehalte deutlich eingeschränkt. Auf der anderen Seite wurden allerdings nach Inkrafttreten des Besatzungsstatuts die Militärregierungen aufgelöst und die im Besatzungsstatut vorbehaltenen Kompetenzen auf die neu errichtete „*Alliierte Hohe Kommission*“ übertragen. Die drei Hohen Kommissare, die von den Regierungen der USA, Englands und Frankreichs bestellt wurden, residierten auf dem Petersberg gegenüber Bonn. Ihre Aufgaben und ihre Organisation wurde in der Satzung der Alliierten Oberkommission von Deutschland vom 20. Juni 1949 im Einzelnen festgelegt⁷⁰².

ee) In der Folgezeit wurde allerdings das *Besatzungsstatut* rasch abgebaut. Dies geschah zunächst faktisch, indem die Hohe Kommission von ihren Vorbehaltsrechten immer weniger Gebrauch machte; sodann allerdings auch rechtlich, indem die Vorbehaltsrechte durch die zugesicherte Revision des Besatzungsstatuts vom 6. März 1951 wesentlich eingeschränkt wurden. Dies war letztlich der Zunahme der Spannungen zwischen den Westmächten und der Sowjetunion, nach Beginn des Koreakrieges 1950, geschuldet. Im Übrigen konnte, angesichts mehrerer Regelungen im Grundgesetz, kein Zweifel daran bestehen, dass in Kollisionsfällen dem Besatzungsrecht *Vorrang* einzuräumen war⁷⁰³.

b) Beachtung landesverfassungsrechtlicher Bestimmungen vor Inkrafttreten des Grundgesetzes⁷⁰⁴

aa) Die älteren Verfassungen: Die meisten Länder erhielten ihre Verfassungen in den Jahren 1946 und 1947. Sie alle bedurften der Genehmigung durch die jeweilige Besatzungsmacht; in *Berlin* (1946) hatte die Alliierte Kommandantur den Text sogar vollständig vorgegeben. Eine Bestätigung durch das jeweilige Landesvolk war in

⁷⁰¹ *Stern*, Staatsrecht Bd. V, S. 1118; infolge dessen unterliegt Besatzungsrecht nicht der abstrakten oder konkreten Normenkontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, vgl. *Jarras/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 93 Rdnr. 23; Art. 100, Rdnr. 7a; Art. 123 Rdnr. 6

⁷⁰² Abgedruckt bei *Huber*, Quellen zum Staatsrecht, Bd. II, S. 583

⁷⁰³ *Maurer*, Staatsrecht I, § 3 Rdnr. 11 aE.; dies zeigt sich auch daran, dass sich die Alliierten Militärgouverneure im Frankfurter Dokument I vorbehalten hatten, das Bonner Grundgesetz zu genehmigen. Dies geschah am 12.05.1949 mit Einschränkungen, vgl. dazu *Maurer*, Staatsrecht I, § 3 Rdnr. 26.

⁷⁰⁴ Ausführlich dazu, *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. IV 1945 – 1949, S. 115 ff. mit weit. Nachw.

Württemberg-Baden, Hessen (1946), Bayern, Rheinland-Pfalz, Baden, Württemberg-Hohenzollern und Bremen notwendig; sie wurde nirgends verweigert.

Die älteste Verfassung ist das, nur aus 11 Artikeln bestehende, im Auftrag der Militärregierung von der von ihr eingesetzten hessischen Regierung formulierte, Staatsgrundgesetz des Staates Groß-Hessen vom 22. November 1945, verkündet am 31. Dezember 1945⁷⁰⁵, gemäß seinem Art. 11 in Kraft getreten am 12. Dezember 1945 – dem Tag des Aushanges in der Staatskanzlei⁷⁰⁶.

Es folgte als zweitälteste Verfassung die von der durch die Militärregierung ernannten Bürgerschaft am 26.04.1946 verabschiedete vorläufige Verfassung *Hamburg*⁷⁰⁷. Im Übrigen wartete man in der *britischen Zone* auf die Verabschiedung einer Bundesverfassung; dementsprechend stammen die Verfassungen der anderen Länder der britischen Zone aus der Zeit nach dem Erlass des Grundgesetzes. 1952 wurde dann, nach zwei von Beginn an geplanten und noch im selben Jahr vorgenommenen Änderungen⁷⁰⁸, die zweite Änderung von der ersten gewählten Bürgerschaft verabschiedet, die bei dieser Gelegenheit auch den Verfassungstext, im Übrigen in ihren erstmals demokratisch legitimierten Willen, aufnehmen konnte. Damit war die alte hamburgische Verfassung abgelöst, was mit ihrer bisherigen Bezeichnung als „vorläufig“ bereits abzusehen war.

Die drittälteste Verfassung ist die vorläufige Verfassung von *Groß-Berlin* vom 13. August 1946, ein Werk der Alliierten Kommandantur⁷⁰⁹, in Kraft getreten am 4. September 1946. Die Stadtverordnetenversammlung wurde damit beauftragt, bis zum 1. Mai 1948 eine neue Verfassung auszuarbeiten und den Alliierten zur Genehmigung vorzulegen. Als der Entwurf am 22. April 1948 vorlag, war der Zusammenbruch der Vier-Mächte-Zusammenarbeit bereits im Gange, Ostsektor und Westsektoren brachen auseinander. Im Juli verließen die Sowjets die Alliierte Kommandantur; an eine Genehmigung der Verfassung durch alle vier Alliierten war nicht mehr zu denken. Im Oktober 1949 nahm die, Ende 1948 in die Westsektoren abgedrängte Stadtverordnetenversammlung die Überarbeitung der im April 1948 vorgelegten Verfassung in Angriff; insbesondere galt es, das im Mai 1949 in Kraft getretene Grundgesetz als Bundesverfassung im Hinblick auf eine notwendige Homogenität gem. Art. 28 Abs. 1 GG zu berücksichtigen. Die westlichen Alliierten genehmigten die am 4. August 1949 beschlossene Verfassung vom 29. August 1950 mit

⁷⁰⁵ GVBl. S. 23; dazu *Arndt*, Die staats- und verwaltungsrechtliche Entwicklung in Groß-Hessen, DRZ 1946, 185; insgesamt zur Verfassungsgebung in den Ländern vgl. *Stern*, Staatsrecht Bd. V, S. 1045 ff.; *Maurer*, Staatsrecht I, § 5 Rdnrn. 48 ff.

⁷⁰⁶ *Pestalozza*, Verfassungen der deutschen Bundesländer, S. XXVI, Rdnr. 4

⁷⁰⁷ GVBl. 1946, S. 46

⁷⁰⁸ GVBl. 1946, S. 103, 123

⁷⁰⁹ Verkündung: VOBl. S. 295, in Kraft treten: 05.09.1946

Maßgaben. Am 1. Oktober 1950 trat sie nach Ausfertigung und Verkündung am 29. September 1950⁷¹⁰ mit Anspruch für ganz Groß-Berlin in Kraft⁷¹¹.

Am 28. November 1946 wurde die Verfassung *Württemberg-Badens* verabschiedet⁷¹², die Verfassung des Landes Hessen am 1. Dezember 1946⁷¹³. Sie ist die älteste der heute geltenden Landesverfassungen. Nur wenig jünger ist die *bayrische* Verfassung; sie wurde unter dem Datum des 2. Dezembers 1946 am 8. Dezember 1946 verkündet⁷¹⁴. Auch sie gilt fort. Am 20. Dezember 1946⁷¹⁵ wurde die Verfassung *Thüringens* beschlossen. Die Beschlüsse über die Verfassung für die übrigen vier Länder der sowjetischen Besatzungszone folgten kurz darauf; für die Provinz *Sachsen-Anhalt* am 10. Januar 1947⁷¹⁶, für *Mecklenburg* am 15. Januar 1947⁷¹⁷, für die Provinz *Mark Brandenburg* am 1. Februar 1947⁷¹⁸, für *Sachsen* am 28. Februar 1947⁷¹⁹.

Alle fünf Verfassungen überdauerten faktisch das Jahr 1952 nicht, was in der sowjetischen Zone mit dem Gesetz über die weitere Demokratisierung des Aufbaus und der Arbeitsweise der staatlichen Organe in den Ländern der DDR vom 23.07.1952⁷²⁰ zusammenhängt. In den späteren Verfassungsdiskussionen nach der Wiedervereinigung Deutschlands, lebte die Erinnerung an diese Verfassungen nochmals auf. Kurz hintereinander traten die Verfassungen für die Länder der *französischen* Zone in Kraft; für *Rheinland-Pfalz* am 18. Mai 1947⁷²¹, für *Baden* am 19. Mai 1947⁷²², für *Württemberg-Hohenzollern* am 13. Mai 1947⁷²³. Später als die übrigen Länder der *amerikanischen* Besatzungszonen erhielt *Bremen*, das zunächst zur britischen Zone gehört hatte, seine Verfassung⁷²⁴. Als letzte der vor Inkrafttreten des Grundgesetzes entstandenen Landesverfassungen schloss sich die *saarländische* an⁷²⁵.

⁷¹⁰ VOB. I S. 433

⁷¹¹ *Pestalozza*, Verfassungen der deutschen Bundesländer, S. XXVI

⁷¹² Verkündung: RegBl. 1946, S. 277

⁷¹³ Verkündung: GVBl. 1946, S. 229

⁷¹⁴ Verkündung: GVBl. 1946, S. 333; vorausgegangen waren der Volksentscheid am 01.12.1946 und die Ausfertigung am 02.12.1946

⁷¹⁵ Verkündung: RegBl. I 1947, S. 1

⁷¹⁶ Verkündung: GBl. I 1947, S. 9

⁷¹⁷ Verkündung: RegBl. 1947, S. 1

⁷¹⁸ Verkündung: GVBl. 1947, S. 45

⁷¹⁹ Verkündung: Gesetze/Befehle/Verordnungen/Bekanntmachungen 1947, I. Teil, S. 103

⁷²⁰ GBl. S. 613; dazu *Pestalozza*, Verfassungen der deutschen Bundesländer mit dem Grundgesetz, Einführung Rdnr. 13

⁷²¹ Verkündung: VOB. 1947, S. 209

⁷²² Verkündung: RegBl., S. 129

⁷²³ Verkündung: RegBl., S. 1

⁷²⁴ Beschluss vom 15.09.1947 nach erfolgter Volksabstimmung, Verkündung: GBl., S. 251

⁷²⁵ Beschluss vom 15.12.1947, Verkündung: ABl., S. 1077

Alle diese Verfassungen (bis auf das Staatsgrundgesetz Groß-Hessens 1945 und die vorläufige Verfassung Hamburgs 1946) sind *vollständig* in dem Sinne, dass sie nicht nur die Organisation des Staatsapparats regeln, sondern das Prinzip der *Gewaltenteilung* mit der organisatorischen Funktionentrennung ausdrücklich normieren und damit auch die, für die vorliegende Untersuchung maßgebliche, Ausgestaltung der unabhängigen Rechtsprechungsfunktion vornehmen⁷²⁶. Hinzu treten Staatsziele und Reform von Grundrechten als Normen für das Verhältnis von Gesellschaft und Staat. Gemeinsam ist ihnen ferner, die von den Besatzungsmächten verordnete Verpflichtung auf eine parlamentarische Demokratie, denen die Verfassungsgeber redaktionell mit einer deutlichen Anlehnung an die Weimarer Reichsverfassung von 1919 nachgekommen sind.

bb) Die neueren Verfassungen der „alten“ Länder: Nach Erlass des Grundgesetzes folgten die übrigen Länder der westlichen Besatzungszonen. *Schleswig-Holstein* beschloss seine Verfassung, zunächst als reines Organisationsstatut verstanden und daher „Landessatzung“ genannt, am 13. Dezember 1949⁷²⁷, *Nordrhein-Westfalen* am 10. Juni 1950⁷²⁸, *Niedersachsen* seine vorläufige Verfassung am 13. April 1951⁷²⁹. *Berlin* ersetzte seine vorläufige Verfassung von 1946 am 1. Oktober 1950⁷³⁰, Hamburg folgte am 1. Juni 1952⁷³¹. Die jüngste Verfassung ist die des 1951 aus Baden, Württemberg-Baden und Württemberg-Hohenzollern geschaffenen Landes, *Baden-Württemberg* vom 11. November 1953⁷³². Schleswig-Holstein und Niedersachsen ersetzten jeweils 1990 bzw. 1991 ihre Verfassungstexte durch neue Formulierungen⁷³³.

Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein regelten im Wesentlichen, neben einigen Zielbestimmungen, nur die Organisation des Staatsapparates. Auf die Garantie von Landesgrundrechten glaubte man, angesichts der Gewährleistungen im Grundgesetz, verzichten zu können. In Hamburg ist dies bis heute so geblieben; Niedersachsen verfügt seit 1993 über einen ausführlichen Katalog von Grund- und Freiheits- sowie Gleichheitsrechten, Schleswig-Holstein folgt dem seit 2008, verweist im Übrigen aber auch auf die gem. Art. 1 Abs. 3 GG rechtlich verbindliche Wirkung der Grundrechte des Grundgesetzes. Dieses geschieht seit 1978 auch in der Verfassung des Landes Nordrhein-

⁷²⁶ Dazu näher *Pestalozza*, Verfassungen der deutschen Bundesländer mit dem Grundgesetz, Einführung RdNr. 25, 133 – 149

⁷²⁷ Verkündung: GVBl. 1950, S. 3

⁷²⁸ nach erfolgter Volksabstimmung am 18.06.1950, Verkündung: GV NW S. 127

⁷²⁹ Ausfertigung und Verkündung: GVBl., S. 103

⁷³⁰ dazu *Pestalozza*, Verfassungen der deutschen Bundesländer mit dem Grundgesetz, Einführung RdNr. 23

⁷³¹ Beschluss vom 04.06.1952, Verkündung: GVBl., S. 117

⁷³² Verkündung: GBl., S. 173

⁷³³ dazu *Pestalozza*, Verfassungen der deutschen Bundesländer mit dem Grundgesetz, Einführung RdNr. 27

Westfalen. Die Berliner Verfassung enthält demgegenüber einen eigenen ausführlichen Grundrechtsabschnitt, was gelegentlich in der Rechtsprechung zwischen dem Berliner Verfassungsgericht und dem Bundesverfassungsgericht zu Problemen führen kann, wenn Schutzbereiche ähnlicher Formulierung unterschiedlich ausgelegt werden⁷³⁴.

Insgesamt ist daher davon auszugehen, dass beim *Wiederaufbau* der richterlichen Rechtspflege in Deutschland für die auf Landesebene zu übernehmenden oder neu einzustellenden Richter, zumindest das jeweils in den Ländern, vor Inkrafttreten des Grundgesetzes geschaffene, *Landesverfassungsrecht* zu beachten war.

c) Zur Praxis der Weiterverwendung oder Wiedereinstellung NS-belasteter Richter auf Bundes- und Landesebene

aa) Wie bereits oben dargestellt⁷³⁵, war die „*Renazifizierung*“ der Richterschaft, d.h. die Besetzung von Richterstellen mit einem Personal, das als durch die NS-Zeit vorbelastet galt, eine Tatsache, die schon bei den Beratungen des *Parlamentarischen Rats* und damit zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes allgemein bekannt war. Deshalb wurde im Grundgesetz mit Art. 132 GG sogar eine Möglichkeit geschaffen, Beamte und ausdrücklich auch *Richter* in den Ruhestand oder in ein Amt mit niedrigerem Diensteskommen zu versetzen, wenn ihnen die persönliche und fachliche *Eignung* für ihr Amt fehlte. Art. 132 Abs. 1 GG normiert insoweit eine *Ausnahme* vom Grundsatz der sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG)⁷³⁶. Bereits die Väter (und vier Mütter) des Grundgesetzes waren sich 1949 also darüber einig, dass in besonderen Einzelfällen das Prinzip der Unabhängigkeit der Richter als ausdrückliche Verfassungsnorm und als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips ausnahmsweise ganz oder partiell durchbrochen werden durfte, wenn dem Betroffenen entweder die persönliche oder die fachliche Eignung für die Ausübung der richterlichen Tätigkeit fehlte. Gleichwohl wird der besondere Stellenwert der richterlichen Unabhängigkeit in der rechtsstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes dadurch besonders hervorgehoben, dass Art. 132 Abs. 1 GG nur die *Versetzung*, *nicht aber die Entlassung* von Angehörigen des öffentlichen Dienstes als mögliche Maßnahme vorsieht. Durch die Vorschrift i.V.m. dem Institut der *Richteranklage* (Art. 98 Abs. 2 GG) sollte sichergestellt werden, dass die verfassungsgestaltenden Wertentscheidungen des Grundgesetzes auch von denjenigen Richtern gewahrt werden,

⁷³⁴ Dazu näher *Pestalozza*, Verfassungen der deutschen Bundesländer mit dem Grundgesetz, Einführung Rdnrn. 138 ff.

⁷³⁵ Siehe oben unter: B., III., 1. (S. 176 ff.)

⁷³⁶ Vgl. dazu *Dietlein* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG-Kommentar, Bd. 3, Art. 132 Rdnr. 4 mit weit. Nachw.

die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes bereits wieder auf Lebenszeit in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis standen und deshalb bei der weiteren Ausübung ihrer richterlichen Tätigkeit nicht auf ihre *Verfassungstreue* überprüft wurden.

Das Grundgesetz ist auch insoweit richtungweisend, als es bestimmt, auf welchen Personenkreis die Ausnahmeregelung des Art. 132 Abs. 1 GG gerade nicht Anwendung finden soll. Es sind diejenigen Personen, die von der *Entnazifizierung nicht betroffen* oder anerkannte *Verfolgte des NS-Regimes* waren (Art. 132 Abs. 2 GG)⁷³⁷. Dadurch kommt zum Ausdruck, dass eine Prüfung der Wiedereinstellungsverfahren durch die Alliierten nach 1945 bzw. die faktische Weiterverwendung, gerade im Hinblick auf die persönliche Eignung des Personals, die unter dem Druck des zeitnahen Wiederaufbaus stand und daher unter Bezugnahme auf die am Ende nur noch oberflächlichen Entnazifizierungsmaßnahmen erfolgte, nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland vorgenommen werden sollte und im Grundgesetz ausdrücklich vorgeschrieben war. *Tatsächlich* war aber der ausdrückliche Verfassungsauftrag in Art. 132 GG nicht in der Lage, die bereits eingesetzte *Renazifizierung* in der Richterschaft und in der öffentlichen Verwaltung zu verhindern. Dies ist hauptsächlich offenbar darauf zurückzuführen, dass die entsprechende Durchführungsverordnung der Bundesregierung (Art. 132 Abs. 4 GG) vom 17. Februar 1950 lediglich eine Anwendungsdauer von gerade einmal 16 Tagen hatte⁷³⁸. Betroffen waren von ihr 1.224 Beamte und 47 Angestellte des Bundes und der Länder, aber nur *ein einziger Richter*⁷³⁹.

Für die vorliegende Untersuchung ist es nicht von entscheidender Bedeutung, darüber Mutmaßungen anzustellen, weshalb die *Regierung Adenauer* mit dem Verfassungsauftrag des Art. 132 GG so zurückhaltend umgegangen ist. Kritische Stimmen, die von einer teilweisen persönlichen Belastung der Regierung mit zum Teil eigener nationalsozialistischer Vergangenheit ausgehen, werden sich ebenso finden lassen, wie rechtfertigende Meinungen, die darauf hinweisen, dass in den ersten Monaten und Jahren der Existenz der Bundesrepublik Deutschland andere – vermeintlich schwerwiegendere – Probleme im Zusammenhang mit dem Wiederaufbau und dem zunehmenden Ost-West-Konflikt im Fokus der aktuellen Politik Deutschlands standen. Demgegenüber sei die personalpolitische Bereinigung des eigenen Staats- und Verwaltungsapparates eher nachrangig. Fest steht jedoch, dass eine *erhebliche Anzahl*⁷⁴⁰ ehemaliger NS-Richter in den Staatsdienst der Bundesrepublik Deutschland übernommen wurden und dort ihre richterliche Tätigkeit ausübten, ohne dass Zweifel im Hinblick auf den Verfassungsauftrag in Art. 132 GG aufkamen.

⁷³⁷ Maunz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 132 Rdnr. 2

⁷³⁸ Maunz in: Maunz/Dürig, Grundgesetz Kommentar, Art. 132 Rdnr. 1 mit weit. Nachw.

⁷³⁹ Krüger, Maßnahmen gegen Beamte mit Minderleistungen, DÖV 1951, S. 488

⁷⁴⁰ Vgl. etwa Müller, Furchtbare Juristen, S. 204 ff. mit weit. Nachw.

bb) Ironischerweise kam der entscheidende Impuls für eine politische Kontroverse über den Umgang mit ehemaligen NS-Richtern aus der *Deutschen Demokratischen Republik* (DDR). Der vom Ministerrat im Januar 1954 gegründete sogenannte „Ausschuß für Deutsche Einheit“, veröffentlichte zwischen 1957 und 1959 insgesamt 6 Broschüren, aus denen sich die Beteiligung von über 800 (aktiven) Richtern der Bundesrepublik Deutschland an Unrechtsurteilen von Sonder- und Kriegsgerichten des NS-Regimes ergab⁷⁴¹. Die betroffenen Richter waren namentlich mit ihren jeweiligen Amts- und Dienstbezeichnungen sowohl vor als auch nach 1945 benannt. Ferner waren vereinzelt Auszüge aus entsprechenden Urteilen abgedruckt, welche ihre Beteiligung belegten. Sicherlich war diese Veröffentlichung auch als Kampagne der UdSSR gegen Westdeutschland gedacht; sie verfehlte indessen ihre innenpolitische Wirkung nicht: Für das Problem, der sich nach wie vor in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Bundesrepublik Deutschland befindlichen, ehemaligen NS-Richter musste eine neue Lösung gefunden werden. Der Lösungsweg, den das Grundgesetz hierfür bereitgehalten hatte, war insoweit bereits verschlossen; die 6-Monats-Frist in Art. 132 Abs. 1 GG war abgelaufen und wurde nicht verlängert.

cc) Im Zuge der Beratungen über die Einführung eines, vom Beamtenrecht losgelösten, eigenständigen *Richtergesetzes* entschied sich der *Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages* dafür, sich ein „*eigenes Bild*“ über das Ausmaß der NS-Belastung des Richterpersonals zu machen. Insoweit wurden die jeweiligen Landesjustizverwaltungen aufgefordert, diejenigen aktiven Richter und Staatsanwälte namentlich zu ermitteln, die an sogenannten „exzessiven“ Urteilen mitgewirkt hatten. Darunter verstand man jedes Todesurteil, bei dem die höchste Strafe wegen einer verhältnismäßig geringfügigen Tat verhängt wurde, ohne dass dies nach der damaligen Rechtslage erforderlich gewesen wäre⁷⁴².

Um einen Eindruck von der Relevanz dieser Ermittlungen durch die Landesjustizverwaltungen zu gewinnen, werden nachfolgend *exemplarisch Richterpersönlichkeiten* und deren, von ihnen mindestens mitverfasste, Urteile vorgestellt. Ergänzend wird auf die umfassende Untersuchung von Sonja Boss aus dem Jahre 2009 verwiesen⁷⁴³.

Nach Angaben des Justizministers von *Baden-Württemberg* befanden sich im Mai 1961 noch 11 Richter im Dienst, die an exzessiven Todesurteilen mitgewirkt hatten. Darunter war

⁷⁴¹ Vgl. etwa die Broschüre 5, v. 24.02.1959, Wir Klagen an! – 800 Nazi-Blutrichter- Stützen des Adenauer-Regimes, Ausschuss für Deutsche Einheit, S. 5 ff. mit weit. Nachw.

⁷⁴² Boss, Unverdienter Ruhestand, S. 149 ff. mit weit. Nachw.

⁷⁴³ Boss, Unverdienter Ruhestand, S. 150 ff. mit weit. Nachw.

u.a. Landgerichtsrat⁷⁴⁴ *Wedde* am Landgericht Stuttgart. Dieser hatte, als Richter am Sondergericht *Kattowitz* am 27. Juni 1944, einen polnischen Schweinehändler wegen vermeintlich antideutscher Gesinnung zum Tode verurteilt. Landgerichtsrat *Bussejahn* vom Landgericht Mannheim hatte am 3. März 1943 als Richter am Sondergericht *Graudenz* einen rückfälligen Dieb wegen Diebstahls einer Fahrradkette, von Essbesteck und ein paar Stiefeln als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher eingestuft und zum Tode verurteilt. Landgerichtsrat *von Zeschau* am Landgericht *Ulm* verurteilte, als Richter am Volksgerichtshof am 8. September 1944, eine russische Frau wegen Zersetzung der Wehrkraft zum Tode, weil sie Kritik an der Politik des Nationalsozialismus geäußert hatte. Oberlandesgerichtsrat am Oberlandesgericht Stuttgart *Eisele* verurteilte als Richter am Sondergericht *Prag* am 6. September 1943, einen Mann zum Tode, weil er ohne polizeiliche Meldung Fremde in seiner Wohnung untergebracht hatte.

In *Bayern* waren 1961 noch 18 Richter im Dienst tätig, die unter die bezeichnete Kategorie der NS-Belastung fielen. Darunter war etwa der Direktor des Landgerichts Würzburg, *Dr. Pfaff*, der als Richter am Sondergericht *Nürnberg* am 2. September 1942 einen Rechtsanwalt wegen wehrkraftzersetzender Äußerungen zum Tode verurteilt hatte mit der Begründung, dieser sei bis 1933 Mitglied der SPD gewesen und habe sich in privaten Briefen an Angehörige zwischen 1940 und 1942 abfällig über den Nationalsozialismus geäußert. Der Oberlandesgerichtsrat am Oberlandesgericht Bamberg *Riepenhausen* verurteilte als Richter am Sondergericht *Leslau* einen Bauern zum Tode, weil er einen Stein nach einem Grenzbeamten geworfen hatte, als dieser seinen, zuvor zwangsenteigneten, Hof in Besitz nehmen wollte.

In *Westberlin* war nach Angaben des Justizministeriums nur noch 1 Richter im Amt, der als NS-Richter an exzessiven Urteilen beteiligt war, nämlich der Landgerichtsrat am Landgericht Berlin *Dr. Heyl*. Dieser hatte z. B. am 10. Februar 1944 eine, nicht vorbestrafte 53-jährige Frau, zum Tode wegen Plünderung verurteilt; sie soll 3 Kleider und 1 Paar Strümpfe aus einem durch Bombenangriffe zerstörten Haus entwendet haben.

In *Bremen* gab es, nach Angaben des Justizministers, 1961 bereits keine Richter mehr, die an exzessiven Todesurteilen beteiligt waren. In Anbetracht der Tatsache, dass die amerikanischen Besatzer nach 1945 nur 2 Richter im ganzen Gebiet Bremens fanden, die als unbelastet im Rahmen der Entnazifizierung eingestuft werden konnten⁷⁴⁵, darf der Wahrheitsgehalt der Angaben des Justizministers bezweifelt werden.

⁷⁴⁴ Anmerkung: Vor der Einführung des Deutschen Richtergesetz wurden auf Lebenszeit ernannte Richter am Landgericht als Landgerichtsrat bezeichnet.

⁷⁴⁵ Vgl. etwa *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 205 mit weit. Nachw.

In *Hamburg* waren 6 amtierende Richter an exzessiven Todesurteilen beteiligt, so z.B. der Amtsgerichtsrat *Möller*, der noch am 27. März 1945 einen Angeklagten zum Tode verurteilte, weil er als ehemaliges Mitglied der kommunistischen Partei Erinnerungsstücke, wie etwa Mitgliedsbücher, rote Armbänder oder 2 Sowjetfahnen, aufbewahrte. Das Gericht ging insoweit davon aus, dass der Angeklagte zukünftig plane, eine Zelle für kommunistische und staatsfeindliche Elemente zu bilden.

Der *hessische* Justizminister, Georg August *Zinn*, sprach 1961 von 7 Richtern und Staatsanwälten, denen er eine Beteiligung an exzessiven Todesurteilen anlastete. Eine Namensnennung sowie die Wiedergabe des beruflichen Werdegangs dieser Personen sind allerdings nicht möglich, da das vorhandene Aktenmaterial des Hessischen Justizministeriums diesbezüglich keine Rückschlüsse zulässt⁷⁴⁶.

In *Niedersachsen* waren noch 11 Richter und Staatsanwälte im Dienst. Darunter befanden sich z.B. der Landgerichtsrat *Blankenburg* vom Landgericht Hannover und der Amtsgerichtsrat *Dr. Lösch* vom Amtsgericht Zeven. Als Richter am Sondergericht *Jena* verurteilten sie am 11. April 1944 einen Angeklagten zum Tode, weil dieser eine Flasche Kölnisch Wasser sowie eine Knackwurst gestohlen hatte.

In *Nordrhein-Westfalen* konnten ebenfalls noch 11 amtierende Richter als NS-belastet qualifiziert werden. So hat etwa der Amtsgerichtsrat *Lorenz* vom Amtsgericht Düsseldorf am 15. Januar 1943, als Richter am Volksgerichtshof, einen Angeklagten zum Tode verurteilt, weil er anstößige Parolen gegen Adolf Hitler an die Wand seiner Gefängniszelle gemalt hatte.

In *Rheinland-Pfalz* waren 1961 noch 8 Richter und Staatsanwälte im Dienst der Justiz, denen eine Beteiligung an exzessiven Todesurteilen zwischen 1933 und 1945 vorgeworfen wurde. Darunter fand sich etwa das Urteil des Amtsgerichtsrats *Kohlstadt* als Richter am Sondergericht *Prag* vom 22. Juli 1943. Der spätere Richter am Amtsgericht Koblenz verurteilte an diesem Tage einen jüdischen Angeklagten zum Tode, weil er mit gefälschten Papieren die ungarische Grenze passieren wollte, um seiner Deportation in ein Vernichtungslager zu entgehen. In einer an Sarkasmus kaum noch zu überbietenden Begründung führte das Gericht aus, „der Angeklagte habe das, ihm als Jude gewährleistete Gastrecht im Deutschen Reich durch seine schleichhändlerische Betätigung während des Kriegszustandes und seine freche Fälschung schwer verletzt“.

Sowohl im *Saarland* als auch in *Schleswig-Holstein* und auf *Bundesebene* hatten die jeweils zuständigen Justizminister dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages mitgeteilt, dass es keine Richter oder Staatsanwälte (mehr) im aktiven Dienst gäbe, die wegen ihrer

⁷⁴⁶ Ebenfalls *Boss*, Unverdienter Ruhestand, S. 170 mit weit. Nachw.

Beteiligung an sogenannten exzessiven Urteilen als untragbar einzustufen wären⁷⁴⁷. Diese Angaben können heute auf ihren Wahrheitsgehalt nicht mehr überprüft werden; sie erscheinen allerdings fragwürdig: Jedenfalls die diesbezügliche Information des damaligen Bundesjustizministers *Schäfer* dürfte unzutreffend gewesen sein. Insoweit kann auf die Ausführungen oben unter B. I. 5 (*Signifikante Beispiele*) verwiesen werden. Auch am Bundesgerichtshof gab es 1961 nach wie vor Richter, die an exzessiven Todesurteilen während der NS-Zeit, beteiligt waren. Auch hier stellt sich also die Frage, weshalb die Justizminister auf Bundes- und Landesebene so unterschiedlich genau auf die legitime Anfrage des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages geantwortet haben.

dd) Insgesamt steht jedenfalls fest, dass 1961 mindestens 71 aus der nationalsozialistischen Zeit *hoch belastete Richter und Staatsanwälte* noch im Justizdienst der westdeutschen Bundesländer standen. Wegen der bereits oben⁷⁴⁸ dargelegten sogenannten „Sperrwirkung“ für den Tatbestand der Rechtsbeugung, wurden sämtliche Ermittlungsverfahren gegen ehemalige NS-Richter, so sie denn überhaupt eingeleitet wurden, eingestellt. Die *verfassungsrechtliche Garantie der richterlichen Unabhängigkeit und das Legalitätsprinzip* verhinderten aber eine Amtsenthebung eben dieser Richter. Auch eine unfreiwillige Versetzung in den Ruhestand scheiterte letztlich aus demselben Grund. So wurde 1961/62 mit dem § 116 eine Regelung in das Deutsche Richtergesetz (DRiG) aufgenommen, die es den, wegen ihrer Beteiligung an exzessiven Todesurteilen während der NS-Zeit hoch belasteten Richtern und Staatsanwälten ermöglichen sollte, *freiwillig aus dem Amt auszuschcheiden* und in den Ruhestand zu treten. Die Antragsfrist lief am 30. Juni 1962 ab. Für den Gegenstand dieser Untersuchung ist wichtig festzustellen, dass damit noch 1961 hoch belasteten Richtern die Möglichkeit gegeben wurde, einer unfreiwilligen Amtsenthebung mit dem Hinweis auf ihre richterliche Unabhängigkeit zu begegnen. Weshalb dies allerdings auch für *mit richterlicher Unabhängigkeit nicht ausgestattete Staatsanwälte* geltend sollte, bleibt unerfindlich.

2. Organisation und Verfahren in Österreich

a) Beachtung der Bestimmungen des Besatzungsrechts

Durch den Anschluss an das Deutsche Reich am 13. März 1938 war Österreich für einen Zeitraum von über 7 Jahren faktisch von der politischen Landkarte verschwunden; eine Exilregierung existierte nicht. Waren sich die Alliierten seit der Moskauer Erklärung vom 1.

⁷⁴⁷ Vgl. *Boss*, Unverdienter Ruhestand, S. 186, 187

⁷⁴⁸ Siehe oben unter: B., I., 3. (S. 81 ff.)

November 1943 zwar grundsätzlich darüber einig, dass die Republik Österreich, nach der Unterwerfung der nationalsozialistischen Besatzer, als „freier und unabhängiger Staat“ wiedererrichtet werden sollte, galt es ab Mai 1945, dieses Ziel in die Tat umzusetzen. Auf den vorhandenen Staats- und Verwaltungsapparat zurückzugreifen, war im Falle Österreichs sogar noch problematischer als in Deutschland. Dies lag nicht an der zu befürchtenden NS-Vorbelastung des Personals, sondern im Wesentlichen an der fehlenden behördeninternen Organisationsstruktur und der Aufteilung des Landes in unterschiedliche Besatzungszonen und damit verschiedene Hoheitsbereiche. Nahezu sämtliche österreichischen Staatsorgane mussten nach 1945 neu gebildet werden und unterstanden der Kontrolle durch die Alliierten; die Republik Österreich besaß, bis zum Abschluss des Staatsvertrags 1955, nur eine *beschränkte Souveränität*. Dies kommt selbst in der *Unabhängigkeitserklärung* der politischen Parteien vom 27. April 1945 zum Ausdruck, in der die Provisorische Staatsregierung nur „*vorbehaltlich der Rechte der besetzenden Mächte*“ mit der Gesetzgebungs- und Vollzugsgewalt betraut wird⁷⁴⁹.

Die Alliierten regelten die staatsrechtliche Kontrolle Österreichs in mehreren Kontroll- und Zonenabkommen, die jeweils ohne österreichische Beteiligung, als Verträge zu Lasten Dritter, abgeschlossen wurden. Sukzessive wurde darin aber die politische Verantwortung auf österreichische Hoheitsträger (zurück-)übertragen, die sowjetischen Besatzer hatten in ihrer Zone bereits die Provisorische Staatsregierung anerkannt. Nach dem 1. Kontrollabkommen vom 4. Juni 1945 wurde die oberste Staatsgewalt – ähnlich wie in Deutschland – durch die Militärregierungen in ihren jeweiligen Besatzungszonen ausgeübt, d.h. Niederösterreich, das Burgenland sowie das Mühlviertel unterstanden den Vertretern des sowjetischen Militärs, Salzburg und Oberösterreich südlich der Donau der amerikanischen Regierung, Tirol und Vorarlberg den französischen Besatzern und Kärnten einschließlich Osttirol und die Steiermark der britischen Militärregierung. Wien war in vier Sektoren aufgeteilt, dessen Erster Bezirk durch die Streitkräfte der vier Besatzungsmächte gemeinsam verwaltet wurde. Die sog. *Alliierte Kommission für Österreich* bestand aus einem *Alliierten Rat* und einem *Exekutiv-Komitee*. Vergleichbar mit dem Alliierten Kontrollrat, dessen Zuständigkeit sich auf das Territorium Deutschlands beschränkte, bestand die Aufgabe des *Alliierten Rats* in der Koordination der Maßnahmen der jeweiligen Besatzer, die Österreich in seiner Gesamtheit betrafen. Seine Beschlüsse mussten einstimmig gefasst werden. Durch die Proklamation des Alliierten Rats vom 11. September 1945 übernahm dieser allerdings offiziell die „oberste Macht“ in Österreich. Inwieweit es aus staats- und verfassungsrechtlicher Hinsicht angemessen erscheint, den *Alliierten Rat* als oberste Staatsgewalt Österreichs zu bezeichnen, dürfte im Ergebnis wahrscheinlich genauso umstritten bzw. zweifelhaft sein, wie dies im Hinblick auf den Alliierten Kontrollrat

⁷⁴⁹ Vgl. Lehner, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 373

in Deutschland war⁷⁵⁰. Da es in Österreich jedoch nicht zu Spannungen und daraus resultierenden Kompetenzstreitigkeiten zwischen dem Alliierten Rat und den jeweiligen Besatzungsmächten kam, ist die Klärung dieser Frage praktisch nicht relevant geworden.

Entscheidend und insofern völlig unterschiedlich als in Deutschland ist aber, dass der Alliierte Rat bereits am 20. Oktober 1945 die Autorität der Provisorischen Staatsregierung für ganz Österreich anerkannte. Zwar konnte die Regierung offiziell nur unter der Führung und Kontrolle des Alliierten Rates ihr Amt ausüben. Die jeweils verabschiedeten Gesetze unterlagen deshalb einem Zustimmungsvorbehalt. Faktisch hatten die Alliierten aber, durch die Anerkennung der Autorität der Provisorischen Staatsregierung, bereits im Oktober 1945 die Souveränität teilweise übertragen. Als der neu gewählten Regierung durch die Nationalratswahlen im November 1945 eine demokratische Grundlage geliefert wurde, lockerten die Alliierten, durch das 2. Kontrollabkommen vom 28. Juni 1946, die Einflussnahme auf die österreichische Regierung erheblich. So wurde insbesondere der Zustimmungsvorbehalt für Gesetze des Nationalrats durch eine „Einspruchslösung“ ersetzt. Gesetze konnten danach in Kraft treten, sofern der Alliierte Rat nicht innerhalb von 31 Tagen Einspruch erhob.

Im Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass der österreichische Staats- und Verwaltungsaufbau – ganz im Gegensatz zu Deutschland – nicht von „unten nach oben“ sondern von „oben nach unten“ vollzogen wurde. Wie bereits dargestellt⁷⁵¹ wurde, hängt dies nicht zuletzt damit zusammen, dass die Alliierten Österreich „als Kollektiv“ nicht für die Verbrechen des nationalsozialistischen Terrorregimes verantwortlich machten. Zwar hatte man sich grundsätzlich vorbehalten, in einem fortschrittlichen Erziehungsprogramm „alle Spuren der Nazi-Ideologie auszumerzen und der österreichischen Jugend demokratische Grundsätze einzuprägen“⁷⁵². Tatsächlich handelte es sich dabei jedoch nur um gut gemeinte Absichten, aber letztlich sanktions- und damit ergebnislose Androhungen.

Ein einheitliches Erziehungsprogramm der Alliierten hatte es weder in Österreich noch in Deutschland gegeben, da zwischen den Besatzern, aus historischen Gründen, ein unterschiedliches Demokratieverständnis herrschte und insoweit auch kein Konsens über die Art und Weise der „Erziehung“ zu erzielen gewesen wäre. Anders als in Deutschland, wo diese ideologischen sowie wirtschaftspolitischen Unterschiede und Interessen der Beteiligten letztlich zur Teilung des Landes führten, sind sie in Österreich nicht relevant geworden. Die Alliierten beschränkten ihre Einflussnahme zunehmend darauf, dass sie die

⁷⁵⁰ Vgl. die Proklamation Nr. 2 des britischen Feldmarschalls Alexander: „Die höchste gesetzgebende, rechtsprechende und vollziehende Machtbefugnis und Gewalt in den von den Truppen unter meinem Befehl besetzten Gebiet ist in meiner Person als Oberster Befehlshaber der Alliierten Streitkräfte und als Militär-Gouverneur vereinigt.“

⁷⁵¹ Siehe bereits oben unter: A., II., 1. (S. 37 ff.)

⁷⁵² Vgl. Lehner, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 375 mit weit. Nachw.

Gesetzgebungsmaßnahmen der Provisorischen Staatsregierung bzw. später des Nationalrats kontrollierten. So musste in diesem Zusammenhang etwa das NS-Gesetz von 1947, auf Verlangen der Alliierten, in fast hundert Punkten geändert und verschärft werden. Der Vollzug der Gesetze unterlag dann aber den wieder neu errichteten österreichischen Behörden.

b) Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen des B-VG und der vorläufigen Verfassung

Wie bereits dargestellt⁷⁵³, kehrte man nach 1945 zu dem verfassungsrechtlichen Zustand von 1920/29 zurück, so dass der Begriff der *zweiten Republik* zumindest für das Verfassungsrecht eigentlich unzutreffend ist⁷⁵⁴. Richtig ist es dagegen, mit der *Unabhängigkeitserklärung* vom 27. April 1945 und der Vorläufigen Verfassung 1945, von einer (doppelten) verfassungsrechtlichen Diskontinuität⁷⁵⁵ zu sämtlichen früheren Verfassungen auszugehen – d.h. nicht nur zur Verfassungssituation während der Besatzung durch die Nationalsozialisten zwischen 1938 und 1945, sondern auch zu der ständestaatlichen Verfassung zwischen 1934 und 1938 und den Verfassungen zwischen 1918 und 1934⁷⁵⁶.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Diskontinuität musste nach 1945 sukzessive an den verfassungsrechtlichen Zustand des B-VG von 1929 angeknüpft werden. Dies geschah im Rahmen verschiedener *Überleitungsgesetze*. Die Provisorische Staatsregierung hatte demnach darüber zu befinden, welche Gesetze „frei und unabhängig“ von nationalsozialistischem Gedankengut waren und daher „übergeleitet“ werden konnten und welche – wegen ihrer Indoktrination durch das NS-Regime – außer Kraft gesetzt werden mussten⁷⁵⁷. Diese Aufgabe der „Überleitungen“ stand freilich auf einer Linie mit den *Entnazifizierungsmaßnahmen* der Alliierten, d.h. genauer der rechtlichen bzw. gesetzlichen Entnazifizierung⁷⁵⁸. So wurde durch das Verfassungs-Überleitungsgesetz (V-ÜG 1945) die Bundesverfassung (B-VG) in der Fassung von 1920/29 übergeleitet und durch das Rechts-Überleitungsgesetz (R-ÜG 1945) alle einfachgesetzlichen Normen, die nach dem Anschluss an das Deutsche Reich am 13. März 1938 erlassen wurden⁷⁵⁹. Schließlich erfolgte der Wiederaufbau der österreichischen Justiz- und Verwaltungsbehörden nach dem Behörden-Überleitungsgesetz (B-ÜG 1945). Bis zu den Nationalratswahlen am 25.

⁷⁵³ Siehe bereits oben unter: B., III., 1., a) (S. 147 ff.)

⁷⁵⁴ Vgl. dazu *Brauneder*, Österreichische Verfassungsgeschichte, S. 262

⁷⁵⁵ Ausführlich dazu bereits oben unter: B., III., 3., b) (S. 151 ff.)

⁷⁵⁶ Zutreffend *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 377

⁷⁵⁷ Vgl. dazu auch: *Stadler*, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 122 mit weit. Nachw.

⁷⁵⁸ Zum Begriff siehe oben unter: B., I., 1. (S. 54 ff.)

⁷⁵⁹ Vgl. etwa *Berka*, Verfassungsrecht, S. 11 f.

November 1945 übte die Provisorische Staatsregierung als oberste Zentralbehörde die Gesetzgebung und die Verwaltung sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene aus, wenngleich jeder Gesetzesbeschluss der Genehmigung durch den Alliierten Rat bedurfte. Unter- und Mittelbehörde in den Bundesländern war der jeweilige *Landeshauptmann*, der von der Provisorischen Staatsregierung aufgrund eines Vorschlags der Landesparteien ernannt wurde⁷⁶⁰.

Neben dem Nationalrat wurden am 25. November 1945 auch die Landtage der Bundesländer sowie der Gemeinderat von Wien gewählt. Damit waren sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene die Voraussetzungen für das in Kraft treten des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1920/29 wiederhergestellt. Die Gesetzgebung in den Bundesländern oblag damit den Landtagen und die Verwaltung den einzelnen Landesregierungen.

Die Gerichtsorganisation wurde durch das Gerichtorganisationsgesetz (GOG) und das B-ÜG 1945, überwiegend nach dem Stand vor dem Anschluss der Republik Österreich an das Deutsche Reich im März 1938 wiederhergestellt, belassen wurde aber etwa das Oberlandesgericht Linz. Da nach Art. 82 Abs. 1 B-VG die ordentliche Gerichtsbarkeit – ganz im Gegensatz zu Deutschland – vom Bund ausgeht, existieren in diesem Bereich ausschließlich Bundesgerichte⁷⁶¹. Anders war dagegen die Gerichtsorganisation auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts: In jedem Bundesland existiert ein Landesverwaltungsgericht sowie zusätzlich noch ein Bundesverwaltungsgericht und ein Bundesfinanzgericht. Die Gerichtsorganisation ergibt sich aus den jeweiligen Landesgesetzen.

In diesem Zusammenhang sei nochmals erwähnt, dass für die Verfolgung von Kriegsverbrechern und Nationalsozialisten von den Alliierten eine besondere Gerichtsform geschaffen wurde, die sog. *Volksgerichte*. Insgesamt wurden vor diesen Gerichten gegen 130.000 Personen Ermittlungen nach dem Verbotsgesetz und dem Kriegsverbrechergesetz durchgeführt, 60% der Verfahren wurden eingestellt, 13.597 endeten dagegen mit einem Schuldspruch⁷⁶². Wenngleich die anfänglichen Erwartungen an diese Gerichte am Ende nicht erfüllt wurden, ist die bloße Anzahl der verurteilten Täter bereits ein Indiz dafür, dass es in Österreich jedenfalls eine *justizielle Aufarbeitung der NS-Zeit* gegeben hat. Etwas merkwürdig mutet allerdings auch hier die zeitliche Zäsur im Jahre 1955 an. Dass die Volksgerichte ausgerechnet in dem Jahr abgeschafft wurden, in dem die Republik Österreich durch den Staatsvertrag ihre volle Souveränität, und damit die Verantwortung

⁷⁶⁰ Vgl. dazu ausführlich *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 380

⁷⁶¹ Vgl. etwa *Berka*, Verfassungsrecht, S. 273

⁷⁶² *Lehner*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, S. 381

für diesen Gerichtszweig erlangte, wirft zumindest insoweit einen Schatten über dieses Jahr.

C. Bewertung der Praxis der Weiterverwendung oder Wiedereinstellung von Richtern vor dem Hintergrund der Spannungslage zwischen verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen einerseits und dem Schutz richterlicher Unabhängigkeit andererseits

I. In Betracht kommende Wertungsmaßstäbe

1. Relevanz der umstrittenen Rechtsfolgen der Kapitulation am 8./9. Mai 1945?

a) Über die oben⁷⁶³ ausführlich dargestellte Kontroverse zwischen der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der des Bundesgerichtshofes – ergänzt durch die intensive Diskussion im Kreis der Deutschen Staatsrechtslehre⁷⁶⁴ – zu den Rechtsfolgen der Kapitulation vom 8./9. Mai 1945 hinaus hat die Frage, ob der völlige Zusammenbruch der nationalsozialistisch geprägten Staatsorganisation des Deutschen Reiches einen staatsrechtlichen Neuanfang in Deutschland erforderte oder aber das Deutsche Reich fort galt, noch Jahrzehnte lang die wissenschaftliche und politische Diskussion beschäftigt⁷⁶⁵. Dabei waren nicht nur die methodischen Ausgangspunkte höchst unterschiedlich, sondern es fällt vor allem auf, dass die *formellen Grundlagen der Kapitulation* meist völlig ausgeblendet wurden⁷⁶⁶. Die maßgeblichen Urkunden der bedingungslosen Kapitulation sind als „militärisch“, nämlich als „*Act of military surrender*“, bezeichnet worden. Sie sind im „Namen des deutschen Oberkommandos der Wehrmacht“ von General Oberst A. Jodl bzw. „für das Oberkommando der Deutschen Wehrmacht“ von den Befehlshabern der drei Waffengattungen Generalfeldmarschall W. Keitel (Heer), Generaloberst H.-J. Stumpff (Luftwaffe) und Admiral A. G. von Friedeburg (Marine) unterzeichnet worden. Von alliierter Seite wurden sie ebenfalls von Militärbefehlshabern unterschrieben, wobei „in Gegenwart von“ bzw. als „Zeuge“ vermerkt war, um den Eindruck zu erwecken, dass es sich um eine *einseitige* Erklärung der deutschen Seite handelte⁷⁶⁷. Jedenfalls spielte keine Rolle, ob die

⁷⁶³ Siehe oben unter: B., III., 2. (S. 126 ff.)

⁷⁶⁴ Siehe oben unter: B., III., 2., d) (S. 141 ff.); sowie dazu eingehend: von der Heydte/Dürig, Der deutsche Staat im Jahr 1945 und seither, VVDStRL Bd. 13, S. 6 ff., 27 ff. 59 ff.

⁷⁶⁵ Meist unter dem Stichwort: „Deutschlands Rechtslage“, so wörtlich der Titel der Untersuchung von Stödter, Deutschlands Rechtslage; zu emotionalen Beweggründen bei der Erörterung und Lösung dieser Frage, von der Heyde, VVDStRL Bd. 13 (1955), S. 24; dazu eingehend und mit überzeugenden Argumenten, Stern, Das Staatsrecht der BRD Bd. V, Die geschichtlichen Grundlagen des Deutschen Staatsrechts, S. 1103 ff. mit weit. Nachw.

⁷⁶⁶ Dazu Stern, Das Staatsrecht der BRD Bd. V, S. 917 ff. (Fn. 22)

⁷⁶⁷ Vgl. Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, Rdnr. 211; Ipsen, Völkerrecht, § 66, Rdnr. 6

Militärbefehlshaber von ihrer Regierung bevollmächtigt waren oder nicht; denn sie sind, kraft ihrer militärischen Befehlsgewalt *völkerrechtlich* zur Kapitulation befugt gewesen⁷⁶⁸. Im Übrigen hatten sowohl *Jodl* als auch *Keitel* eine Vollmacht von *Dönitz*, dem Nachfolger Hitlers. Außerdem ergibt sich aus Nr. 4 der Kapitulationsurkunde, dass man sich „allgemeine Kapitulationsbestimmungen“ von alliierter Seite noch vorbehalten wollte. Sie sollten „Deutschland ... als Ganzes“ betreffen. Hierin ist ein letzter Anknüpfungspunkt an die, auch politisch gedachte, Kapitulationsurkunde der European Advisory Commission (EAC) zu finden. Ein solches „allgemeines“ politisches Kapitulationsinstrument ist jedoch *später nicht eingesetzt* worden. Offenbar wollte man im Hinblick auf die weitere politische Entwicklung in Deutschland, eine Art „Dolchstoßlegende“ nach dem Vorbild von 1918 vermeiden. Aus allem muss geschlossen werden, dass die Kapitulation vom 8./9. Mai 1945 *ausschließlich völkerrechtlich* zu verstehen war, jedenfalls aber keine rechtlich relevanten Folgerungen für die Rechtslage des deutschen Staates bewirkte.

b) Würdigt man in diesem Sinne die völkerrechtlichen Dokumente und Erklärungen richtig, dann dürfte von deutscher Seite zu Recht von einem *Fortbestand des deutschen Staates* ausgegangen werden, und zwar auf der Grundlage auch der *staatsrechtlichen Argumentation*. Bekanntlich kennzeichnet ein Staat die Existenz der drei Elemente, Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt⁷⁶⁹. Dies im Falle Deutschlands nach 1945 nachzuweisen, ist wesentlich leichter als bei einer Neugründung von Staaten, da nur zu beweisen war, ob eines dieser Elemente von einem, unzweifelhaft bis 1945 vorhandenen, Staat weggefallen war oder nicht. Dies war für das *Staatsvolk* auszuschließen. Auch hinsichtlich der Existenz eines *deutschen Staatsgebiets* in den Grenzen vom 31. Dezember 1937 bestanden für das Kerngebiet, nämlich die vier Besatzungszonen, keine Zweifel. Problematisch war allein die Existenz einer deutschen *Staatsgewalt*, die zunächst sowohl *de jure* als auch *de facto* fehlte, weil oberste Gewalt ausschließlich von den Besatzungsmächten ausgeübt wurde⁷⁷⁰. Vielfach wurde angenommen, diese Gewalt werde „treuhänderisch“ für nicht vorhandene deutsche Staatsorgane ausgeübt oder sei gar deutsche Staatsgewalt. Diese Ansicht lässt sich indessen aus den alliierten Abmachungen und Erklärungen nicht ableiten. Die jeweiligen Zonenbefehlshaber übten *völkerrechtliche Gewalt* aus, sie waren nicht im deutschen Namen tätig⁷⁷¹. Allerdings wird in der Berliner Erklärung vom 5. Juni 1945 in der Präambel sowie im Abschnitt III. A 1. des Potsdamer Protokolls zum Ausdruck gebracht, dass weder die „Annektierung

⁷⁶⁸ Vgl. *Seidl-Hohenveldern*, a.a.O., Rz. 211

⁷⁶⁹ Die „Drei Elemente-Lehre“ bzgl. des Vorliegen eines Staates geht auf G. *Jellinek*, Allgemeine Staatsrechtslehre, S. 396 ff. zurück; ders., Die Lehre von den Staatsverbindungen; *Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht (1994), § 7.I., S. 231 mit weit. Nachw.; Maurer, Staatsrecht I, § 1 Rdnr. 10 ff.

⁷⁷⁰ *Stern*, Das Staatsrecht der BRD Bd. V., S. 1108, 1109 mit weit. Nachw.

⁷⁷¹ *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 185 mit weit. Nachw.

Deutschlands bewirkt“ noch die „Vernichtung“ oder „Versklavung“ des deutschen Volkes herbeigeführt werden sollte, sondern nur die „Ausrottung“ des deutschen „Militarismus“ und „Nazismus“. Vielmehr wollten „die Alliierten dem deutschen Volk die Möglichkeit geben, sich darauf vorzubereiten, ein Leben auf einer demokratischen und friedlichen Grundlage von Neuem wieder aufzubauen“.

Im Ergebnis war die deutsche Staatsgewalt *eingeschränkt* und *nicht souverän*⁷⁷². Gleichwohl war das *dritte Element* der Existenz eines Staates *erfüllt*: Die in den vier Besatzungszonen (wieder) errichteten *Länder übten deutsche Staatsgewalt*, allerdings keine *Reichsstaatsgewalt* aus. Auch wenn teilweise die Länder – beschränkt auf ihr Hoheitsgebiet – von Befugnissen, die nach fortgeltendem Recht nur Reichsorganisationen erteilt wurden, Gebrauch machten, so war die von ihnen wahrgenommene Staatsgewalt keine *Gesamtstaatsgewalt*. Reichsstaatsorgane wurden von den Besatzungsmächten weder eingesetzt noch zugelassen. Über den deutschen Gesamtstaat konnten sie sich nicht einigen. Deutsche *Länderstaatsgewalt* war mithin zwar *deutsche Staatsgewalt*, aber keine Staatsgewalt des deutschen Reiches⁷⁷³.

Für die *Existenz eines deutschen Staates* reichte diese Staatsgewalt aus. Zwar fehlten nach dem „Zusammenbruch“ der deutschen gesamtstaatlichen Organisation *handlungsfähige Staatsorgane*. Das Völkerrecht erkennt jedoch durchaus die Rechtssubjektivität eines Staates auch ohne Handlungsfähigkeit an⁷⁷⁴. Deutschland war insoweit nicht der erste Fall⁷⁷⁵. Ob sich an dieser Situation mangelnder Handlungsfähigkeit durch Zeitablauf etwas hätte ändern können, mag dahingestellt bleiben; denn im weiteren Verlauf der staatlichen Entwicklung erlangte jedenfalls Westdeutschland wieder handlungsfähige Organe.

c) Im Zusammenhang mit einer kritischen Würdigung die Auseinandersetzungen des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs über die Rechtsfolgen der Kapitulation vom 8./9. Mai 1945 ist im Einzelnen dargelegt, dass die normative Entscheidung über diese Rechtsfolgen letztlich für die Lösung des *Spannungsverhältnisses zwischen der Entnazifizierung auf der einen Seite und dem Aufbau eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats auf der anderen Seite* – also dem Kern der vorliegenden Untersuchung – nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist. Denn wenn man einen Fortbestand der dienstrechtlichen Rechtsverhältnisse NS-

⁷⁷² Dazu eingehend *Stern*, Das Staatsrecht der BRD Bd. V, S. 916 ff. mit umfangreichen Nachw.; *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 248

⁷⁷³ Dazu die bei *Stödter*, Deutschlands Rechtslage, S. 249 ff. angeführten Beispiele; *Stern*, Das Staatsrecht der BRD Bd. V, S. 1115

⁷⁷⁴ *Kimminich*, Einführung in das Völkerrecht, S. 104; v. *Epping*, in: Ipsen, Völkerrecht, § 4, Rdnr. 9; Seidl-Hohenveldern, Völkerrecht, Rdnr. 616, 739 f.

⁷⁷⁵ *Stern*, Das Staatsrecht der BRD Bd. V, S. 116 (Fn. 100)

belasteter Richter auch über 1945 hinaus annähme, dann wäre eine Überprüfung auf ihre Eignung und Befähigung entweder im Verfahren der Entnazifizierung oder später der Richteranklage durchaus statthaft gewesen; würde man hingegen von einer Auflösung sämtlicher im Mai 1945 bestehender Rechtsverhältnisse des öffentlichen Dienstes ausgehen, dann wäre eine Überprüfung der Verfassungstreue im Einzelfall (vgl. Art. 33 Abs. 2 GG) jedenfalls in den Verfahren der Wiedereinstellung möglich und auch rechtlich erforderlich. Deshalb muss bei einer *verfassungsrechtlichen Bewertung der Praxis der Weiterverwendung bzw. Neueinstellung NS-belasteter Richter im Rahmen des Wiederaufbaus der richterlichen Rechtspflege in Deutschland* auf Bundes- und Landesebene davon ausgegangen werden, dass die Entscheidung über die Rechtsfolgen des Zusammenbruchs des nationalsozialistisch geprägten Deutschen Reiches am 8./9. Mai 1945 *nicht ausschlaggebend ist*. Diese Erkenntnis wird nunmehr durch eine primär völker- und staatsrechtliche Interpretation der formellen Voraussetzungen der Kapitulationsurkunde bestätigt.

2. Auflösung der Spannungslage im Einzelfall durch Rechtsgüterabwägung im Wege praktischer Konkordanz

Rechtsnormative Spannungslagen oder, wie es im Untertitel dieser Untersuchung heißt, *Zielkonflikte* treten im System unterschiedlicher Rechtsquellen häufig auf und bedürfen daher bei der Lösung konkreter Einzelfälle oder durch bestimmte Merkmale gekennzeichnete Gruppen von Fällen zumindest dann einer rechtsverbindlichen Lösung, wenn sich die Rechtsgüter aus *gleichrangigen Rechtsnormen* ergeben. Denn bei Rechtsquellen unterschiedlicher Rangordnung steht der Geltungs- oder zumindest Anwendungsvorrang einer der jeweils kollidierenden Rechtsquellen von vornherein fest; so bricht Bundesrecht im Kollisionsfall Landesrecht (Art. 31 GG)⁷⁷⁶ und gebührt Europarecht, sogar gegenüber *nationalem Verfassungsrecht*, ein Anwendungsvorrang⁷⁷⁷. Die in dieser Untersuchung generell oder in Einzelfällen konkurrierenden oder gar kollidierenden Rechtsgüter der richterlichen Unabhängigkeit einerseits und der Wahrung verfassungsgestaltender Grundentscheidungen (insbesondere Gewaltenteilung i.V.m. organisatorischer Funktionentrennung sowie Rechtsstaatsprinzip) andererseits, ergeben

⁷⁷⁶ Eine Kollision zwischen Bundes- und Landesrecht setzt allerdings voraus, dass die jeweiligen Normen auf denselben Sachverhalt anwendbar sind (vgl. BVerfGE 26, 116/135 f.; 96, 345/364; 98, 145/159; NVwZ 2009, 1429) und zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen (BVerfGE 36, 342/363; 121, 317/348) bzw. unvereinbare Normbefehle enthalten; *Bernhardt/Sacksofsky*, in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 31 Rdnr. 53.

⁷⁷⁷ vgl. BVerfGE 73, 339/375; 85, 191/204; 123, 267/402; 126, 286/302; BGHZ 177, 12 Rz. 32. Dieser Anwendungsvorrang setzt allerdings die innerstaatliche Anwendbarkeit von EU-Recht voraus, BVerfGE 123, 267/401

sich aus nationalem Verfassungsrecht. Dies ist unter der Geltung des Grundgesetzes ab 1949 durch die Regelungen in Art. 20 Abs. 3 GG einerseits sowie Art. 92 und Art. 97 GG andererseits eindeutig. Wie allerdings oben mehrfach dargestellt⁷⁷⁸, galt nach 1945 in den Ländern entweder neu geschaffenes Landesverfassungsrecht oder aber durch Übernahme oder Verweis grundlegende Regeln der Weimarer Reichsverfassung⁷⁷⁹, die auf gesamtstaatlicher Ebene erst durch das Inkrafttreten des Grundgesetzes abgelöst wurden.

Auf dem Gebiet des Verfassungsrechts aber gilt, wegen der Staatsqualität der Länder⁷⁸⁰, nicht der prinzipielle Vorrang des gesamtstaatlichen Verfassungsrechts (Art. 31 GG), sondern die notwendige *Homogenität*⁷⁸¹ der verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen (Art. 28 Abs. 1 GG). Diese erstrecken sich auch und gerade auf Gewaltenteilung und Rechtsstaatlichkeit einerseits sowie die funktionale und persönliche Unabhängigkeit richterlicher Rechtspflege andererseits⁷⁸². Soweit, wie oben auch an ausgewählten Beispielen dargestellt⁷⁸³, es bei dem tatsächlichen Wiederaufbau richterlicher Rechtsprechungsfunktion durch Weiterverwendung von NS-belasteten Richtern oder ihrer Neueinstellung zu Spannungen, Zielkonflikten oder gar direkten Kollisionen von Rechtsgütern gekommen ist oder hätte kommen können, sind diese durch *Rechtsgüterabwägung* zu lösen⁷⁸⁴. Maßgeblicher Ansatz hierfür ist das Prinzip der *Verhältnismäßigkeit*⁷⁸⁵, welches sich im geltenden Verfassungsrecht letztlich aus dem Rechtsstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 3 GG oder im Bereich der Grundrechte aus Art. 19 Abs. 2 GG ergibt. Bei der Beschränkung eines von der Verfassung gewährten Rechtsguts durch kollidierendes Verfassungsrecht (also einem Widerspruch mit einem anderen verfassungsrechtlich garantierten Recht), ergibt sich für den notwendigen Rechtsgüterausgleich ein *Gestaltungsspielraum* aus dem Umstand, dass das einzuschränkende Recht bis zur *Grenze* der Verhältnismäßigkeit beschränkt werden darf,

⁷⁷⁸ Siehe oben unter: B., IV., 1. (S. 168 ff.)

⁷⁷⁹ Zur Fortgeltung der Weimarer Reichsverfassung ausführlich mit weit. Nachw. *Stern*, Staatsrecht Bd. V, S. 809 ff.; zu den für die vorliegende Untersuchung relevanten Grundentscheidungen der Gewaltenteilung und des Rechtsstaatsprinzips in der Weimarer Reichsverfassung (Art. 68 ff.) eingehend *Stern*, Das Staatsrecht der BRD Bd. V, S. 618 ff. mit dem Hinweis, dass die Verfassungstexte des Grundgesetzes, insbesondere Art. 20 Abs. 2 GG, an diese Gewaltenteilung bzw. an dieses Funktionensystem anknüpfen.

⁷⁸⁰ Vgl. dazu *Menzel*, Landesverfassungsrecht: Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat; *Boehl*, Verfassungsgebung im Bundesstaat; *Kersten*, Homogenitätsgebot und Landesverfassungsrecht, DÖV 1993, 896; *Rozek*, Das GG als Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte.

⁷⁸¹ Damit besteht vor dem Hintergrund der bundesstaatlichen Ordnung des Grundgesetzes nur eine eingeschränkte Bindungswirkung für die Verfassungsgestaltung der Länder, vgl. BVerfGE 83, 60/71; 93, 37/66; Brem. StGH, DVBl. 91, 1075

⁷⁸² *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 28 Rdnr. 4; vgl. insbesondere BVerfGE 83, 60/71; 93, 37/66.

⁷⁸³ Siehe oben unter: B., IV., 1., c) (S. 176 ff.)

⁷⁸⁴ Dies ist letztlich eine Folge des anerkannten Prinzips bzw. Auslegungsziels der *Einheit der Verfassung*, vgl. BVerfGE 30, 1/19; *Maurer*, Staatsrecht I, § 1 Rz. 60/61 f.

⁷⁸⁵ Zu den Grundlagen dieses Prinzips statt *Vieler*: *Maurer*, Staatsrecht I, § 8 Rdnr. 55; *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 20 Rdnr. 86 ff.; BVerfGE 104, 337/349; 126, 112/152

während der Schutz des zu fördernden Rechts oder Verfassungsguts nur in einem *Kernbereich* verfassungsrechtlich vorgegeben ist⁷⁸⁶. Dabei müssen die Verfassungsrechtsgüter „im Konfliktfall“ nach Möglichkeit zum Ausgleich gebracht werden; lässt sich dies nicht erreichen, so ist unter Berücksichtigung der *falltypischen Gestaltung* und der besonderen *Umstände* zu entscheiden, welches Rechtsgut zurückzutreten hat⁷⁸⁷. Notwendig ist „ein verhältnismäßiger Ausgleich“ gegenläufiger Interessen mit dem Ziel ihrer *Optimierung*⁷⁸⁸, mithin ein schonender Ausgleich nach dem *Grundsatz praktischer Konkordanz*⁷⁸⁹ sowie unter Beachtung sonstiger Vorgaben des geltenden Verfassungsrechts⁷⁹⁰. Da es insoweit um die Abwägung von Rechtsgütern geht, denen auf beiden Seiten Verfassungsrang zukommt, käme bei gesetzlicher Regelung der Konfliktsituation dem *parlamentarischen Gesetzgeber* ein *erheblicher Spielraum* zu⁷⁹¹.

Für die vorliegende Untersuchung bedeutet dies, dass jedenfalls nach Inkrafttreten des *Deutschen Richtergesetzes im Jahr 1962*, die dort getroffene Regelung des § 116 DRiG eine rechtlich zu beachtende Grundlage für die Auflösung der in dieser Untersuchung behandelten Spannungslage normiert. Dabei ergibt sich bereits aus dem Inhalt des Verhältnismäßigkeitsprinzips bzw. des Grundsatzes der praktischen Konkordanz, dass es *stets einer Rechtsgüterabwägung im Einzelfall* bedarf. Für die Bewertung des tatsächlichen Wiederaufbaus der richterlichen Rechtspflege in Deutschland, ist insoweit von entscheidender Bedeutung, ob und in wie weit es bei der Weiterverwendung oder Wiedereinstellung des Richterpersonals wirklich stets sorgfältige *Einzelfallprüfungen* gegeben hat, bei denen unter dem Gesichtspunkt der Eignung und Befähigung einerseits, das Ausmaß an NS-Belastung sowie der fachlichen Qualifikation und rechtsstaatlichen Bewährung andererseits, zu berücksichtigen ist. Die oben geschilderten exemplarischen Fallbeispiele⁷⁹² sowie die höchst unterschiedlichen Ergebnisse auf Bundes- und Länderebene belegen allerdings, dass eine solche, rechtsstaatlichen Anforderungen genügende, Einzelfallprüfung in Deutschland gerade nicht stattgefunden hat; vielmehr waren ausschließlich die Entnazifizierungsmaßnahmen der Alliierten für die Wiedereinstellung der ehemaligen NS-Richter entscheidend. Wie bereits mehrfach

⁷⁸⁶ Vgl. *Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1985, S. 382 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Vorb. vor Art. 1, Rdnr. 52 mit weit. Nachw.

⁷⁸⁷ BVerfGE 35, 202/225; 67, 213/228; 81, 278/293

⁷⁸⁸ BVerfGE 81, 278/292

⁷⁸⁹ BVerfGE 93, 1/21; zu diesem Abwägungsprinzip statt Vieler: *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Vorb. vor Art. 1 Rdnr. 52; *Maurer*, Staatsrecht I, § 1 Rdnr. 62; BVerfGE 30, 173/193 ff.; 69, 213/228 ff.

⁷⁹⁰ BVerfGE 128, 1/41

⁷⁹¹ BVerfGE 97, 169/176

⁷⁹² Siehe oben unter: B., IV., 1., c) (S. 176 ff.)

ausgeführt, standen diese unter dem tatsächlichen Druck des Wiederaufbaus. Zur Zeit der Entstehung des Grundgesetzes waren sämtliche belastete Richter bereits wieder im Amt.

II. Bewertung des tatsächlichen Wiederaufbaus der richterlichen Rechtspflege in Deutschland anhand der relevanten Maßstäbe

a) Die Wiedereinstellungen bzw. Weiterbeschäftigung von NS-belasteten Richtern in den deutschen Justizdienst nach 1945, erfolgte in den 3 westlichen Besatzungszonen nach den jeweiligen Bestimmungen des Besatzungsrechts. Wenngleich von Seiten der Alliierten versucht wurde, die Entnazifizierung *einheitlich*, d.h. zonenübergreifend über den Alliierten Kontrollrat zu koordinieren, erfolgte der Wiederaufbau der Behörden- und Verwaltungsorganisation zunächst dezentralisiert. Es wurde bereits umfassend dargestellt⁷⁹³, dass die alliierten Besatzer bei dem Wiederaufbau der Gerichtsorganisation wegen Personalmängel zunehmend auf belastete Richter zurückgriffen; Entnazifizierung und Wiederaufbau erfolgten nicht nacheinander und aufeinander aufbauend, sondern vielmehr zeitgleich und parallel.

Klarestellt werden muss insoweit, dass die Bestimmungen der Landesverfassungen mit ihren Regelungen über Gewaltenteilung, Funktionentrennung und Rechtsstaatlichkeit als Grundlage der vorzunehmenden normativen Güterabwägung im Einzelfall, hinter den Entscheidungen der Militärregierungen notfalls zurücktreten mussten, da dem Besatzungsrecht insoweit ein grundsätzlicher Anwendungsvorrang gegenüber den verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Bundesländer einzuräumen ist⁷⁹⁴. Diese Wertung scheint auch sachlich gerechtfertigt, denn die einzelnen Landesverfassungen traten – mit Ausnahme von der britischen Besatzungszone – schon in Kraft, als die Entnazifizierungsmaßnahmen noch ausschließlich von den Alliierten durchgeführt und koordiniert wurden, mithin also noch nicht auf die wiedereingerichteten deutschen Behörden und Spruchkammern übertragen waren. Demnach wäre es ein verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigter Wertungswiderspruch, wenn man den Prinzipien der verfassungsmäßigen Ordnung der Bundesländer den Vorrang vor den Bestimmungen des Besatzungsrechts einräumen wollte, welche die Wiedereinstellungen bzw. Weiterbeschäftigungen gesetzlich legitimierten. Denn als die ersten deutschen Verfassungen auf Länderebene in Kraft traten, war noch nicht abzusehen, dass die Entnazifizierung der Richterschaft allgemein und insbesondere wegen dem folgenschweren „Gleichlauf“ zwischen Entnazifizierung und staatlichem Wiederaufbau scheitern würde.

⁷⁹³ Siehe oben unter: A., III. (S. 50 ff.)

⁷⁹⁴ Vgl. insoweit etwa Art. 158, 159 der LV-Hessen, Art. 184 LV-Bayern, Art. 140 LV-Rh.-Pfalz

Darin liegt gerade der wesentliche Unterschied zu den Wertungsmaßstäben des Bonner Grundgesetzes von 1949, weil zu diesem Zeitpunkt der überwiegende Misserfolg der (personellen) Entnazifizierung bereits bekannt war⁷⁹⁵. Jedem Richter, dem zwischen dem 8. Mai 1945 und der Gründung der Bundesrepublik am 23. Mai 1949, eine Beteiligung an exzessiven Todesurteilen in der Zeit zwischen 1933 und 1945, im Rahmen der Entnazifizierungsverfahren, nachgewiesen worden wäre, hätte unweigerlich die Entfernung aus seinem Richteramt durch die alliierten Besatzer gedroht und keine Bestimmung der Landesverfassungen wäre geeignet oder im Stande gewesen, dies zu verhindern.

Weshalb die auf einzelne Personen bezogene Entnazifizierung scheiterte und wieso die Beteiligung von wiedereingestellten Richtern an NS-Todesurteilen erst über 10 Jahre später in den Fokus der öffentlichen Meinung und Kritik trat, wurde bereits angesprochen⁷⁹⁶ und ist nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Jedenfalls ist der *generelle Vorrang* des Besatzungsrechts gegenüber alten oder neueren Verfassungen der Bundesländer eindeutig; sie wird auch durch das 1949 in Kraft getretene Grundgesetz akzeptiert⁷⁹⁷. Im Kollisionsfalle werden demnach die verfassungsgestaltenden Grundentscheidungen etwa der Gewaltenteilung und Funktionentrennung oder der Unabhängigkeit von Richtern, im Rahmen ihrer rechtsprechenden Tätigkeit, von den besatzungsrechtlichen Vorschriften verdrängt. Insoweit bedarf es der oben dargestellten⁷⁹⁸ Rechtsgüterabwägung im Einzelfall nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz nicht. Zu hypothetisch und daher nicht erheblich ist die Frage, ob die Alliierten ihre Wiedereinstellungsverfügungen generell oder zumindest im Einzelfall überdacht hätten, wenn ihnen schon damals die Entgleisungen einzelner Richter, im Rahmen ihrer Amtstätigkeit während der NS-Zeit, bekannt gewesen wäre und ob es deshalb angebracht sein könnte, nachträglich entweder die Wertungsmaßstäbe der Landesverfassungen im Rang aufzuwerten oder Bestimmungen der Besatzungsmächte, im Hinblick auf die Wiedereinstellungen, abzuwerten. Wie bereits ausgeführt⁷⁹⁹, kann die Bewertung der verfassungsrechtlichen Spannungslage nur aus der damals aktuellen Situation im Rahmen einer *ex ante* Betrachtung erfolgen.

b) Im Hinblick auf die Wertvorstellungen und Garantien der *Weimarer Reichsverfassung* kann im Ergebnis nichts anderes gelten. Formell ist die Weimarer Reichsverfassung von 1919 zwar niemals außer Kraft gesetzt worden, sodass sie zumindest theoretisch auch nach 1945 Anwendung finden könnte⁸⁰⁰. Historisch und verfassungsrechtlich nicht

⁷⁹⁵ Siehe bereits oben unter: B., II., 2., d. (S. 118) mit weit. Nachw.; B., III., 2. (S. 134, 135)

⁷⁹⁶ Siehe oben unter: B., IV., 1., c) (S. 176 ff.)

⁷⁹⁷ Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, Art. 93, Rdnr. 23 sowie Art. 100, Rdnr. 7a

⁷⁹⁸ Siehe oben unter: C., I., 2. (S. 189 ff.)

⁷⁹⁹ Siehe oben unter: B., III., 2. (S. 125, 126)

⁸⁰⁰ Schneider, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: HStR I, § 5 Rdnr. 85; dazu auch ausführlich oben unter: B., II., 2., c), cc) (S. 110 ff.)

gerechtfertigt wäre jedoch der Versuch, die Wiedereinstellungsverfügungen der Alliierten nach 1945 bzw. die ausdrücklich oder stillschweigend geduldete Weiterverwendung belasteter NS-Richter an der Weimarer Verfassung zu messen.

Ohne jeden Zweifel war diese, bis zu diesem Zeitpunkt, die modernste und liberalste Verfassung auf dem Staatsgebiet des Deutschen Reichs⁸⁰¹. Insbesondere die in ihr bereits fest verankerten Garantien der Rechtsstaatlichkeit, der Gewaltenteilung bzw. Funktionentrennung und der sich daraus ergebenden Unabhängigkeit der Richter⁸⁰², sowie der umfassende Katalog von Grund- und Freiheitsrechten⁸⁰³, verdeutlichen dies besonders anschaulich. Ein demokratischer und liberaler Rechtsstaat begründet sich jedoch nicht allein darauf, dass eine Verfassung diese Garantien und Wertvorstellungen verbindlich für die Staatsgewalt und die Bürger vorgibt. Vielmehr belegen gerade die moderne Verfassungsgeschichte sowie die Entstehungsgeschichte der Grund- und Menschenrechte eine umgekehrte Reihenfolge: Die Menschenrechtserklärungen in den nordamerikanischen Staaten Ende des 18. Jahrhunderts und das Bekenntnis zu bestimmten, „[...] unveräußerlichen Rechten, denen die Menschen – wenn sie in den Staat einer Gesellschaft eintreten – [...] durch keinen Vertrag entkleidet [werden] können, nämlich den Genuss von Leben und Freiheit [...] sowie das Streben nach Glück und Sicherheit“⁸⁰⁴ verdeutlichen, dass in der neuzeitlich-liberalen Verfassungsentwicklung, sich die Menschen ihre Verfassung entweder selber geben oder eine bestehende Verfassung im Hinblick auf diese unveräußerlichen Rechte ergänzen. Dadurch nehmen sie einen wesentlichen Einfluss darauf, nach welcher rechtlichen, politischen und gesellschaftlichen Werteordnung der Staat aufgebaut und ihr gemeinschaftliches Zusammenleben begründet sein soll. Zutreffend weist *Konrad Hesse* in diesem Sinne darauf hin, dass es die Aufgabe einer Verfassung ist, politische Einheit zu bilden, fortzubilden und zu bewahren⁸⁰⁵.

Die Weimarer Reichsverfassung von 1919 fand jedoch weder eine demokratisch-rechtsstaatlich orientierte politische Einheit vor, noch begründete sie eine solche Einheit oder gestaltete sie eine solche aus. Entstanden vor dem Hintergrund der unabwendbaren militärischen Niederlage des ersten Weltkriegs, der Abdankung des Kaisers, dem sich daran anschließenden Ausruf der Republik durch den Sozialdemokraten *Scheidemann* sowie der „Sozialistischen Republik“ durch *Karl Liebknecht* und dem Friedensvertrag von Versailles vom 28. Juni 1919, lieferte sie allenfalls einen mehr oder weniger beachteten rechtlichen Rahmen für ein emotional aufgeladenes politisches Chaos. Der amerikanische Präsident *Woodrow Wilson* hatte am 23. Oktober 1918 verkündet, dass „mit den

⁸⁰¹ Siehe dazu bereits oben unter: B., II., 2., a) (S. 96 ff.)

⁸⁰² Vgl. *Schneider*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: HStR I, § 5 Rdnr. 31

⁸⁰³ *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, § 37 Rdnr. 20 ff. mit weit. Nachw.

⁸⁰⁴ Vgl. insoweit Art. 1 „*Bill of Rights von Virginia*“ (1776) in: *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, S. 6

⁸⁰⁵ *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 8

monarchischen Autokraten Deutschlands“ nicht über einen Friedensvertrag verhandelt würde und dadurch indirekt eine Forderung nach Abdankung erhoben, welcher Kaiser *Wilhelm II.* am 9. November 1918 nachkam⁸⁰⁶. Nur wenige Stunden später wurde die Republik ausgerufen. Dadurch wurde die Republik für die Mehrheit der Deutschen zu einem Fluch, obwohl sie doch eigentlich zu einem Segen hätte werden können. Der sog. „Vierzehn-Punkte Plan“ für einen gerechten Frieden ohne Sieger und Besiegte, den der amerikanische Präsident republikanischen deutschen Regierungsvertretern im Gegenzug für die Abdankung des Kaisers in Aussicht gestellt hatte, erwies sich als *Danaergeschenk*. Bei den Friedensverhandlungen in Versailles mussten die amerikanischen Regierungsvertreter nämlich erkennen, dass die anderen Weltmächte „[...] *nicht gewillt waren, sich den Sieg und seine Beute durch die Träumereien des Präsidenten Wilson rauben zu lassen*“⁸⁰⁷. Für das Deutsche Reich war dieser Vertrag, unabhängig von seiner emotionalen Schmach, wirtschaftlich kaum zu ertragen. Unterzeichnet von eben jenen Regierungsvertretern, die nahezu zeitgleich in der Nationalversammlung von Weimar tagten, sollte der Name dieser Republik, ihre neue Verfassung sowie die Parteien, die für sie standen, für eine deutliche Mehrheit in der deutschen Bevölkerung mit der Vorstellung von Niederlage, Betrug und Schande verbunden sein. Diese Faktoren waren ausschlaggebend für das, vielfach aufgeführte und bereitwillig akzeptierte, Bild einer heimtückisch von hinten durch Republikaner und Sozialdemokraten erdolchten Wehrmacht⁸⁰⁸.

Die politische Einheit jedenfalls, welche die Weimarer Reichsverfassung am Ende schaffte, führte in die vielleicht dunkelsten zwölf Jahre der deutschen und wohl auch europäischen Geschichte. Anmaßend und außer jedem Verhältnis wäre es daher, die Maßnahmen der Alliierten Besatzer im Rahmen des Wiederaufbaus nach 1945 an einer Verfassung zu messen, die das nationalsozialistische Regime letztlich mitgetragen und die bei ihrer förmlichen Aushebelung durch das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933 letztlich versagt hatte.

c) Als einziger Wertungsmaßstab, im Hinblick auf die Recht- und Verfassungsmäßigkeit der Wiedereinstellungsverfügungen ehemaliger NS-Richter durch die Alliierten, kommt somit das *Bonner Grundgesetz* vom 23. Mai 1949 in Betracht. Der vorbehaltlos gewährleistete umfassende Schutz der Menschenwürde gleich am Anfang der Verfassung, steht sinnbildlich für die Abkehr der Bundesrepublik Deutschland zu der Zeit des

⁸⁰⁶ *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, § 37 Rdnr. 1 ff.

⁸⁰⁷ *Freund*, Deutsche Geschichte, S. 1069

⁸⁰⁸ Umfassend dazu *Freund*, Deutsche Geschichte, S. 1083 ff.

Nationalsozialismus⁸⁰⁹. Bereits durch die Systematik des Grundgesetzes, gerade nicht den Staat und seine Organisationen (Staatsorganisationsrecht), sondern das menschliche Individuum selbst besonders hervorzuheben, kommt deshalb die liberalstaatliche Ausrichtung der neuen deutschen Rechts- und Verfassungsordnung zum Ausdruck. Die Menschenwürde ist das wichtigste und ranghöchste Rechtsgut der Verfassung⁸¹⁰, „*sie zu achten und zu schützen ist die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt*“ (Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG). Verfassungsrechtlich fortgeführt wird diese Verpflichtung in dem zusätzlich nochmals hervorgehobenen Verbot der Todesstrafe in Art. 102 GG, die für die staatlichen Organe eine zusätzliche Schranke für die Beschränkung des Rechts auf Leben nach Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG darstellt⁸¹¹.

Unmissverständlich und in der deutschen Verfassungsgeschichte, im Hinblick auf den Wortlaut einmalig, bestimmt Art. 20 Abs. 2 GG als einzigen Souverän und Träger der Staatsgewalt „das Volk“, welches seine Machtbefugnisse allerdings durch besondere und funktionell voneinander getrennte Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausübt. Die Rechtsprechung ist damit Teil der Staatsgewalt und somit nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG zur Achtung und zum besonderen Schutz der Menschenwürde verpflichtet. Fest steht, dass Art. 1 Abs. 1 GG nicht nur integraler Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes ist, sondern vielmehr deren Wesensgehalt entscheidend mitbestimmt⁸¹². Verfassungsgemäß kann stets nur eine „menschenwürdige“ Maßnahme oder Entscheidung sein. Bei der Organisation und dem personellen Aufbau von Verwaltungsbehörden und Gerichten, muss deshalb sorgsam geprüft werden, ob das einzustellende Personal die *erforderliche Verfassungstreue* aufweist, d.h. die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung (verfassungsmäßige Ordnung) einzutreten und diese im Amt nach außen zu vertreten bereit ist⁸¹³. Dabei ist nicht zu sehen, wie die oben unter B., IV., 1., c) exemplarisch aufgelisteten NS-Richter, die an exzessiven Todesurteilen beteiligt waren, den Anforderungen, welche die verfassungsmäßige Grundordnung in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG an sie stellt, hätten gerecht werden können. Im Gegensatz zu vereinzelt Stimmen der damals zeitgenössischen Literatur oder Rechtsprechung, kommt es bei der Bewertung überhaupt nicht darauf an, dass die Todesurteile möglicherweise dem seinerzeit geltenden Recht entsprochen haben. Gerade wegen der Aushöhlung der Grundrechte und

⁸⁰⁹ *Pieroth/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, S. 87 ff.; *Sachs*, Verfassungsrecht II, S. 165 ff. mit weit. Nachw.

⁸¹⁰ Vgl. etwa BVerfGE 5, S. 85-204; 109, S. 279-311; 54, S. 341-357; 96, S. 375-398; 102, S. 370-398

⁸¹¹ *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 102, Rdnr. 2

⁸¹² *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 21, Rdnr. 29 mit weit. Nachw.

⁸¹³ Zum Begriff der freiheitlich demokratischen Grundordnung siehe auch: *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, Art. 21, Rdnr. 29 mit weit. Nachw.

Außerkraftsetzung der materiellen verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen der Weimarer Reichsverfassung, gab es für die Richterschaft keine juristische Instanz und keinen verfassungsrechtlichen Maßstab, um das in der NS-Zeit geltende bzw. vom Regime praktizierte Recht überprüfen zu können. In einer Zeit des Rechtspositivismus, in der selbst dem Führerbefehl rechtsverbindliche Gesetzeskraft zukam, war die einzige Instanz, auf die ein Richter zurückgreifen konnte und die möglicherweise vereinzelt nicht oder zumindest nicht so stark nationalsozialistisch geprägt war, nicht eine Rechtsnorm, sondern nur das eigene Gewissen. Die positiven Gesetze, Rechtsverordnungen und Befehle dienten dagegen ausschließlich der Machterhaltung des NS-Staats und der Verteidigung gegen (reale oder vermeintlich) staatsfeindliche Bestrebungen und Strukturen innerhalb der Bevölkerung. So findet man in den Todesurteilen der NS-Zeit immer wieder dieselben Passagen und Formulierungen, die von staatsfeindlichen, volksschädlichen, reichszersetzenden, reichsfeindlichen, wehrkraftgefährdenden u.a. Motiven der Angeklagten ausgehen⁸¹⁴.

Ein Richter, der ein Todesurteil auf eine derartige Begründung stützte, kann niemals behaupten, den normativen Gehalt und die Zielsetzung der in Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Menschenwürde wirklich verstanden und sich zu eigen gemacht zu haben. Nicht entscheidend ist dabei, dass die Gesetzeslage oder sogar der Gesetzeswortlaut solche Definitionen teilweise vorgab. Für den Schutzbereich der Menschenwürde ist es mithin vollkommen unerheblich, ob die Angeklagten tatsächlich das Volk oder Reich schädigten bzw. die Wehrkraft zersetzten oder ähnliches. Der Mensch zeichnet sich durch seine besondere Subjektsqualität und damit individuelle Eigenartigkeit aus⁸¹⁵; ihm kommt daher stets ein persönlicher *Eigenwert* zu; er ist deshalb niemals nur ein Schaden oder eine Schadensposition, und sei es auch für eine potenzielle „Volksgemeinschaft“, den Staat oder das herrschende Regime. Einen Menschen also zum Tode zu verurteilen, weil er aus sich selbst heraus einen angeblich volksschädigenden Einfluss hat, ein Staatsfeind ist oder die Wehrkraft zersetzt, verkehrt diese Terminologie. Unter Verwendung dieser unbestimmten Begriffe, handelte es sich bei den NS-Gesetzen eigentlich nicht mehr um ein tat-, sondern vielmehr um ein täterbezogenes Unrecht. Wer diese Täter und Staatsfeinde der angeblichen nationalsozialistischen Volksgemeinschaft waren, davon hatte das NS-Regime eine ganz besondere Vorstellung, die mit Recht und Unrecht nichts mehr gemein hatte. Jemandem der diese Rechtsansicht einmal vertreten und zur Grundlage einer Entscheidung über ein Todesurteil gemacht hatte, kann im Rahmen eines Einstellungsverfahrens in den öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Deutschland nicht

⁸¹⁴ Ausführlich siehe bereits oben unter: B., IV., 1., c), cc) (S. 178 ff.)

⁸¹⁵ Vgl. etwa *Jarass/Piero*, GG-Kommentar, Art. 1, Rdnr. 5 mit weit. Nachw.; *Piero/Schlink/Kingreen/Poscher*, Grundrechte – Staatsrecht II, S. 88 ff. mit weit. Nachw.; Sachs, Verfassungsrecht II, S. 167 ff. mit weit. Nachw.

unterstellt werden, jederzeit für die freiheitlich demokratische Grundordnung und die Menschenwürde einzutreten.

Wie bereits dargestellt, hat es solche Einstellungsverfahren für ehemalige NS-Richter aber seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland nicht gegeben. Diese wurden *ungeprüft als Richter übernommen*. Aufzulösen ist daher an dieser Stelle das bereits mehrfach angesprochene *verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis* zwischen dem Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung des Grundgesetzes in Verbindung mit der Menschenwürde auf der einen Seite und der Unabhängigkeit der Richter auf der anderen Seite. Letzteres stand einer unfreiwilligen Entfernung dieser Richter entgegen:

aa) Falsch wäre es, den ehemaligen NS-Richtern – und waren ihre Verfehlungen im Rahmen ihrer Amtstätigkeit während der NS-Zeit auch noch so hoch – das Recht, sich auf die persönliche Unabhängigkeit und dem damit verbundenen Verbot einer Amtsenthebung nach Art. 97 Abs. 2 GG zu berufen, generell abzusprechen. Die Unabhängigkeit der Richter ist gerade wesentliches Merkmal eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats, wie ihn das Grundgesetz garantiert und näher ausgestaltet. Rechtsprechung kann nur eine solche Tätigkeit sein, die von einem unabhängigen Richter ausgeübt wird⁸¹⁶. Wollte man den sich im Richterdienst der Bundesrepublik Deutschland stehenden NS-Richtern pauschal das Recht absprechen, sich auf die richterliche Unabhängigkeit zu berufen, würden nicht nur die Wertentscheidungen des Grundgesetzes konterkariert, es läge zugleich auch ein unheilbarer Eingriff in ihre praktische Tätigkeit als Organ der rechtsprechenden Gewalt vor. Ohne seine Unabhängigkeit ist ein Richter abhängig und damit auch kein Bestandteil einer unparteiischen Rechtsprechung. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit, im Hinblick auf die von den Richtern in Ausübung ihrer Amtstätigkeit erlassenen Entscheidungen, ist weder mit dem Grundgesetz noch mit sonst einer rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Verfassungsordnung vereinbar. Damit muss den ehemaligen NS-Richtern der Schutz der richterlichen Unabhängigkeit i.S.v. Art. 97 Abs. 2 GG in gleichem Maße zukommen, wie allen anderen Richtern.

bb) Die entscheidende Frage ist daher, ob und unter welchen Umständen ein Eingriff in die *persönliche Unabhängigkeit der Richter* verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann. Art. 97 Abs. 2 GG bestimmt insoweit als Schranke ein Gesetz, sowie die Entscheidung durch einen Richter⁸¹⁷. Über ein solches Gesetz hatte es gegen Ende der 1950er und Anfang der 1960er Jahre heftige Debatten und Auseinandersetzungen in den Gremien und Ausschüssen des Bundestags sowie des Bundesrats gegeben⁸¹⁸. Darin plädierte eine Seite für die Einführung eines solchen Gesetzes und nötigenfalls – unter Berücksichtigung der

⁸¹⁶ Siehe bereits oben unter: B., II., 2. (S. 95 ff.)

⁸¹⁷ Vgl. *Herzog* in: Maunz/Dürig, GG-Kommentar, Art. 97, Rdnr. 45 ff.

⁸¹⁸ Zu den Debatten siehe ausführlich v. *Miquel*, Ahnden oder Amnestieren, S. 82 ff. mit weit. Nachw.

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 131 GG – zu einer Ergänzung des Grundgesetzes durch einen neuen Art. 132a GG, nachdem ein Richter oder Staatsanwalt in den Ruhestand zu versetzen sei, *„wenn er in der Zeit vor dem 9. Mai 1945 als Richter an einer auf die Todesstrafe erkennenden oder bestätigenden Entscheidung mitgewirkt [...] hat und wenn diese Entscheidung auch unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie ergangen ist, gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder der Rechtsstaatlichkeit verstößt [...]“*⁸¹⁹.

In diesem Sinne ergänzte der hessische Ministerpräsident *Georg-August-Zinn*, dass es nicht Sinn und Zweck der richterlichen Unabhängigkeit sei, den einzelnen Richter zu schützen, sondern die Justiz, die Rechtsstaatlichkeit. Etwas weniger feinfühlig äußerte sich der damalige SPD-Abgeordnete *Arndt* dahingehend, *„Sie [die NS-Richter] könnten Gott auf Knien danken, dass sie 1945 nicht an den nächsten Baum gehängt worden seien. Wenn diese Leute sich heute auf den Rechtsstaat und die richterliche Unabhängigkeit beriefen, dann sei das eine Schande“*. Im Hinblick auf die beabsichtigte Grundgesetzänderung meinte er, *„man führe nur den innersten Gedanken des Grundgesetzes durch, wenn man sich in dieser Weise gegen das abgrenze, was vor 1945 geschehen sei“*⁸²⁰.

Die Gegenseite vermochte diesen Enthusiasmus nicht zu teilen; ihre Vertreter verwiesen etwa darauf, dass ein Richter, der einen Antrag auf Amtsenthebung eines Kollegen ablehnte, dadurch indirekt zum Ausdruck brächte, dass er das damalige Urteil für rechtmäßig halte, was zu einem Autoritätsverlust der deutschen Justiz führe. Bundesjustizminister *Schäffer* wertete ein solches Gesetz gar als ein „Schuldanerkenntnis der Bundesrepublik“ gegenüber der DDR, welche diese Diskussion durch ihre „Blutrichterkampagnen“ erst losgetreten hätte. Der Justizminister und ehemalige Marinerichter a.D. Schleswig-Holsteins war der pauschalen Ansicht, *„Schuld sind letzten Endes die Initiatoren der Gesetze und nicht die Richter“*. Der FDP-Abgeordnete *Magulies* meinte schließlich, *„wenn diese Fälle aufgerollt werden, schaden wir uns in der Weltöffentlichkeit; daher sind wir gezwungen, die Sache schlafen zu lassen“*. Gerade dieser letzte Punkt sollte nicht vernachlässigt werden, da just an dem Tage der Fraktionssitzung im Bundestag, der Prozess gegen *Adolf Eichmann* in Jerusalem eröffnet wurde⁸²¹. Damit trat am 11. April 1961 unweigerlich erneut der Holocaust an den europäischen Juden in das Bewusstsein der Öffentlichkeit. Unter diesen Umständen war man natürlich bemüht, nicht eingestehen zu müssen, dass etliche Richter – die daran unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren – im Dienst der Bundesrepublik Deutschland standen. Die überwiegende Mehrheit im Bundestag war daher gegen ein solches Gesetz als Ermächtigungsgrundlage

⁸¹⁹ Zitiert nach der stenographischen Niederschrift der 234. Sitzung des Rechtsausschusses des Bundesrats am 02.02.1961, JM BW, 2200b, „§ 116 DRiG“, Band I

⁸²⁰ Zitiert nach: v. *Miquel*, Ahnden oder Amnestieren, S. 88

⁸²¹ Ausführlich *Arendt*, Eichmann in Jerusalem, II. Der Angeklagte

für „Zwangspensionierungen“ ehemaliger NS-Richter und eine etwaige Verfassungsänderung. Als Kompromissvorschlag für die verbitterten, mehrheitlich sozialdemokratischen, Abgeordneten wurde wenigstens die Vorschrift des § 116 in das Deutsche Richtergesetz aufgenommen: *„Ein Richter oder Staatsanwalt, der in der Zeit vom 01.09.1939 bis zum 09.05.1945 als Richter oder Staatsanwalt in der Strafrechtspflege mitgewirkt hat, kann auf seinen Antrag in den Ruhestand versetzt werden“*⁸²².

cc) Durch diesen insoweit folgeschweren Paragraphen hatte der Bundestag dem Grundgesetz und dem Prinzip der verfassungsmäßigen Ordnung, in Verbindung mit dem Schutz der Menschenwürde, buchstäblich „die Hände gebunden“. Sicherlich wäre die unfreiwillige Entfernung zahlreicher NS-Richter aus dem Justizdienst der Bundesrepublik Deutschland, im Rahmen einer gerichtlichen Einzelfallprüfung, möglich und auch verfassungsrechtlich nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar geboten gewesen. Dabei hätte sorgfältig geprüft werden müssen, ob sich aus den Entscheidungsgründen der jeweiligen Urteile die Unvereinbarkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip, der Menschenwürde und der verfassungsmäßigen Ordnung ergibt. Selbst wenn dieser Nachweis nicht in allen Fällen gelungen wäre, so wäre eine Auseinandersetzung mit der Thematik der NS-Belastung der Richterschaft als Selbstreinigungsprozess und als Teil der eigenen Vergangenheitsbewältigung für die Bundesrepublik Deutschland sehr wichtig gewesen. Ein Bundesgesetz, das bereit dazu gewesen wäre, die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit in besonderen Einzelfällen aufzugeben, um das Grundgesetz nicht dem inneren Widerspruch auszusetzen, teilweise schwer belastete NS-Richter vor einer unfreiwilligen Amtsenthebung zu schützen, hätte eindrucksvoll bewiesen, dass das deutsche Volk als Träger der Staatsgewalt und vertreten durch den Bundestag, endlich in der Zeit des Liberalismus und des modernen Verständnisses von Grund- und Menschenrechten angekommen ist. Denn es hätte belegt, dass das Organ der Volksvertretung – nach so langer Zeit liberaler Rechts- und Verfassungsentwicklung in Deutschland – endlich realisiert hätte, dass eine Verfassung mehr ist als nur die Summe seiner geschriebenen Rechtsnormen. Nur weil das Grundgesetz die Unabhängigkeit der Richter in Art. 97 GG zum Verfassungsrang erhebt, bedeutet dies nicht, dass es diesen Schutz auch solchen Personen zukommen lassen will, deren verfassungsmäßige Gesinnung tatsächlich nie überprüft worden ist. Wie im Rahmen dieser Untersuchung dargestellt wurde⁸²³, sind die belasteten NS-Richter aus Praktikabilitätsgründen im Zusammenhang mit dem Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit, von den Besatzungsmächten wiederingestellt bzw. weiterverwendet worden und dadurch, nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland, automatisch in den Schutz der richterlichen

⁸²² BGBl. I., S. 1665

⁸²³ Siehe oben unter: B., I., 3. (S. 81 ff.)

Unabhängigkeit des Grundgesetzes gelangt. Diese Verfehlungen im Rahmen der Entnazifizierung der Justiz und Richterschaft rückgängig zu machen, wäre eine Aufgabe des Gesetzgebers gewesen und hätte dem Ansehen Deutschlands in der Weltöffentlichkeit nicht geschadet, sondern vielmehr verdeutlicht, dass man den ersten und wichtigsten Verfassungsauftrag des Grundgesetzes verinnerlicht hat und bereit ist, ihn durch rechtsstaatliche Mittel durchzusetzen: „Die Würde des Menschen zu achten und zu schützen und einen personellen oder organisatorischen Rückfall in jene unrechtsstaatlichen Strukturen des NS-Regimes zu verhindern“.

Dass dies nicht geschehen ist und ein solches Gesetz niemals erlassen wurde, muss dem Bundesgesetzgeber nachdrücklich zum Vorwurf gemacht werden. Denn das Grundgesetz kann sich selbst und seine Wertvorstellungen nur in begrenztem Ausmaß im Rahmen von Art. 1 und 20 über die sog. Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG gegen Verfassungsänderungen selbst schützen. Diese Werte aber bewahren, muss das Volk – als einziger Träger der Staatsgewalt i.S.v. Art. 20 Abs. 2 GG – durch seine gewählten Repräsentanten selbst. Dies geschah, als am 8. September 1961 das Deutsche Richtergesetz (DRiG) mit seinem § 116 verkündet und am 1. Juni 1962 in Kraft getreten ist. Denn hinsichtlich der Frage, ob ein Gesetz zur Regelung eines legitimen Zwecks geeignet ist, steht dem Gesetzgeber eine umfassende Einschätzungsprärogative zu. Diese wurde dahingehend getroffen, gerade *keine zwangsweise Entfernung ehemaliger NS-Richter gesetzlich zu legitimieren*, sondern diesen nur einen freiwilligen Rückzug aus dem aktiven Dienst anzubieten. Damit ergibt sich das für diese Untersuchung entscheidende Endergebnis, dass die Einstellung oder geduldete Weiterverwendung von NS-Richtern durch die Alliierten Besatzer, d.h. insbesondere jenen, die an exzessiven Todesurteilen beteiligt waren, zwar gegen das Grundgesetz verstoßen haben müsste, der Gesetzgeber es aber bewusst unterlassen hat, eine geeignete *Ermächtigungsgrundlage für deren Amtsenthebung* zu schaffen. Da das Grundgesetz selbst den Souverän nicht zu einem Handeln zwingen kann, muss es seine Entscheidung insoweit akzeptieren und auch den ehemaligen NS-Richtern seinen vollumfänglichen Schutz zukommen lassen. Jedenfalls kann man weder früher noch heute oder zu sonst einem Zeitpunkt den Entnazifizierungsmaßnahmen der Alliierten im Rahmen der Richterschaft vorwerfen, gegen tragende Grundsätze des Grundgesetzes verstoßen zu haben. Denn der *Gesetzgeber* war im entscheidenden Moment nicht bereit, sich für diese Werte einzusetzen und entsprechend Partei für die verfassungsmäßige Ordnung seiner eigenen Verfassung zu ergreifen. Ob der demokratische Souverän, den der parlamentarische Gesetzgeber repräsentiert, also das Volk, *mehrheitlich* zu einer anderen Entscheidung bereit gewesen wäre, darf angesichts der in der Öffentlichkeit geführten Diskussion bezweifelt werden. Darauf kommt es aber letztlich nicht an, weil auf die Zulässigkeit organisierter plebiszitärer Sachentscheidungen das Grundgesetz, mit gut vertretbaren Gründen, verzichtet hat.

III. Weiterverwendung oder Neueinstellung von Richtern nach 1945 in Österreich nach Inkrafttreten der Bundesverfassung in der Fassung von 1929

1) Die im Rahmen dieser Untersuchung entscheidende Frage, inwieweit die Weiterverwendung bzw. Neueinstellung von belasteten NS-Richtern gegen die österreichische Verfassung – namentlich den Inhalt des Rechtsstaatsprinzips⁸²⁴ – verstoßen haben könnte, ist unmittelbar mit der bereits mehrfach angesprochenen Problematik der rechtlichen Folgewirkungen des Anschlusses der Republik Österreich an das Deutsche Reich im März 1938 verbunden⁸²⁵. Dabei zeigt sich einmal mehr, dass die im Falle Österreichs vorgenommene Differenzierung, in eine völkerrechtliche Kontinuität des Staates als bloßem Rechtssubjekt auf der einen Seite und eine verfassungsrechtliche sowie politische *Diskontinuität* im Hinblick auf die innerstaatliche Staatsorganisation auf der anderen Seite, praktisch kaum durchzuhalten ist⁸²⁶.

Das Behörden-Überleitungsgesetz (B-ÜG) ist geprägt von dem Gedanken einer strengen *Diskontinuität* zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Österreich und geht daher von dem Erlöschen sämtlicher Dienstverhältnisse aus, die vor dem 13. März 1938 bestanden. Wie bereits dargestellt⁸²⁷, geht deshalb sowohl die Rechtsprechung des Verfassungs- als auch des Verwaltungsgerichtshofs davon aus, dass ein am 13. März 1938 bereits bestandenes österreichisches Dienstverhältnis durch die Übernahme bzw. den (freiwilligen) Übertritt der Betroffenen in den Dienst des Deutschen Reichs automatisch erloschen ist⁸²⁸. Es bedurfte insoweit, also nach der Wiedererrichtung der Republik Österreich 1945, einer *Neubegründung* durch Neueinstellung der Bediensteten.

Wenngleich daraus nicht die Schlussfolgerung gezogen werden kann, dass sich alle diejenigen Richter, die bereits vor dem Anschluss 1938, d.h. insbesondere sogar noch vor dem 5. März 1933 – dem Anknüpfungspunkt für die Rückwirkungsfiktion des Verfassungs-Überleitungsgesetzes nach Art. 3 V-ÜG 1945 – in einem öffentlichen Dienstverhältnis zur Republik Österreich standen, auch nicht auf das österreichische Verfassungsrecht und die richterliche Unabhängigkeit mit der Folge des Verbots der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit berufen können⁸²⁹, so wird doch unmissverständlich klar, dass die

⁸²⁴ Ausführlich *Berka*, Verfassungsrecht, S. 53 ff. mit weit. Nachw.

⁸²⁵ Siehe dazu bereits oben unter: B., III., 1. (S. 120 ff.)

⁸²⁶ Ausführlich oben: B., IV., 2., b) (S. 181 ff.)

⁸²⁷ Siehe oben unter: B., III., 3., b) (S. 151 ff.)

⁸²⁸ Vgl. etwa VerfGH Slg. 1687 und 1688/48, 1827 und 1841/49

⁸²⁹ Umfassend dazu siehe oben unter: B., III., 3., b) (S. 151 ff.)

Rechtslage in Österreich die Neubegründung eines öffentlichen Dienstverhältnisses durch *faktische* Weiterverwendung generell ausschließt⁸³⁰. Hieran wird ein entscheidender Unterschied zur Rechtslage in Deutschland offenkundig. Selbst das Bundesverfassungsgericht geht, in dem Beamtenurteil vom 17. Dezember 1953⁸³¹ nämlich davon aus, dass die Neubegründung eines Dienstverhältnisses durch faktische Weiterverwendung möglich ist und setzt sich damit über geltende Grundsätze des deutschen Beamtenrechts hinweg⁸³². Dadurch war es in Deutschland möglich, den dienstrechtlichen Status eines Staatsbeamten oder Richters einfach dadurch zu erlangen, dass eine nachträgliche *Entfernung durch die Entnazifizierung gerade nicht* erfolgte. Da die Entnazifizierung der Richterschaft aufgrund des zeitgleich *von den Alliierten* durchgeführten Wiederaufbaus deutscher Staatlichkeit nicht nur scheiterte, sondern es sogar zu einer *Renazifizierung*⁸³³, d.h. einer Wiedereinsetzung oder Weiterverwendung belasteter Personen durch die Alliierten, insbesondere innerhalb der Justiz kam, hatte das Bundesverfassungsgericht durch seine Entscheidung letztlich die rechtlichen Voraussetzungen dafür geschaffen, dass Wiedereinstellungsverfahren – mit einer umfassenden Überprüfung des einzustellenden Personals im Hinblick auf ihre Verfassungstreue und das Entstehen für die Prinzipien der freiheitlich demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes – nach Gründung der Bundesrepublik Deutschland *nicht* erforderlich waren⁸³⁴. Einseitig, und im Ergebnis verantwortungslos, verließen sich die Verfassungshüter diesbezüglich ausschließlich auf die Entnazifizierungsmaßnahmen, obwohl sowohl bei den Beratungen des Grundgesetzes im Parlamentarischen Rat als auch bei der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Dezember 1953, deren Scheitern bereits bekannt war⁸³⁵.

Ganz anders stellt sich dagegen die Rechtslage in Österreich dar: Das Postulat einer unbedingten *Diskontinuität* zwischen der Republik Österreich und dem Deutschen Reich machte für die Staatsbediensteten nach 1945 Neueinstellungsverfahren erforderlich, bei denen zwangsläufig auch eine Überprüfung des Personals im Hinblick auf die Verfassungstreue zur wiederrichteten Republik Österreich und der jeweiligen individuellen Vergangenheit während der NS-Zeit notwendig war⁸³⁶. Zwar wirkte auch in Österreich ein

⁸³⁰ Vgl. das Referat von *Spanner*, Das Berufsbeamtentum und die Staatskrisen, in: VVDStRL 13, S. 119 ff. [135/136]

⁸³¹ BVerfGE 3, S. 288-352 = NJW 1954, S. 465-469

⁸³² Ausführlich dazu oben unter: B., III., 2., a) (S. 126 ff. [132, 133])

⁸³³ Dazu ausführlich oben: B., I., 3. (S. 81 ff.)

⁸³⁴ Vgl. oben: B., III., 2., a) (S. 126 ff. [134, 135])

⁸³⁵ Ausführlich *Holtkotten* in: Kahl/Waldhoff/Walter, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 132, S. 6 mit weit. Nachw.; Vgl. auch: *Boss*, Unverdienter Ruhestand, S. 18; *Müller*, Furchtbare Juristen, S. 208; siehe oben unter: B., III., 2., a) (S. 126 ff. [134, 135])

⁸³⁶ Zu diesen „Überprüfungen“ vgl. etwa *Stadler*, Juristisch bin ich nicht zu fassen., S. 129 mit weit. Nachw.

öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis grundsätzlich solange weiter fort, bis der zuständige „*Liquidator* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs in der Republik Österreich“ oder die Sonderkommissionen nach NS-VG 1945 bzw. die besonderen Kommissionen nach NSG 1947 darüber entschieden hatten, ob die betroffenen Personen aus dem öffentlichen Dienst auszuschcheiden oder wieder neu einzustellen sind⁸³⁷. Im Unterschied zu Deutschland, existierte hier aber mit dem Liquidator eine eigene *österreichische Behörde* (§ 1 Abs. 2 B-ÜG), die mehr oder minder unabhängig von den Ergebnissen der Entnazifizierungsmaßnahmen, jeden Fall zwingend einzeln zu überprüfen und zu bescheiden hatte.

Wie bereits dargestellt⁸³⁸, hatten die Alliierten die Autorität der Provisorischen Staatsregierung anerkannt. Österreich besaß, im Gegensatz zu Deutschland, bereits seit Oktober 1945 eine „*Teilsouveränität*“, die lediglich unter einen Einspruchsvorbehalt durch die Alliierten Besatzer gestellt war. Für den verwaltungsorganisatorischen Wiederaufbau des Staatsapparats waren ausschließlich die Regierungsvertreter der Provisorischen Staatsregierung, und nach den Nationalratswahlen am 20. Dezember 1945, die Vertretener der Regierung unter Kanzler *Leopold Figl* verantwortlich. Demnach richteten sich auch die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Ernennung und Neubegründung eines öffentlichen Dienstverhältnisses zur Republik Österreich, nur nach österreichischem Recht, nach den Normen des Behörden-Überleitungsgesetzes (B-ÜG) und standen in keinem direkten Zusammenhang zu den Entnazifizierungsverfahren. Im Ergebnis war dadurch ein personeller Rückfall in die Strukturen eines Unrechtsrechtsstaats wie dem des NS-Regimes in zweifacher Hinsicht vorgebeugt: Zum einen waren die Betroffenen den umfassenden Zielen und Maßnahmen über die Entnazifizierung ausgesetzt, und zum anderen erfolgte eine Überprüfung der Verfassungstreue und politischen Tragbarkeit aufgrund der NS-Vergangenheit im Rahmen der Einstellungsverfahren in den besonderen Kommissionen⁸³⁹. Rückblickend und von außen betrachtet, war daher die parallele und zeitgleiche Durchführung von staatlichem Wiederaufbau und Entnazifizierung in Österreich wesentlich effektiver, weil rechtlich strukturiert und organisiert, als in Deutschland.

2) Tatsächlich konnten auch die Neueinstellungsverfahren mit der entsprechenden Überprüfung der betroffenen Personen, im Hinblick auf ihr Verhalten während der NS-Zeit, eine *Renazifizierung* der Richterschaft in Österreich nicht verhindern⁸⁴⁰. Die personalpolitische Bereinigung des Beamten- und Staatsapparats war eine Aufgabe, die von der Regierung über den *Liquidator* und die Kommissionen selbst und überwiegend autonom durchgeführt wurde. Dies ist möglicherweise der Grund dafür, weshalb die

⁸³⁷ Vgl. VerfGH 2426 und 2429/52

⁸³⁸ Siehe bereits oben unter: B., IV., 2., a) (S. 181 ff.)

⁸³⁹ Vgl. dazu etwa *Stadler*, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 129 mit weit. Nachw.

⁸⁴⁰ Siehe oben unter: B., I., 3. (S. 84 ff.)

(personelle) Entnazifizierung und der zeitgleich einhergehende Wiederaufbau einer rechtsstaatlichen Anforderung genügenden Staatsorganisation unter Verwendung ehemaliger Nationalsozialisten – insbesondere innerhalb der Justiz und Richterschaft – lange Zeit, selbst in der Wissenschaft, vernachlässigt wurde⁸⁴¹.

Im Vordergrund des allgemeinen Bewusstseins stand das Postulat der Alliierten in der Moskauer Erklärung von 1943, welches Österreich als erstes Kriegsoffer stilisierte und dadurch – nach dem Verständnis vieler – von jedweder Schuld und Verantwortung für die Unrechtstaten der Nationalsozialisten frei sprach. Die Unabhängigkeitserklärung, die verfassungsrechtliche These einer unbedingten *Diskontinuität* zwischen der Republik Österreich und dem Deutschen Reich im Verfassungs-Überleitungsgesetz (V-ÜG) und der im allgemeinen Sprachgebrauch gängige Begriff der „*zweiten Republik*“, sollten Österreich bewusst vom Deutschen Reich und der damit verbundenen Besatzungsherrschaft abgrenzen. Insofern erscheint es nicht verwunderlich, dass sich in der Bevölkerung die allgemeine Vorstellung bildete, wonach Österreich zur Zeit seiner Besatzung zwischen 1938 und 1945 eine eigene, vermeintlich unabhängige, „Enklave“ innerhalb des Deutschen Reichs gewesen sei, in welche der Geist des NS-Regimes nicht vollends einzudringen vermochte. Nur auf der Grundlage einer solchen, in der Gesellschaft dominierenden, Vorstellung von einer derartigen „Enklave“ war es überhaupt vertretbar, die in Österreich vorgenommene Trennung zwischen der völkerrechtlichen Subjektivität eines Staates und der (nach überwiegender Ansicht handlungsunfähigen) innerstaatlichen Souveränität verfassungsrechtlich zu rechtfertigen. Das österreichische Staatsvolk existierte in dieser „Enklave“ nach dem Anschluss 1938 weiter fort und legitimierte dadurch automatisch das völkerrechtliche Fortbestehen der Republik Österreich. Als Träger der Staatsgewalt war es aber seiner Machtbefugnisse durch die nationalsozialistischen Besatzer beraubt und daher handlungsunfähig.

Dass ein solches Bild einer unabhängigen „Enklave“ Österreichs, weder zur Zeit des Anschlusses 1938 noch irgendwann später, den historischen Tatsachen entsprochen hat, ist bereits dargestellt worden⁸⁴². Als am 10. April 1938 eine Volksabstimmung den Anschluss vom 13. März 1938 nachträglich rechtlich legitimieren sollte, stimmte eine deutliche Mehrheit der Bevölkerung dafür mit „ja“⁸⁴³. Wie groß dieser Anteil tatsächlich war, ist umstritten, noch immer Gegenstand eigener Forschungsprojekte und wird sich im Ergebnis niemals endgültig ermitteln lassen⁸⁴⁴. Fest dürfte jedoch stehen, dass die von Seiten des NS-Regimes angegebene Zahl von ca. 99% „ja-Stimmen“ zwar nicht mit dem

⁸⁴¹ Vgl. dazu auch Schwarz, NS-Richter in Österreich, in: Kohl/Reiter-Zatloukal, RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft, S. 125

⁸⁴² Siehe bereits oben unter: A., II., 1., b) (S. 37 ff. [40])

⁸⁴³ Vogelka, Geschichte Österreichs, S. 110

⁸⁴⁴ Vgl. Jung, Plebiszit und Diktatur: Die Volksabstimmung der Nationalsozialisten, S. 122

damaligen Bevölkerungsbild übereinstimmen dürfte, auch bei freien Wahlen – nach den Bestimmungen des Vertrags von *St. Germain* unter Aufsicht des Völkerbundes – aber das Ergebnis wahrscheinlich nicht sehr viel anders ausgefallen wäre⁸⁴⁵. Kein anderer Staatsmann genoss 1938 in Europa mehr Popularität und Ansehen als Adolf *Hitler*⁸⁴⁶. Auch die sofort einsetzende Verfolgung jüdischer Bevölkerungsgruppen belegt jedenfalls -worauf *Vocelka* zu Recht hinweist – dass viele Österreicher nicht Opfer des NS-Regimes, sondern zumindest auch Täter für das Regime waren⁸⁴⁷.

Das Entnazifizierungsverständnis, die personelle Liquidation der Einrichtungen und Behörden des Deutschen Reichs und der staatliche Wiederaufbau der Republik Österreich basierten zu einem überwiegenden Teil auf dieser nahezu ideologischen Verblendung, nämlich für die Taten des NS-Regimes zwischen 1938 und 1945 nicht generell mitverantwortlich zu sein. Ausgehend von der Vorstellung des vermeintlichen Opferstatus musste es deshalb ausreichen, wenn sich die österreichischen Regierungsvertreter, mit Unterstützung der Alliierten nach 1945, darauf konzentrierten, die innerstaatliche Souveränität ihrer „Enklave“ wiederherzustellen. Dies ist teilweise schon durch die Anerkennung der Autorität der Provisorischen Staatsregierung geschehen. Somit war für eine erfolgreiche Entnazifizierung und den staatlichen Wiederaufbau nur noch erforderlich, sämtliche – am Terrorregime des NS-Staats beteiligten Personen – individuell aufzuspüren, aus dem Staats- und Verwaltungsapparat zu entfernen und einer gerechten Strafe zuzuführen. Da Österreich und seine Bevölkerung, nach dieser Vorstellung, nicht von der nationalsozialistischen Ideologie zersetzt war, musste es deshalb ausreichend politisch unbelastetes Personal gegeben, das diesen Aufgaben verantwortungsvoll nachkommen konnte.

Für das Selbstverständnis Österreichs ist damit das Scheitern der (personellen) Entnazifizierung in zweifacher Hinsicht nicht nur problematisch, sondern faktisch kaum hinzunehmen: Zum einen kommt es gerade insoweit, als die Entnazifizierung über die *Sonderkommissionen* und die „besonderen Kommissionen“ nach NSG 1947, der Wiederaufbau der Staatsorganisation und die Liquidation des Verwaltungsapparats des Deutschen Reichs von österreichischen Behörden vollzogen wurde, einem Schuldeingeständnis und einem Versagen der eigenen Regierung gleich, die ihrerseits die belasteten nationalsozialistischen Beamten und Richter eingestellt hatten. Denn im Gegensatz zu Deutschland, konnte man für die Wiedereinstellungen nicht die Alliierten verantwortlich machen. Zum anderen ist gerade die nachträgliche Erkenntnis, dass man

⁸⁴⁵ *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, S. 622

⁸⁴⁶ *Wehler*, Deutsche Gesellschaftsgeschichte, S. 622

⁸⁴⁷ *Vocelka*, Geschichte Österreichs, S. 109

vielfach – insbesondere in der Justiz – gar keine andere Wahl gehabt haben dürfte, weil es nur sehr wenig unbelastetes Personal gegeben hatte, nur schwer zu ertragen. Sofern tatsächlich so viele österreichische Staatsbeamte und Richter eine unrühmliche Vergangenheit während der NS-Zeit hatten, konnte es möglicherweise auch nicht gerechtfertigt sein, an der Vorstellung von der Opferrolle Österreichs festzuhalten und damit zugleich von der Existenz einer unabhängigen „Enklave“ auszugehen. Dadurch sind aber die verfassungsrechtsdogmatischen Eckpfeiler existenziell gefährdet, auf die die *zweite Republik* Österreich aufgebaut und vor der Bevölkerung legitimiert wurde. Insoweit erscheint es nicht verwunderlich, dass die Problematik der gescheiterten Entnazifizierung und der Wiedereinstellung belasteter NS-Richter so lange unbeachtet geblieben ist. Einem großen Teil sämtlicher Bevölkerungsschichten (insbesondere auch Politikern und Beamten), die am Wiederaufbau mittelbar oder unmittelbar beteiligt waren, dürfte diesbezüglich die notwendige Distanz gefehlt haben.

3) Heute ist diese Distanz allemal gegeben. Sehr zu begrüßen ist deshalb das derzeitige Forschungsprojekt unter Betreuung von Frau Dr. Ursula Schwarz, das sich unter dem Thema – „Nazifizierung der österreichischen Justiz: Biographien von Richtern und Staatsanwälten“ – mit dem Karriereverlauf von belasteten NS-Richtern und Staatsanwälten gerade nach 1945 in der „zweiten Republik“ beschäftigt⁸⁴⁸. Inwieweit es tatsächlich noch möglich sein wird, die Untersuchungen auf die Beteiligung der Betroffenen an sog. exzessiven Todesurteilen zwischen 1938 und 1945 zu erstrecken, muss abgewartet werden. Anders als dies in der Bundesrepublik Deutschland der Fall war⁸⁴⁹, hatte sich der Nationalrat im Rahmen der sog. „Blutrichterkampagne“, ausgehend von der DDR, nicht dazu entschieden, eigene Ermittlungen in diese Richtung einzuleiten, d.h. festzustellen, wie viele aktive Richter an Todesurteilen während der NS-Zeit beteiligt waren, gleichwohl diese Strafe, wegen der verhältnismäßig geringfügigen Tat, schon nach der damaligen Rechtslage gar nicht erforderlich gewesen war. Insoweit ist daher ungewiss, ob das in Österreich vorhandene Aktenmaterial der damaligen Urteile, Entscheidungen und Beschlüsse eine dahingehende differenzierte Bewertung überhaupt zulässt.

Für das Erkenntnisinteresse der vorliegenden Untersuchung, ist die tatsächliche Beteiligung von aktiven Richtern im Staatsdienst der Republik Österreich an sog. „exzessiven Todesurteilen“ in ihrer Zeit als ehemalige NS-Richter von geringfügiger Bedeutung. Dass auch in Österreich zahlreiche belastete ehemalige NS-Richter wieder eine Anstellung als Richter erlangten ist hinlänglich bekannt und erwiesen, so dass insoweit auf die dazu vorliegenden Forschungsergebnisse und die Literatur verwiesen werden

⁸⁴⁸ Vgl. Archiv des Österreichischen Widerstands (DÖW) – www.döw.at – mit weit. Nachw.

⁸⁴⁹ Siehe bereits oben unter: B., IV., 2., c), cc) (S. 178 ff.)

kann⁸⁵⁰. Ähnlich wie in Deutschland, gab es auch in Österreich in den frühen 1960er Jahren heftige öffentliche Debatten und Diskussionen über die Beteiligung namhafter österreichischer Richter und Staatsanwälte an Justizunrecht des NS-Staats oder ihre Funktion im Auftrag des Volksgerichtshofs zwischen 1938 und 1945⁸⁵¹. Das Bundesjustizministerium verweigerte jedoch jedwede Forderung nach einer (nachträglichen) zwangsweisen Entfernung eben dieser Personen, weil, [...] *in den Jahren nach 1945 rechtswirksam abgeschlossene dienstrechtliche Verfahren, durch die die Wiedereinstellung von Justizfunktionären verfügt wurde, wiederaufzunehmen, soweit im Zeitpunkt der Wiedereinstellung die Umstände der früheren Tätigkeit bekannt oder offenkundig war, nicht möglich sei. Die Art ihrer Verwendung im Justizdienst bis 1945 sei jedoch bekannt gewesen*“.

Mit dieser Begründung und aufgrund der Tatsache, dass es in Österreich tatsächlich eigene Wiedereinstellungsverfahren auf Grundlage der besonderen Kommissionen nach dem NSG 1947 gegeben hatte, ist damit zugleich, auch die für diese Untersuchung relevante Frage nach der Bewertung des verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnisses zwischen dem Rechtsstaatsprinzip auf der einen Seite, und der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, auf die sich belastete NS-Richter hätten berufen können, auf der anderen Seite beantwortet. Da selbst belastete NS-Richter, bei der Neubegründung ihres Dienstverhältnisses zur Republik Österreich, im Hinblick auf ihre NS-Vergangenheit und politische Tragbarkeit *untersucht und als geeignet eingestuft wurden*, besteht keine Veranlassung, diese anders zu behandeln, als unbelastete Richter oder insoweit ihren verfassungsrechtlichen Status als unabhängige Richter der Republik Österreich anders einzuordnen. Zwar darf stark bezweifelt werden, dass diese vermeintlichen „Untersuchungen“ in den besonderen Kommissionen nach NSG 1947 im Rahmen der Einstellungsverfahren, im Hinblick auf die Verfassungstreue zur Republik Österreich und der jeweiligen NS-Vergangenheit des betroffenen Personals, den Anforderungen gerecht wurden, die man diesbezüglich zu einem späteren Zeitpunkt oder gar heute angelegt haben würde. Die Bewertung muss aber auch hier aus einer *ex ante* Betrachtung erfolgen. Das Bundesjustizministerium hatte insoweit bereits die *Kenntnis von der Art der Verwendung* der betroffenen Personen im NS-Staat, als Kriterium für eine Wiedereinstellung genügen lassen. Hiervon ausgehend, musste folglich dem Schutz der richterlichen Unabhängigkeit unbedingt der Vorrang vor allen anderen Verfassungsgütern eingeräumt werden, auch wenn die Verfehlungen der Betroffenen in ihrem Amt als NS-Richter auch noch so groß waren.

⁸⁵⁰ Vgl. dazu umfassend etwa: *Neugebauer/Schwarz*, Der Wille zum aufrechten Gang, S. 167 ff. mit weit. Nachw.; *Stadler*, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 156 ff. und 235 ff. mit weit. Nachw.; *Stiefel*, Entnazifizierung in Österreich, S. 149, 150 mit weit. Nachw.

⁸⁵¹ Vgl. Wirth, Christian Broda – Eine politische Biografie, S. 301 ff. mit weit. Nachw.

4) Damit ergibt sich für die österreichische Verfassungsrechtslage das vermeintlich widersprüchliche Endergebnis, dass die personellen Entlassungsentscheidungen, welche der „*Liquidator* für die Einrichtungen des Deutschen Reichs“ nach dem Behörden-Überleitungsgesetz und nicht als Entnazifizierungsorgan nach den Vorschriften des NSG 1947 vollzogen hatte, zumindest für diejenigen Richterpersönlichkeiten, die bereits *vor dem 5. März 1933*⁸⁵² in einem Dienstverhältnis zur Republik Österreich standen, verfassungsrechtlich mehr als bedenklich sind und mit der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, mit der Folge des Verbots der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit nicht zu vereinbaren sein können⁸⁵³, zugleich aber eine nachträgliche und zwangsweise Entfernung, selbst in höchstem Maße belasteter NS-Richter, die aber nach 1945 wieder als Richter in den Dienst der Republik Österreich eingestellt wurden, wegen der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit des Bundes-Verfassungsgesetzes (Art. 87 und 88 B-VG) verfassungsrechtlich ausgeschlossen war.

Im Rahmen dieser Untersuchung ist eine verfassungsrechtsdogmatische Begründung dafür geliefert worden, diesen inneren Widerspruch zu beseitigen und sämtlichen österreichischen Richtern, die jemals im Dienst des NS-Staats standen und nach dessen Untergang am 8. Mai 1945 nicht wieder in den Richterdienst der Republik Österreich eingestellt wurden, den Schutzbereich der richterlichen Unabhängigkeit nach dem Verständnis der österreichischen Bundesverfassung zu versagen und jeden Wiedereinstellungsanspruch von vornherein verfassungsrechtlich auszuschließen⁸⁵⁴.

Rechtsvergleichend wurde insoweit Bezug genommen auf das *Beamtenurteil* des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1953⁸⁵⁵, in der das Gericht die Wesensmerkmale eines Berufsbeamtentums in einem demokratischen Rechtsstaat konkretisiert und in direkten Bezug zu den Garantien der Weimarer Reichsverfassung gestellt hat. Durch die formelle „Aushebelung“ der Verfassung sei das Beamtentum im NS-Staat eine Marionette des *Führers* und der NSDAP geworden und damit zu einem faktischen Regime-Beamtentum mutiert. Es wurde dargelegt⁸⁵⁶, weshalb diese Entscheidung auch und gerade auf die Richterschaft entsprechend anzuwenden ist, da deren verfassungsmäßig garantierte Rechte ebenfalls faktisch außer Kraft gesetzt wurden, und eine unabhängige Rechtsprechung im NS-Staat nicht existierte. Da die Weimarer Reichsverfassung auch auf dem Staatsgebiet der Republik Österreich zwischen 1938 und

⁸⁵² Dies war das Datum, an welches das Verfassungs-Überleitungsgesetz (V-ÜG 1945) anknüpfte und die Bundes-Verfassung von 1920/29 wieder in Kraft setzte, vgl. dazu ausführlich oben unter: B., III., 3., c) (S. 162 ff.)

⁸⁵³ Siehe dazu umfassend oben unter: B., III., 3., b) (S. 151 ff.)

⁸⁵⁴ Oben unter: B., III., 3., c) (S. 162 ff.)

⁸⁵⁵ BVerfGE 3, S. 58 ff. = NJW 1954, S. 21 ff.

⁸⁵⁶ Siehe oben unter: B., III., 2., a) (S. 126 ff.)

1945 anwendbar war⁸⁵⁷, ist es mit dieser Begründung konsequent, auch hier von dem Erlöschen sämtlicher öffentlich-rechtlicher Dienstverhältnisse mit dem Datum des 8. Mai 1945 auszugehen. Während die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aber für die Rechtslage in Deutschland deshalb problematisch ist, weil sie eine Neubegründung eines öffentlichen Dienstverhältnisses durch faktische Weiterverwendung, d.h. im Grunde durch eine konkludente Handlung, ohne Berücksichtigung der beamtenrechtlichen Formalien bei der Begründung von Dienstverhältnissen ermöglicht⁸⁵⁸, stellt sich diese Frage in Österreich nicht.

In Österreich wurde nach 1945 kein öffentliches Dienstverhältnis allein dadurch begründet, dass die betroffenen Personen einfach (ungeprüft) weiterverwendet wurden. Vielmehr sind diese entweder durch die Entnazifizierungsverfahren der *Sonderkommissionen* bzw. der besonderen Kommissionen nach NSG 1947 oder durch eine Verfügung des „Liquidators für die Einrichtungen des Deutschen Reichs“ aus ihrem Dienstverhältnis entlassen oder eben – durch förmliche Bestellung/Ernennung – wieder in den Dienst der Republik Österreich eingestellt worden. Die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts fügt sich daher in die tatsächliche Rechts- und Verfassungslage Österreichs wesentlich besser ein als in die deutsche, weil es hier nämlich keine Neubegründung von Dienstverhältnissen durch faktische Weiterverwendung gegeben hat. Damit sind Entlassungsentscheidungen des „Liquidators für die Einrichtungen des Deutschen Reichs“ verfassungsrechtlich selbst dann *nicht* zu beanstanden, wenn sie einen Richter betrafen, der *bereits vor dem 05. März 1933* in einem ordentlichen öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Republik Österreich gestanden hat und diesen Status weder während der Zeit des *Austrofaschismus* noch der nationalsozialistischen Besatzung zwischen 1938 und 1945 verloren hat. Denn *unter Bezugnahme auf die Entscheidung des deutschen Bundesverfassungsgerichts*, hatte eine Entlassungsverfügung des „Liquidators“ verfassungsrechtlich eigentlich nur noch eine zusätzliche - quasi deklaratorische - Wirkung und war gerade nicht konstitutiv.

Für alle diejenigen NS-Richter, die nach 1945 wieder formell in das Richteramt für die Republik Österreich eingestellt wurden, verbleibt es allerdings bei dem zuvor Gesagten. Im Gegensatz zur Situation in Deutschland, ist Österreich von den Alliierten – mit der frühzeitigen Anerkennung der Teilsouveränität, der Zusammenarbeit bei der Entnazifizierung und insbesondere bei der Aufgabe des staatlichen Wiederaufbaus – eine große Verantwortung zur Sicherung ihrer eigenen verfassungsrechtlichen Werteordnung übertragen worden, die sowohl von den politischen Parteien in der *Unabhängigkeitserklärung vom 27. April 1945*, als auch von der Provisorischen

⁸⁵⁷ Siehe dazu ausführlich oben unter: B., II., 2., c), cc) (S. 110 ff.)

⁸⁵⁸ Dazu umfassend oben unter: B., III., 2., a) (S. 126 ff. [132, 133])

Staatsregierung nicht nur begrüßt, sondern mehrheitlich sogar gefordert wurde. In der Bevölkerung begründete sie sich auf die vermeintliche Opferrolle Österreichs und der daraus resultierenden Abkehr praktisch sämtlicher politischer und gesellschaftlicher Kreise vom Deutschen Reich und dem NS-Regime.

Damit muss die Republik Österreich aber zugleich auch die Konsequenzen ertragen, wenn sich nachträglich herausstellte, dass man dieser Verantwortung nach 1945 möglicherweise nicht immer gerecht wurde, weil viele belastete NS-Richter wieder als Richter in den Justizdienst eingestellt wurden. Nachträglich ist die Entfernung eines Richters jedenfalls nur in den Grenzen möglich, die Art. 88 Abs. 2 B-VG bestimmt⁸⁵⁹. Unabhängig davon, dass es bereits an einem Gesetz als notwendiger Ermächtigungsgrundlage für eine zwangsweise Entfernung eines Richters in Österreich fehlte⁸⁶⁰, ist aber auch nicht zu sehen, mit welcher Rechtfertigung eine gerichtliche Entscheidung über die Entlassung eines Richters – wegen seiner Tätigkeit als NS-Richter – hätte begründet werden können. Wie das Bundesjustizministerium ausführte, ist diese Tätigkeit bei der Einstellung des Richters schließlich bekannt gewesen und bei den Untersuchungen in den *Sonderkommissionen* und den besonderen Kommissionen nach dem NSG 1947 berücksichtigt worden. Darin liegt der wesentliche Unterschied zur Rechtslage in Deutschland, wo es an eigenen Wiedereinstellungsverfahren fehlte.

IV. Vergleich der Umsetzung der Entnazifizierung der Richterschaft und des rechtsstaatlichen Wiederaufbaus der Gerichtsorganisation in der Bundesrepublik Deutschland und in Österreich

1. Bisherige Erkenntnisse über Gemeinsamkeiten und Unterschiede der Entnazifizierung der Richterschaft in Deutschland und in Österreich

Die unterschiedliche Vorgehensweise der Alliierten bei der Aufgabe der Entnazifizierung und Demokratisierung sowie dem staatlichen Wiederaufbau in beiden Ländern, ist im Rahmen dieser Untersuchung bei den jeweiligen Themenbereichen mehrfach angesprochen worden, so dass insoweit nach oben verwiesen werden kann⁸⁶¹. Für das Demokratieverständnis der deutschen Bevölkerung war die Absicht der Alliierten, die deutsche Bevölkerung umfassend von jeglichen Spuren des nationalsozialistischen Terrorregimes zu befreien und kollektiv für dessen Taten in Verantwortung zu nehmen, eine wichtige Lektion, die aus historischen Gründen wohl nicht zu vermeiden war. Nach der

⁸⁵⁹ *Walter*, Die Gerichtsbarkeit, in: Schambeck, Das österreichische Bundesverfassungsgesetz und seine Entwicklung, S. 467 ff. mit weit. Nachw.

⁸⁶⁰ Vgl. dazu etwa: *Wirth*, Christian Broda – Eine politische Biographie, S. 301 mit weit. Nachw.

⁸⁶¹ Siehe oben unter anderem: A., I., 2. (S. 21 ff.); A., II., 1 (S. 32 ff.); B., I., 3. (S. 81 ff.)

gescheiterten Revolution 1848/49 und der mehr oder minder unfreiwilligen Demokratisierung nach dem ersten Weltkrieg durch die Weimarer Verfassung, verdeutlichte die Zeit des Nationalsozialismus in Deutschland auf die denkbar fürchterlichste Art und Weise, was geschehen kann, wenn sich der Souverän seiner, durch die Verfassung übertragenen, Aufgabe nicht bewusst ist. Denn eine Volksherrschaft zeichnet sich nicht dadurch aus, dass dem Volk das Recht zur Machtausübung zukommt, die es dann zeitnah auf ein Parlament, eine Regierung oder gar eine Einzelperson durch Wahlen überträgt, nur um sich danach von sämtlichen Handlungen eben dieser Staatsorgane zu distanzieren und freizusprechen.

Demokratie bedeutet nicht einfach die Macht der Mehrheit des Volkes zu einer beliebigen Übertragung der Regierungsgewalt, sondern das Recht und die Verpflichtung zu einer verantwortungsvollen Ausübung seiner Herrschaft (auch im Rahmen der übrigen Verfassungsziele wie Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit) selbst⁸⁶². In einem parlamentarischen System bedingt dies zumindest eine sorgfältige Überprüfung und regelmäßige Reflektion darüber, welche Partei man wählt und welches deren politische Programme und langfristige Absichten sind. Welche Ziele die NSDAP, für den Fall einer unbedingten Machtausübung über das Deutsche Reich, im Hinblick auf die kriegsische Expansionspolitik und insbesondere die Verfolgung und Vertreibung vermeintlich semitischstämmiger deutscher Bevölkerungsgruppen anstrebte, daran hatte *Adolf Hitler* schon in den Parteiprogrammen von 1920 keinen Zweifel gelassen⁸⁶³. Sicherlich war nicht nur das nationale Bewusstsein der Bevölkerung vor dem Hintergrund der militärischen Niederlage des ersten Weltkriegs, den Reparationszahlungen und dem Versailler Vertrag angeschlagen und deshalb durch die NS-Propaganda leicht verführbar. Auch sehnte man sich, aufgrund der Weltwirtschaftskrise und den stetig steigenden Arbeitslosenzahlen, nach politischer sowie wirtschaftlicher Ordnung und möglicherweise zukünftiger nationaler Größe und Bedeutung⁸⁶⁴. Mit diesen Hoffnungen begründeten letztlich wohl Viele die Abgabe ihrer Stimme bei den Reichstagswahlen für die Nationalsozialisten. Die Alliierten sowie die gesamte Weltöffentlichkeit verurteilten Deutschland als Kollektiv nach 1945 aber nicht wegen seiner Hoffnungen, sondern wegen seiner Taten.

Vor diesem Hintergrund war die tatsächlich einsetzende *Renazifizierung* des wiedererrichteten Staats- und Verwaltungsapparats der Bundesrepublik Deutschland, für die Akzeptanz der Entnazifizierungsmaßnahmen in der Bevölkerung, kontraproduktiv. Nicht ganz zu Unrecht bewertete man die alliierten Sanktionen gegen „kleine“ Parteianwärter und sog. Mitläufer als ungerecht⁸⁶⁵, wenn zugleich teilweise hochrangige ehemalige NS-Eliten

⁸⁶² Kritisch dazu *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts., S. 60, 61

⁸⁶³ Vgl. etwa die Ausstellung: Fragen an die Deutsche Geschichte, S. 337

⁸⁶⁴ Vgl. dazu etwa: *Otto*, Kleine deutsche Geschichte, S. 444 f.

⁸⁶⁵ *Willoweit*, Deutsche Verfassungsgeschichte, § 41 Rdnr. 14

wieder eine Anstellung im Staatsdienst erlangen und insbesondere in der Richterschaft sogar formell eindeutig „belastete“ NS-Richter in ihrem Amt verweilen durften. Zurückzuführen ist dieser Umstand letztlich auf die parallele und zeitgleiche Durchführung von Entnazifizierung und staatlichem Wiederaufbau⁸⁶⁶. Die Alliierten hatten damit etwas zusammengefügt, was sinnvoll und zweckmäßig nur hintereinander und getrennt hätte durchgeführt werden können. Dieser folgenschwere „Gleichlauf“ zieht sich wie ein roter Faden durch die frühen Jahre der Bundesrepublik Deutschland und ist auch an der „zweiten Republik Österreich“ nicht spurlos vorübergegangen. Denn die Entnazifizierung bezweckte eine „Befreiung“ des Staatsvolks – als Souverän und zukünftig wieder unabhängigen Träger deutscher sowie österreichischer Staatsgewalt – von den Nationalsozialisten. Der Aufbau deutscher Staatlichkeit bzw. die Wiedererrichtung eines demokratischen Rechtsstaats in Österreich, zielt dagegen auf die Sicherung eines Rechtsstaates ab. Sie dient damit dessen Schutz und Bewahrung. Wesensmerkmal eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats, wie ihn das Grundgesetz und auch die österreichische Verfassung kennen, ist daher nicht nur das Prinzip der Volkssouveränität, der Gewaltenteilung bzw. Funktionentrennung oder die Unabhängigkeit der Richter, sondern gerade auch die Garantie von Rechtssicherheit⁸⁶⁷, die sich in dem Verbot einer Rückwirkung von Gesetzen⁸⁶⁸ und im Strafrecht durch das Analogieverbot und dem Grundsatz „*nulla poene sine lege praevia*“⁸⁶⁹ manifestiert.

Selbst ohne die Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, musste sich daher jede Diskussion über die nachträgliche Amtsentfernung eines Richters oder die Einführung eines Gesetzes, das eine solche rechtfertigen sollte, an diesen rechtsstaatlichen Grundsätzen messen lassen. Die politisch Verantwortlichen in beiden Ländern fürchteten sich daher nicht so sehr vor der Frage: „Weshalb sind im Staats- und Richterdienst noch ehemalige NS-Funktionäre?“, als vielmehr davor, eine Antwort auf die Frage geben zu müssen: „Was ist das für ein demokratischer Rechtsstaat, in dem der Gesetzgeber ernsthaft über eine rückwirkende Amtsentfernung von Richtern nachdenkt?“. Wie aufgezeigt⁸⁷⁰, war es in Österreich auch praktisch nicht möglich, auf diese Frage eine Antwort zu finden, da man die NS-Richter selbst eingestellt und angeblich überprüft hatte. In Deutschland wäre es möglich gewesen, doch entschied man sich aus den erwähnten Gründen oder Motiven absichtlich dagegen⁸⁷¹.

⁸⁶⁶ Siehe dazu bereits oben unter: A., I., 2. 8 (S. 21 ff.)

⁸⁶⁷ Dazu Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, S. 218 mit weit. Nachw.

⁸⁶⁸ BVerfGE 72, 200 (241 ff.); 72, 302 (321 ff.); 78, 249 (283 ff.); 87, 48 (63)

⁸⁶⁹ Vgl. Wessels/Beulke, Strafrecht AT (2004), S. 12 ff. mit weit. Nachw.

⁸⁷⁰ Siehe oben unter: C., III. (S. 202 ff.)

⁸⁷¹ Siehe oben unter: C., II. (S. 192 ff.)

Wie bereits dargestellt⁸⁷², hatten die Alliierten insbesondere bei dem Wiederaufbau der Gerichtsorganisation in Deutschland sowie die Provisorische Staatsregierung und die alliierten Besatzer gemeinsam beim Wiederaufbau der österreichischen Gerichte nach 1945 kaum eine andere Möglichkeit, als auch auf belastete NS-Richter zurückzugreifen. Dies war die Folge ihrer Entscheidung, Verfahren und Maßnahmen der Entnazifizierung einerseits und den demokratisch-rechtsstaatlichen Wiederaufbau andererseits parallel durchzuführen⁸⁷³. Eine Bewertung dieser widersprüchlichen Entscheidung kann und soll an dieser Stelle nicht erfolgen. Klargestellt werden muss aber, dass die verfassungsrechtlichen Folgen und Probleme im Hinblick auf eine nachträgliche Amtsentfernung belasteter NS-Richter, eigentlich vorauszusehen waren. Im Folgenden sollen die Maßnahmen, Verfahren und Hintergründe in beiden Ländern zusammengefasst, erläutert und verglichen werden.

2. In Betracht kommende Vergleichskriterien

a) Vergleichbare Maßstäbe der Entnazifizierung?

Welchen Maßstab kann man anlegen, um die historische, politische und gesellschaftliche Situation zwischen Deutschland und Österreich bzw. zwischen dem Deutschen Reich und der Republik Österreich zur Zeit der NS-Herrschaft zu vergleichen; schon dies ist bereits problematisch⁸⁷⁴. Doch ist eine Reflektion darüber notwendig, um die sich daran erst anschließende Frage beantworten zu können, welche Maßstäbe denn bei der Entnazifizierung und dem staatlichen Wiederaufbau in beiden Ländern angelegt wurden.

Das NS-Regime war ein Unrechtsstaat, wie es ihn auf dem europäischen Kontinent bis zu dieser Zeit nicht gegeben hatte. Der einzige Maßstab, dem er sich zur Legitimation seiner Handlungen bediente, war der Befehl und Wille des Führers, also die Person *Adolf Hitlers*, dem sämtliche Beamten und Richter ihre Treue zu schwören hatten⁸⁷⁵. Dessen unersättlichem Machtwillen fiel u.a. auch die Republik Österreich im März 1938 zum Opfer, als dieses Land dem Deutschen Reich gewaltsam angeschlossen und damit integraler Bestandteil des Unrechtsstaats wurde. Die Zielsetzung der Alliierten im zweiten Weltkrieg war zunächst nur in einem Punkt eindeutig: „*Germaniam esse delendam*“ (lat. Deutschland muss zerstört werden)⁸⁷⁶. Noch bei der Konferenz von *Jalta* im Februar 1945 war von einer Wiedererrichtung Deutschlands keine Rede. Vielmehr bekräftigte der amerikanische

⁸⁷² Siehe oben unter: B., I., 2 (S. 62 ff.)

⁸⁷³ Siehe dazu bereits: A., I., 2., a) (21 ff.)

⁸⁷⁴ Siehe zu Inhalt und Grenzen sowie den Funktionen der Rechtsvergleichung oben C., I., 2. (S. 189 ff.) mit weiteren Hinweisen auf entsprechende Literatur.

⁸⁷⁵ Siehe dazu umfassend oben unter: B., III., 2., a) (S. 126 ff.)

⁸⁷⁶ Damals häufig zitiert in Anlehnung an *Cato den Älteren* (234 -149 v. Chr.): „*Carthaginem esse delendam*“ (lat. Karthago muss zerstört werden)

Finanzminister *Morgenthau* nachdrücklich seine Forderung, Deutschland in einen Agrarstaat zu verwandeln⁸⁷⁷. Kriegerische *Gewalt* mit dem Zweck der endgültigen Vernichtung Deutschlands sah man also noch bis zum Frühjahr 1945 als geeignete Gegenreaktion und relevanten *Maßstab* an, um auf den Terror den das NS-Regime über Europa und letztlich die ganze Welt gebracht hatte, angemessen zu reagieren⁸⁷⁸.

Als aber die Bilder über die Befreiung der Konzentrationslager um die Welt gingen, realisierten die Alliierten und allen voran die US-Amerikaner, dass *man Deutschland als Kollektiv* und die NS-Verbrecher im Besonderen, nicht so einfach aus ihrer Verantwortung für die 12 Jahre der NS-Herrschaft entkommen lassen konnte. Losgelöst von den bis dahin noch nicht erkennbaren Bestrebungen, wieder einen souveränen deutschen Staat zu errichten, war die beabsichtigte Errichtung eines *Militärgerichtshofs für Kriegsverbrecher in Nürnberg* zum Zwecke der Anklage und Verurteilung von 24 noch lebenden Repräsentanten der NS-Führung und 185 Vertretern der deutschen Eliten – die gedankliche Geburtsstunde der Entnazifizierung. Trotz der unglaublichen Bilder, Zeugenaussagen und sonstiger Beweise über die Konzentrations- und Vernichtungslager waren die Alliierten bereit, den NS-Verbrechern etwas einzuräumen, was diese ihren Opfern stets verwehrt hatten, ein faires Gerichtsverfahren. Damit stand zugleich der *Maßstab* fest, an denen sich sämtliche, an die Kriegsverbrecherprozesse anschließenden, verwaltungsorganisatorischen Entnazifizierungs- und Wiederaufbaumaßnahmen orientieren sollten, nämlich nicht die Gewalt, sondern *das Recht*!⁸⁷⁹ Welches Recht dies sein sollte, davon hatten die Alliierten jeweils unterschiedliche Vorstellungen, die auf ihr jeweiliges Verfassungsverständnis zurückzuführen sind. Wie bereits umfassend dargestellt⁸⁸⁰, waren diese Unterschiede letztlich mitverantwortlich für das Scheitern der personellen Entnazifizierung.

Auch in **Österreich** war natürlich das *Recht* der Maßstab für die Entnazifizierungsmaßnahmen. Zu keinem Zeitpunkt hatte aber seitens der Alliierten ein Interesse bestanden, Österreich gewaltsam zu zerstören, im Gegenteil. Unabhängig von dem vermeintlichen *Opferstatus* und dem eindeutigen Bestreben in der Moskauer Erklärung von 1943, die Republik Österreich wiederherzustellen, setzt bereits die ursprüngliche Absicht, das Deutsche Reich restlos auszulöschen, voraus, sodann auch den Zustand vor dem Anschluss wiederherzustellen. Denn anderenfalls hätte man sich das Unrecht des NS-Regimes zu eigen gemacht oder sogar mitgetragen. Im Gegensatz zu Deutschland, richtete

⁸⁷⁷ *Freund*, Deutsche Geschichte, S. 1469 ff.

⁸⁷⁸ Sogar W. Churchill war zu Anfang der Meinung, dass man die NS-Führung zu „Outlaws“ (Vogelfreien), wie im Mittelalter erklären sollte. Damit hätten sie von der alliierten Armee nach kurzer Identitätskontrolle erschossen werden können, dazu *Weinke*, Die Nürnberger Prozesse (2006), S. 11

⁸⁷⁹ *Weinke*, Die Nürnberger Prozesse, S. 7

⁸⁸⁰ Siehe oben unter: B., I., 2. (S. 62 ff.)

sich der ganz überwiegende rechtliche *Maßstab*, anhand dessen die Entnazifizierung durchgeführt wurde, nach österreichischem Recht in Form des Verfassungs-Überleitungsgesetzes (V-ÜG 1945), des Behörden-Überleitungsgesetzes (B-ÜG 1945) sowie der NS-Verbotsgesetze und dem Kriegsverbrechergesetz. Seit Februar 1946 war die Entnazifizierung von den Alliierten offiziell auf die Regierungsvertreter der Republik Österreich für ganz Österreich und nicht nur für die sowjetische Besatzungszone übertragen worden und unterlag damit – ähnlich wie die Gesetzgebungskompetenz des Nationalrats – nur noch einer eingeschränkten Kontrolle und Überwachung durch die alliierten Besatzer.

b) Vergleichbare Verfahren?

Die verwaltungsorganisatorischen Entnazifizierungsmaßnahmen und Verfahren unterscheiden sich in beiden Ländern bereits aufgrund der unterschiedlichen Rechtsgrundlagen. In der sowjetischen Besatzungszone wurde die Autorität der Provisorischen Staatsregierung frühzeitig anerkannt, weshalb hier die Entnazifizierung überwiegend aufgrund des Verbotsgesetzes und des Kriegsverbrechergesetzes vollzogen wurde. In den übrigen Besatzungsgebieten führte jede Besatzungsmacht ein jeweils etwas unterschiedliches Programm durch. In Deutschland wurde die Entnazifizierung durch den *Alliierten Kontrollrat* koordiniert und durchgeführt, in Österreich wurde sie von der Regierung vollzogen und vom *Alliierten Rat* lediglich überwacht.

Der staatliche Wiederaufbau vollzog sich in Österreich ganz anders als in den westlichen Besatzungszonen des Deutschen Reichs. Während in Deutschland die Verantwortung für die personelle Entnazifizierung erst sukzessive auf deutsche Behörden und Spruchkammern übertragen wurde, als teilweise schon rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Länderverfassungen wieder in Kraft waren, erfolgte der Wiederaufbau in Österreich durch die Auflösung der Behörden des Deutschen Reichs und die Entfernung des Personals – sofern dies nicht schon im Rahmen der Entnazifizierung durch die *Sonderkommissionen* nach NS-VG 1945 geschehen war – durch den zuständigen „Liquidator für die Einrichtungen des Deutschen Reichs“.

Wegen der bereits dargestellten sog. „Sperrwirkung der Rechtsbeugung“, gab es in Deutschland faktisch keine Gerichtsverfahren gegen ehemalige NS-Richter, die mit einer Verurteilung endeten⁸⁸¹. In Österreich war dagegen mit den sog. *Volksgerichten* ein eigenständiger Justizapparat errichtet worden, der sich ausschließlich mit den nationalsozialistischen Verbrechen auf dem Staatsgebiet der Republik Österreich zwischen

⁸⁸¹ Siehe dazu ausführlich oben: B., I., 3. (S. 81 ff. [83, 84])

1938 und 1945 beschäftigte. Da es sich bei diesen Verfahren um eine Form der justiziellen Ahndung und gerade nicht um die verwaltungsorganisatorische Form der Entnazifizierung handelte, stehen sie nicht im Zentrum dieser Untersuchung. Hervorgehoben werden muss aber dennoch, dass sich diese Gerichte zumindest mit der österreichischen Richterschaft auseinandersetzten und es dabei – zumindest vereinzelt – auch zu Verurteilungen kam. Rechtsgrundlage dieser Verfahren war das Kriegsverbrechergesetz⁸⁸². Dabei handelte es sich um ein Verfassungsgesetz, das Kriegsverbrechen und andere nationalsozialistische Untaten „nachträglich“ sühnen sollte. Es waren demnach „rückwirkende Gesetze“ zur strafrechtlichen Ahndung von NS-Verbrechen⁸⁸³.

c) Evaluierung: Vergleichbare Ergebnisse?

Wie bereits dargestellt⁸⁸⁴, sind die Ergebnisse der Entnazifizierung und die Untersuchungen bei den Wiedereinstellungsverfahren in beiden Ländern nahezu identisch: Etwa 1/3 der 1948 wieder im Staatsdienst der Republik Österreich tätigen Richter waren ehemalige NS-Richter; auf dem Gebiet des Deutschen Reichs variieren die Zahlen zwischen den Besatzungszonen etwas; aufgrund der sog. „Huckepack-Regel“ waren teilweise sogar bis zu 50% belastet⁸⁸⁵.

Auch die zusätzliche justizielle Verfolgung ehemaliger NS-Richter vor den *Volksgerichten* konnte also die *Renazifizierung* der Richterschaft in Österreich nicht verhindern. Nur zur Klarstellung sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass wohl bereits im Sommer 1945 im Staatsamt für Justiz entschieden wurde, dass Richter, die im Einklang mit den NS-Gesetzen gehandelt hatten, auch nicht vor den Volksgerichten anzuklagen seien; dies war bei nahezu allen der Fall⁸⁸⁶. Sofern es trotzdem zu Anklagen gegen ehemalige NS-Richter kam, betrafen diese deshalb auch nicht deren Urteilsprüche, sondern konzentrierten sich auf andere Straftaten, die mit ihrem Richteramt nichts zu tun hatten, wie etwa ungerechtfertigte Bereicherung oder Beleidigung gegen Justizopfer etc.⁸⁸⁷. Da es im Rahmen dieser Untersuchung gerade um das Verhalten der Richter in ihrem Amt, als integraler Bestandteil der Rechtsprechung geht, sind die Verfahren vor den Volksgerichten deshalb unberücksichtigt geblieben. Wie *Stadler* zutreffend ausführt, sind auch in Österreich keine Richter, die Todesurteile zum Erhalt und Fortbestand des NS-Regimes in dessen Namen getroffen hatten, nachträglich von der Justiz behelligt worden⁸⁸⁸. Interessant

⁸⁸² StGBI. Nr. 32/1945

⁸⁸³ Dazu Stadler, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 135 ff.

⁸⁸⁴ Siehe oben: B., I., 3. (S. 81 ff.)

⁸⁸⁵ Dazu oben unter: B., I., 3 (S. 81 ff.)

⁸⁸⁶ *Stadler*, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 235 ff.

⁸⁸⁷ *Stadler*, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 235, 236

⁸⁸⁸ *Stadler*, Juristisch bin ich nicht zu fassen, S. 238

ist dies deshalb, weil es in Österreich den Tatbestand der Rechtsbeugung – im Gegensatz zum deutschen Strafrecht – nicht gibt. Damit wäre also nicht erforderlich gewesen, dass ein Richter positiv wusste, dass er mit seinem Todesurteil das Recht bricht, um ihn nachträglich etwa wegen Totschlags oder Mordes zu verurteilen; die dem deutschen Recht immanente Sperrwirkung konnte nicht entstehen. Eine Verurteilung der belasteten NS-Richter wegen ihrer Todesurteile zwischen 1938 und 1945 erfolgte also in Österreich, nicht wie in Deutschland, aus rechtlichen, sondern aus tatsächlichen Gründen *nicht*, weil man sich nämlich dazu entschieden hatte, sie einfach nicht deshalb anzuklagen.

Im Gesamtergebnis kann daher festgestellt werden, dass die rechtlichen Rahmenbedingungen für eine erfolgreiche Entnazifizierung und den staatlichen Wiederaufbau in Österreich besser organisiert waren als in Deutschland. So hatte man sich mit dem Gerichtszweig der Volksgerichte und dem NS-Verbotsgesetz sowie dem Kriegsverbrechergesetz immerhin über das allgemeine Verbot einer Rückwirkung von Strafgesetzen hinweggesetzt. Bis zur Auflösung der *Volksgerichte* im Jahre 1955, bringt die österreichische Rechtslage zum Ausdruck, was die Deutsche – selbst unter dem Grundgesetz – nicht zu leisten im Stande war⁸⁸⁹. Nämlich zumindest theoretisch eine rückwirkende Verurteilung von ehemaligen NS-Richtern – selbst, wenn diese bereits wieder im Richterdienst der Republik Österreich standen – zu ermöglichen. Von der Intension des Gesetzgebers wird daher den im NS-Verbotsgesetz und im Kriegsverbrechergesetz normierten Strafgesetzen der Vorrang vor der verfassungsrechtlichen Garantie der richterlichen Unabhängigkeit eingeräumt. Dass es dann tatsächlich nicht zu den entsprechenden Anklagen kam, kann nicht dem Gesetzgeber angelastet werden. Im Gegensatz zur Rechtslage in der Bundesrepublik Deutschland, hatte dieser damit aber alles getan, um die österreichische Verfassung gerade nicht dem Widerspruch aussetzen zu müssen, schwer belastete NS-Richter unter den Schutz der richterlichen Unabhängigkeit in Gestalt des Verbots der Amtsenthebung und Amtsversetzung zu stellen.

D. Von der Geschichte lernen: Zur Einstellung oder Übernahme „belasteter“ Personen in den öffentlichen Dienst unter der Geltung des Grundgesetzes der Bundesrepublik Deutschland

I. Problematik und Umsetzung des sogenannten „Extremistenbeschlusses“

Die *Terroranschläge* der sogenannten *Rote-Armee-Fraktion* (RAF), in der Bevölkerung nach ihren führenden Köpfen auch „Baader-Meinhof-Bande“ genannte, und weitere

⁸⁸⁹ Siehe dazu oben unter: C., II. (S. 192 ff.)

Gewalttaten anderer terroristischer Gruppierungen, erzeugten in der Bevölkerung der Bundesrepublik Deutschland erhebliche Unruhe. Parlament und Regierung waren durch sie herausgefordert und zum Handeln gezwungen. 1972 wurde, nach langen Diskussionen, ein sog. *Sicherheitspaket* beschlossen⁸⁹⁰. Dennoch konnten Morde und andere Terrorakte nicht verhindert werden wie etwa die Ermordung israelischer Sportler bei den olympischen Spielen in München am 5. September 1972, die Ermordung des Berliner Kammergerichtspräsidenten *von Drenkmann* am 10. November 1974, die Entführung des Vorsitzenden der Berliner CDU, P. *Lorenz* am 27. März 1975 und der Überfall auf die deutsche Botschaft in Stockholm am 24. April 1974. Den Höhepunkt terroristischer Gewalt erlebte die Bundesrepublik Deutschland im sog. *Deutschen Herbst 1977*: Dazu gehörten insbesondere die Ermordung des Generalbundesanwalts S. *Buback* am 7. April 1977 sowie des Vorstandsvorsitzenden der Dresdner Bank J. *Ponto* am 30. Juli 1977 und schließlich die Ermordung, des am 5. September 1977 entführten Präsidenten der Bundesvereinigung der Deutschen Industrie (BDI), H. M. *Schleyer*, zusammen mit der darauf folgenden Entführung der Lufthansa-Maschine „Landshut“ nach Mogadischu am 13. Oktober 1977. Einer Sondereinheit des Bundesgrenzschutzes gelang es, die Geiseln aus dem Flugzeug in einem Handstreich zu befreien.

Auf diese Welle von terroristischen Anschlägen reagierten Bundesregierung, Bundestag und Bundesrat mit einer Vielzahl von Maßnahmen. Hierzu zählt auch der sog. *Extremistenbeschluss* der Regierungschefs des Bundes und der Länder vom 28. Januar 1972, der darauf zielte, erklärte oder vermeintliche *Verfassungsfeinde* vom öffentlichen Dienst fernzuhalten⁸⁹¹. Nach den Regelungen des damaligen Beamtenrechtsrahmengesetzes bzw. des Bundesbeamtengesetzes, die inhaltlich für die Richter auf Bundes- und Landesebene entsprechend gelten, besteht für die öffentlich-rechtlichen Bediensteten eine Verfassungstreuepflicht⁸⁹². Sie ist verfassungsrechtlich vorgegebenes Merkmal der „*Eignung*“ zu einem öffentlichen Amt (Art. 33 Abs. 2 GG) und bedeutet, dass jeder Bewerber für ein derartiges öffentliches Amt sich durch sein gesamtes Verhalten zu der freiheitlich demokratischen Grundordnung zu bekennen und für deren Erhaltung einzutreten hat⁸⁹³. Diese Treuepflicht wird nicht gewahrt, soweit sich der Bewerber in verfassungsfeindlichen Organisationen betätigt⁸⁹⁴. Der erwähnte

⁸⁹⁰ Vgl. *Rupprecht*, Das Sicherheitspaket, BayVBl. 1972, 625 ff.; zum Inhalt des Sicherheitspaktes auch *Stern*, Staatsrecht Bd. V, S. 1479 f.

⁸⁹¹ Dazu umfassend *Frisch*, Extremistenbeschluss, Zur Frage der Beschäftigung von Extremisten im öffentlichen Dienst mit grundsätzlichen Erläuterungen, Argumentationskatalog, Darstellung extremistischer Gruppen und einer Sammlung einschlägiger Vorschriften, Urteile und Stellungnahmen, 1977, S. 15 ff.

⁸⁹² *Jarass/Piero*th, GG-Kommentar, Art. 33 Rdnr. 52; BVerfGE 39, 334/347 ff.; BVerfG-K, NJW 2008, 2569; dazu gehört u.a. auch ein beamtenrechtliches politisches Mäßigungsgebot, BVerfGE 84, 292/294 f.; BVerfG-K, 1989, 93 f.

⁸⁹³ *Jarass/Piero*th, GG-Kommentar, Art. 33 Rdnr. 52 mit weit. Nachw.

⁸⁹⁴ BVerfGE 61, 176/192; 73, 263/281

Extremistenbeschluss sollte dazu dienen, Maßstäbe und Verfahren der *Überprüfung der Verfassungstreuepflicht* in Bund und Ländern zu vereinheitlichen und für potenzielle Bewerber transparent zu machen⁸⁹⁵. Er wird ergänzt durch die „Grundsätze der Bundesregierung für die Prüfung der Verfassungstreue“ vom 19. Mai 1976⁸⁹⁶. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 22. Mai 1975, hat das Bundesverfassungsgericht⁸⁹⁷ den materiell-rechtlichen Kerngehalt dieser Verfassungstreuepflicht ausdrücklich bestätigt und im Einzelnen weiter konkretisiert.

Die freiheitliche Grundordnung des Grundgesetzes ist geprägt, einerseits von der Menschenwürde und einer Vielzahl von Freiheits- und Gleichheitsrechten, andererseits von den Prinzipien des sozialen und föderalen Rechtsstaats. Diese Grundpfeiler der Verfassung sind gem. Art. 79 Abs. 3 GG auch vor Verfassungsänderungen geschützt. Wie oben⁸⁹⁸ im Einzelnen dargestellt, umfasste die *personenbezogene Entnazifizierung* nach 1945 – auch unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Sichtweisen in den Besatzungszonen – Maßnahmen, die darauf abzielten, die „belasteten Personen“ auf ihr Eintreten für bzw. ihre Überzeugung von den demokratischen und rechtsstaatlichen Strukturen des Staates zu überprüfen. Hier liegt *eine gewisse Parallele* zur Zielsetzung des *Extremistenbeschlusses*. Der deutliche *Unterschied* besteht aber darin, dass die Maßnahmen der Entnazifizierung, auch soweit sie nach 1946 durch deutsche Spruchkammern vollzogen wurden, eine Folge der kriegsbedingten Beendigung der nationalsozialistischen Herrschaft waren, während die Überprüfung der Verfassungstreue, im Rahmen der Art. 33 Abs. 2 oder 98 Abs. 2 und 5 GG⁸⁹⁹, mit einem staatsrechtlichen oder politischen Systemwandel überhaupt nichts zu tun hat, sondern nur auf verfassungsfeindliche Bestrebungen im Einzelfall reagiert. Die Konkretisierung der Verfassungstreuepflicht im Einzelfall, ist also ein wesentliches Element zum *Schutz der Verfassung*; die Entnazifizierung, so sie denn ernsthaft betrieben wurde, sollte der *Vorbereitung auf eine neue Verfassungsordnung* dienen.

⁸⁹⁵ *Frisch*, Extremistenbeschluss, S. 11 f.

⁸⁹⁶ *Frisch*, Extremistenbeschluss, S. 147 f. mit Anm.

⁸⁹⁷ BVerfGE 39, 334 ff. mit Sondervotum von *Rupp*, S. 378 ff.; BVerfGE 61, 176; 73, 263; 86, 99; 114, 258; BAG NJW 1983, 779; insgesamt *Stern*, Zur Verfassungstreue der Beamten, 1974; *Denninger/Klein*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, in: VVDStRL Bd. 37, S. 7 ff.

⁸⁹⁸ Siehe oben unter: B., I., 21. (S. 54 ff.)

⁸⁹⁹ Vgl. *Böckenförde*, Verfassungsfragen der Richterwahl; Ehlers, Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl; *Burmeister*, Die Richteranklage im Bundesstaat, DRiZ 1989, S. 518 ff.

II. Weiterverwendung oder Neueinstellung von ehemaligen DDR-Richtern in den neuen Bundesländern nach deren Beitritt zur Bundesrepublik Deutschland

Die deutsche Juraprofessorin *Inga Markovits* an der University of Texas in Austin, USA, hat unter dem Titel „Die Abwicklung“ ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz veröffentlicht⁹⁰⁰. Hierin schildert sie eindrucksvoll was geschieht, wenn „über Nacht“ ein sozialistisches Rechtssystem durch ein bürgerliches Rechtssystem ersetzt wird; wenn Menschen, für die „Recht“ bis dahin Ordnung, Disziplin und Sicherheit bedeutet hatte, sich plötzlich in der häufig kühlen Freiheit des bürgerlichen Rechtsstaats wiederfinden; und vor allem, wenn die Honoratioren eines ruhmlos untergegangenen Rechtssystems die eigene Rolle bei dem Kollaps überdenken müssen und die Vertreter der Rechtsordnung, die sich letztlich durchgesetzt hat, bei der historischen Umbesinnung alle, unter dem Stichwort des „Unrechtsstaats“, auch unangenehme Fragen stellen dürfen, mit denen sie ihr eigenes Rechtssystem nicht „belästigen“⁹⁰¹. Im Zusammenhang mit der Schlussüberlegung der vorliegenden Untersuchung, ob es Parallelen zwischen der Entnazifizierung öffentlich-rechtlicher Bediensteter nach 1945 oder Weiterverwendung bzw. Neueinstellung „belasteten“ Personals, unter der Geltung des Grundgesetzes gibt, wird man die verfassungsrechtliche Entwicklung der Deutschen Demokratischen Republik, die sich von der Verfassungsentwicklung westdeutscher Länder deutlich unterscheidet, reflektieren müssen:

(1) Kurz nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland kam es zur Errichtung der *Deutschen Demokratischen Republik*. Während die westlichen Besatzungsmächte die Eingliederung Deutschlands in die westliche parlamentarisch-demokratische Staatenwelt beabsichtigten, ging es der Sowjetunion um die Etablierung einer kommunistischen Alleinherrschaft und die Einbeziehung des neuen ostdeutschen Staates in ihren Machtbereich. Dies kam allerdings am Anfang nicht so deutlich zum Ausdruck. Um auch die bürgerlichen Kreise zu gewinnen, wurden bürgerliche *Parteien* zugelassen und demokratische Rechte und Formen wenigstens teilweise gewährt. Die Schlüsselpositionen nahmen indessen weitestgehend die kommunistischen Funktionäre ein. Sie lenkten auch die Massenorganisationen, die den vermeintlichen Volkswillen zum Ausdruck bringen sollten⁹⁰².

(2) Die 1946 aus der zwangsweisen Vereinigung von KPD und SPD entstandene sozialistische Einheitspartei Deutschlands (SED), verfolgte zunächst über die von ihr initiierte und gelenkte Volkskongressbewegung, gesamtdeutsche Verfassungsziele. Der 3.

⁹⁰⁰ *Markovits*, Die Abwicklung – Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz, S. 9 ff.

⁹⁰¹ Vgl. dazu den Umschlagtext auf der Rückseite der Monografie von *Markovits*, Die Abwicklung – Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz

⁹⁰² *Maurer*, Staatsrecht I, § 3 Rdnr. 42

Deutscher Volkskongress nahm den vom Volksrat ausgearbeiteten Verfassungsentwurf am 30. Mai 1949 mit nur einer Gegenstimme an und wählte sodann einen neuen Deutschen Volksrat. Dieser trat am 7. Oktober 1949 zu seiner ersten Sitzung zusammen, rief noch am gleichen Tag die „Deutsche Demokratische Republik“ aus, setzte die am 30. Mai 1949 vom Volkskongress beschlossene und inzwischen von der sowjetischen Militäradministration genehmigte Verfassung in Kraft, konstituierte sich selbst als „Provisorische Volkskammer“ bis zur Wahl einer endgültigen Volkskammer (die dann am 15. Oktober 1950 wiederum in Form einer Abstimmung über eine Einheitsliste stattfand) und bestellte schließlich eine *provisorische Regierung*.

(3) Wie in den Westzonen wurde sodann auch in der DDR die Besatzungsherrschaft abgebaut. Die sowjetische Militäradministration in Deutschland (SMAD) wurde aufgelöst und von der (zivilen) sowjetischen Kontroll-Kommission in Deutschland (SKK), mit einem Hohen Kommissar an der Spitze, abgelöst. Deren Aufgabe bestand darin, darüber zu wachen, dass die DDR „ihre Regierungstätigkeit auf der Grundlage der Beschlüsse der Potsdamer Konferenz durchführen und die Verpflichtungen erfüllen wird, die sich aus den gemeinsamen Beschlüssen der vier Mächte ergeben“ (so die im Auftrage der Sowjetregierung abgegebene Erklärung des Vorsitzenden der SKK vom 11. November 1949). Ein Besatzungsstatut wurde nicht erlassen; aufgrund der rechtlichen Vorbehalte und der tatsächlichen Machtverhältnisse konnte die Sowjetunion jederzeit eingreifen und hat dies auch getan, wie etwa die Niederschlagung des Aufstandes vom 17. Juni 1953 zeigte. Nachdem der Bundesrepublik Deutschland die Souveränität zugesprochen war, zog die Sowjetunion wiederum nach und verlieh, durch die Erklärung der Sowjetregierung vom 25. März 1954 und den Vertrag über die Beziehungen zwischen der DDR und der Sowjetunion vom 20. September 1955, der DDR die Souveränität, die allerdings, wie auch in der Bundesrepublik Deutschland, mit dem Vorbehalt der sich aus dem 4-Mächte-Abkommen ergebenden Rechte⁹⁰³ begrenzt war.

(4) Die DDR-Verfassung von 1949 lehnte sich bewusst an die Weimarer Reichsverfassung von 1919 an, um auf diese Weise auch die bürgerlichen Kreise einzubeziehen. Allerdings enthielt sie auch gewisse *sozialistische Prägungen*: So wurde zwar das Eigentum gewährleistet, aber durch Vorbehalte und Beschränkungen praktisch ausgehöhlt, die Volkskammer zum höchsten Organ erklärt und damit die Gewaltenteilung negiert und durch das in Art. 92 vorausgesetzte Blocksysteem jede Opposition von vornherein ausgeschlossen. Nach diesem System gab es bei der Volkskammerwahl nur eine *Einheitsliste*, auf der die Mandate für die politischen Parteien und Massenorganisationen

⁹⁰³ Vgl. dazu die Rechtsquellen bei *Rauschning*, Rechtstellung Deutschlands, völkerrechtliche Verträge und andere rechtsgestaltende Akte, 2. Aufl. 1989, S. 247 ff.; I. von *Münch*, Dokumente des geteilten Deutschlands Bd. 1, 2. Aufl. 1976, S. 301 ff.

nach einem *festen Schlüssel* verteilt waren. Die stärkste Fraktion stellte den Ministerpräsidenten, der die Regierung bildete; die anderen Fraktionen waren entsprechend ihrer Stärke in der Regierung vertreten. Da die *SED* nach dem vorgegebenen Verteilungsschlüssel *stets stärkste Fraktion* war, bildete sie auch immer die Regierung und schloss zugleich, durch die Einbindung der anderen Fraktionen, jede parlamentarische Opposition aus.

(5) Die letzten Fassaden einer bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassungsordnung wurden schließlich durch die sozialistische Verfassung am 6. April 1968 und deren Revision vom 7. Oktober 1974 beseitigt. Die Richtung gab bereits Art. 1 Verf. 1968 an, der bestimmte: „Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat deutscher Nation. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land, die gemeinsam unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei den *Sozialismus* verwirklichen.“ Durch die Verfassungsrevision von 1974 wird aus dem „sozialistischen Staat deutscher Nation“ ein „sozialistischer Staat der Arbeiter und Bauern“.

(6) Die kommunistische Führung der DDR hat es trotz erheblichen Propagandaaufwands nicht vermocht, die Bevölkerung für sich zu gewinnen. Der SED-Staat konnte sich nur deshalb vier Jahrzehnte halten, weil er die Grenzen gegenüber dem Westen, insbesondere gegenüber der Bundesrepublik Deutschland, durch Mauer und Stacheldraht abgeriegelt und vor allem durch die Sowjetunion mit ihrer Armee gestützt wurde. Die Ablehnung der Bevölkerung, besonders der Jugend, nahm jedoch immer mehr zu. Sie steigerte sich und führte 1989 zu *Flüchtlingsströmen* und vor allem zu ständig anwachsenden *Protestdemonstrationen* in den Städten der DDR⁹⁰⁴. Zu den permanenten Einschüchterungen führte vor allem die flächendeckende *Überwachung und Bespitzelung* der Bevölkerung seitens des Staatssicherheitsdienstes der DDR und seiner Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter.

Als es dann zur *Wiedervereinigung Deutschlands*, in Form des Beitritts gem. Art. 23 S. 2 GG in seiner ursprünglichen Fassung, kam und im *Einigungsvertrag* jedenfalls grundsätzlich die *Überleitung der Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes der DDR* auf Bundes- und Landesebene vorgesehen war⁹⁰⁵, waren Tätigkeit und Mitarbeit im *Staatssicherheitsdienst auch im Hinblick auf die Voraussetzungen des Art. 33 Abs. 2 GG ein erhebliches Problem*: Neben der grundsätzlichen Überleitung der

⁹⁰⁴ Zusammenfassend *Maurer*, Staatsrecht I, § 3 Rz. 55 ff.

⁹⁰⁵ Diese Regelung des Einigungsvertrages war lange umstritten; vgl. dazu *Goerlich*, JZ 1990, S. 675 ff.; *Degenhart*, DVBl. 1990, S. 973 (979); *Bernet*, in: Festschrift für *Thieme*, S. 289 ff.; *Pitschas* (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung und Verwaltungsreform in den neuen Ländern der Bundesrepublik Deutschland; *Maurer*, Staatsrecht I, § 3 Rz. 69 ff.; *Badura*, Die innerdeutschen Verträge, insbesondere der Einigungsvertrag, HStR VIII, § 189 Rdnr. 38 ff.; BVerfGE 84, 133; 85, 360: zur Problematik der Beendigung von Arbeitsverhältnisses aufgrund des Einigungsvertrages

Rechtsverhältnisse wurde zugleich ein *außerordentliches Kündigungsrecht* normiert, wenn und soweit der zu übernehmende Bedienstete entweder „gegen die Grundsätze der Menschlichkeit oder Rechtsstaatlichkeit verstoßen hat, insbesondere die im Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. Dezember 1966 gewährleisteten Menschenrechte oder die in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 enthaltenen Grundsätze verletzt hat“ oder „für das frühere *Ministerium für Staatssicherheit/Amt für nationale Sicherheit* tätig war und deshalb ein Festhalten am Arbeitsverhältnis unzumutbar erscheint“.

Zusätzlich galten für den *Fortbestand der Dienstverhältnisse von Richtern und Staatsanwälten* weitere Besonderheiten. Zum Fortbestand dieser Dienstverhältnisse hat das *Bundesverfassungsgericht* in mehreren Urteilen zusätzliche Interpretationshilfen gegeben⁹⁰⁶. Die Richtschnur für alle Rechtsverhältnisse des öffentlichen Dienstes (ob Fortbestand oder Neubegründung) musste zwingend die Regelung des Art. 33 GG sowie die weiteren darauf bezogenen Vorschriften des Grundgesetzes sein. Dies bedeutet, dass die bewährte Grundkonzeption des öffentlichen Dienstes der Bundesrepublik Deutschland einschließlich der Gliederung in Beamte, Richter und Soldaten sowie Angestellte und Arbeitnehmer auf die beigetretenen Teile Deutschlands (der ehemaligen DDR) übertragen wurden. In Anbetracht der gänzlich anderen Orientierung des öffentlichen Dienstes in der ehemaligen DDR, konnte jedoch die Verwirklichung dieser Konzeption nicht ohne *Übergangsregelungen* vor sich gehen. So begnügt Art. 20 EV sich im Wesentlichen mit einem Verweis auf die Anlage I. Gemäß Anlage I Kapitel XIX Sachgebiet A Abschnitt III bestanden die Rechtsverhältnisse der Arbeitnehmer im Öffentlichen Dienst der DDR zwar grundsätzlich fort, zugleich wurde jedoch das bereits oben erwähnte außerordentliche Kündigungsrecht normiert, das unter den genannten Voraussetzungen stand.

An diesen Regelungen zeigt sich, dass in der Tat zwischen den Kriterien der Weiterverwendung oder Neueinstellung von richterlichem Personal der Rechtspflege (Richter und Staatsanwälte) in den Verfahren der Entnazifizierung nach 1945 und einer freiwilligen oder erzwungenen Mitarbeit beim ehemaligen Staatssicherheitsdienst der DDR eine *offensichtliche Vergleichbarkeit* besteht. Im Hinblick auf die oben⁹⁰⁷ entwickelten Bewertungsmaßstäbe der Verhältnismäßigkeit, in Form des Grundsatzes praktischer Konkordanz, muss daher gelten: Es hat bei der Weiterverwendung oder Neueinstellung des im Bereich der Rechtspflege tätigen Personals, für den Fall des Verdachts einer Mitarbeit am Staatssicherheitsdienst (belegt im Rahmen des dafür geschaffenen Gesetzes durch die verfügbaren Stasi-Unterlagen), stets eine *Einzelfallprüfung* stattzufinden, bei der einerseits die *Umstände der Mitarbeit* beim Staatssicherheitsdienst (erzwungen, freiwillig, Umfang

⁹⁰⁶ BVerfGE 84, 133/146 ff.; 92, 140/150 ff.; 96, 152/164 f. und 96, 189/198 f.

⁹⁰⁷ Siehe oben unter: C., I., 2. (S. 189 ff.)

usw.), das *Verhalten des Betroffenen* im Bereich der Rechtspflege sowie seine *Funktionen vor und nach der Wiedervereinigung* angemessen zu berücksichtigen sind⁹⁰⁸. Wie *relativ aktuell* diese abwägende Prüfung und Bewertung immer noch ist, zeigte die *Regierungsbildung in Berlin* im Jahre 2016: Der auf Vorschlag der Fraktion „Die Linke“ ernannte Staatssekretär *Andrej Holm* sollte vom regierenden Bürgermeister wegen Stasi-Belastung entlassen werden. Er hatte in einem Personalfragebogen seines bisherigen Arbeitgebers, der Berliner Humboldt-Universität, 2005 eine hauptberufliche Stasitätigkeit verneint. Bei genauer Prüfung der Sachlage, stellte sich heraus, dass er als 18-jähriger fünf Monate lang für die Stasi tätig war. Bevor es zu ernsthaften Verwerfungen innerhalb der Koalitionsregierung kam, hat *Holm* seinen Rücktritt erklärt. Dieser Vorgang zeigt, dass eine sorgfältige, möglicherweise durch eine unabhängige Person oder Organisation durchgeführte Einzelfallprüfung, nicht nur sachgerecht gewesen wäre, sondern eine lückenlose Information der Öffentlichkeit auch dem Ansehen des Senats und dem Vertrauen der Bevölkerung in die praktische Umsetzung demokratischer und rechtsstaatlicher Grundsätze gedient hätte.

E. Fazit:

1. Aufgrund der politischen Spannungen zwischen den alliierten Besatzern untereinander und dem sich anbahnenden „Ost-West-Konflikt“, erfolgten die Entnazifizierungsmaßnahmen und der Aufbau eines demokratischen und sozialen Rechtsstaats in Deutschland nach 1945 nicht hintereinander und aufeinander aufbauend, sondern zeitgleich und damit parallel.
2. Die personelle Besetzung der Stellen des öffentlichen Dienstes in der neu errichteten Staats- und Verwaltungsorganisation sowie vor allem in der Justiz, erfolgte deshalb durch die Alliierten bereits zu einem Zeitpunkt, als die Verfahren der Entnazifizierung noch lange nicht beendet waren.
3. Aufgrund der Kriegsfolgen litt der öffentliche Dienst, auf allen Ebenen der Staatsorganisation nach 1945, unter einem erheblichen Personalbedarf. Um diesem gerecht zu werden, mussten auch solche Personen wieder als Richter eingestellt bzw. übernommen werden, bei denen Überprüfungen im Rahmen der Entnazifizierung nicht stattgefunden hatten oder die sogar formell als NS-belastet

⁹⁰⁸ Zu den Kriterien der Überleitung der Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes der DDR eingehend *Goerlich*, JZ 1990, 675 ff.; *Degenhart*, DVBl. 1990, 973/979; *Bernet/Lecheler*, Die DDR-Verwaltung im Umbau, 1990; *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, S. 1954 ff. mit weit. Nachw.

eingestuft waren; nur so konnten ein funktionsfähiger Aufbau und Betrieb der Gerichtsbarkeit gewährleistet werden.

4. Da es weder auf Länder- noch später auf Bundesebene eigene, von der Entnazifizierung unabhängige, Einstellungs- und Überprüfungsverfahren der NS-Vergangenheit betroffener Richter und deren Verfassungstreue gegeben hat, kam es zwangsläufig zu einem verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis (normativen Zielkonflikt) zwischen der Garantie richterlicher Unabhängigkeit auf der einen Seite und der freiheitlich demokratischen Grundordnung in den Länderverfassungen und im Grundgesetz auf der anderen Seite dadurch, dass NS-belastete Personen weiter verwendet oder wiedereingestellt worden sind.
5. Dieses Spannungsverhältnis lässt sich sachgerecht nicht, anhand des in Rechtsprechung und Schrifttum lange schwelenden Theorienstreits über den Fortbestand und/oder Untergang des Deutschen Reichs, lösen: Mit der ganz herrschenden Meinung spricht Vieles dafür, dass das Staatsgebilde „Deutsches Reich“ die Kapitulation am 8. Mai 1945 überdauert hat. Denn sie erzeugte nur völkerrechtliche Wirkungen, und die Staatlichkeit (Staatsvolk, Staatsgebiet, Staatsgewalt) wurde durch die Existenz der Länder mit ihren Verfassungen erhalten. Dies hatte dann allerdings zur Folge, dass die Dienstverhältnisse der Richterschaft fortbestanden und damit formal neue Einstellungs- und Überprüfungsverfahren bzgl. der NS-Vergangenheit und einer nachweisbaren Verfassungstreue einzelner Personen nicht erforderlich waren.
6. Auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1953 (Beamtenurteil) – in der ausdrücklich alle Beamtenverhältnisse mit dem Datum des 8. Mai 1945 für beendet erklärt werden – führt zu keinem sachgerechten Ergebnis, da das Gericht die Neubegründung eines Dienstverhältnisses durch faktische Weiterverwendung eines Beamten/Richters auf seinem Posten für rechtlich möglich erachtet. Damit bleibt die Entnazifizierung einziges Kontrollverfahren dafür, ob das im öffentlichen Dienst weiterverwendete Personal die Gewähr dafür bietet, jederzeit für die landes- und bundesverfassungsrechtlich garantierte freiheitlich demokratische Grundordnung einzutreten. Die Entnazifizierung NS-belasteter Richter war jedoch durch deren faktische Weiterverwendung bereits beendet; anderenfalls wären diese zuvor aus dem öffentlichen Dienst entfernt worden.
7. Nur durch sorgfältige Überprüfung im Einzelfall lässt sich dieses verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis – im Rahmen einer Güterabwägung nach den Prinzipien der praktischen Konkordanz – auflösen, in dem die jeweilige

NS-Belastung des betroffenen Richterpersonals, gegenüber den Wertentscheidungen des Grundgesetzes, zum Ausgleich gebracht wird.

8. Aufgrund der verfassungsrechtlichen Garantie der sachlichen, persönlichen und organisatorischen Unabhängigkeit von Richtern, ist das Erfordernis einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage für eine unfreiwillige Auflösung des Dienstverhältnisses unabweisbar.
9. Weder im Rahmen der Durchführungsverordnung zu Art. 132 GG, noch im Zusammenhang mit den parlamentarischen Beratungen über die Einführung des Deutschen Richtergesetzes, konnte sich der Bundesgesetzgeber zur Verabschiedung einer solchen Ermächtigungsgrundlage entschließen.
10. Trotz des verfassungsrechtlichen Zielkonflikts und sogar Wertungswiderspruchs zwischen den Prinzipien der freiheitlich demokratischen Grundordnung des Grundgesetzes, in Verbindung mit dem absoluten Vorrang der Menschenwürde einerseits und der, teilweise unerträglichen Belastung ehemaliger NS-Richter aufgrund ihrer Beteiligung an Todesurteilen wegen Bagatelldelikten andererseits, war deren Weiterverwendung im Richterdienst nach dem 8. Mai 1945 (formal) verfassungsgemäß.
11. Auch in Österreich wurden die Maßnahmen der Entnazifizierung und Demokratisierung nicht nacheinander und aufeinander aufbauend, sondern ebenfalls zeitgleich und parallel durchgeführt; allerdings nicht wegen politischer Spannungen im Zusammenhang mit dem „Ost-West Konflikt“, sondern weil sich die Alliierten über die Zukunft Österreichs im Grunde einig waren.
12. Österreich galt, seit der Moskauer Erklärung von 1943, als erstes Kriegsoffer Hitlers und wurde deshalb von den Alliierten nicht als Kollektiv für die Taten des NS-Regimes verantwortlich gemacht. In der Unabhängigkeitserklärung der politischen Parteien vom 27. April 1945 sagte man sich von der Besatzungsherrschaft des Deutschen Reichs los und knüpfte verfassungsrechtlich an den Zustand vor dem Austrofaschismus wieder an.
13. Die Staats- und Regierungsgewalt und damit auch die Verantwortung für die verwaltungsorganisatorische Entnazifizierung wurden von den Alliierten, zunächst aber nur von den sowjetischen Besatzern, auf die wiedererrichteten Stellen und Behörden der Republik Österreich übertragen.
14. Neben den Entnazifizierungsmaßnahmen des öffentlichen Diensts in den *Sonderkommissionen* nach dem NS-Verbotsgesetz 1945 und den besonderen

Kommissionen nach dem Nationalsozialistengesetz 1947, wurden die Einrichtungen und Behörden des Deutschen Reichs von einer dafür zuständigen Behörde, dem sog. „Liquidator“, aufgelöst. Hier wurde insbesondere entschieden, welche öffentlichen Dienstverhältnisse entweder zu beenden oder – durch Neubestellung – auf die Republik Österreich überzuleiten waren.

15. Im Rahmen der Wiedereinstellungsverfahren sind die betroffenen Beamten/Richter, auch im Hinblick auf ihre NS-Vergangenheit und damit ihre Verfassungstreue zur Republik Österreich, überprüft worden und zwar unabhängig von der Entnazifizierung
16. Sofern Richter nicht durch die *Sonderkommissionen* oder die besonderen Kommissionen nach NSG 197 sondern durch den „Liquidator für die Einrichtungen des Deutschen Reichs“ nach 1945 aus ihrem öffentlichen Dienstverhältnis entfernt wurden, besteht eine zusätzliche rechtsnormative Spannungslage (Zielkonflikt), da mit dem Liquidator ein Organ der Exekutive in die verfassungsmäßige Garantie der richterlichen Unabhängigkeit, in Gestalt des Verbots vor Amtsenthebung und Amtsversetzung, eingreift.
17. Diese Spannungslage lässt sich für die Verfassungsrechtslage Österreichs dadurch auflösen, dass rechtsvergleichend auf die Entscheidungsgründe des *Beamtenurteils* des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 17. Dezember 1953 Bezug genommen wird. Das Gericht hatte darin sämtliche öffentlichen Dienstverhältnisse mit dem Datum des 8. Mai 1945 automatisch für beendet erklärt. Inhaltlich stützte man sich auf die rechtsstaatlichen Garantien, welche die Weimarer Reichsverfassung den Beamten und Richtern zusicherte.
18. Da diese Garantien im NS-Staat nicht mehr existent waren und insbesondere auch ein persönlicher Treueeid nicht auf eine Verfassung, sondern auf Adolf Hitler persönlich zu schwören war, hat das Bundesverfassungsgericht die öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisse als untrennbar mit dem Regime verbunden erachtet und insoweit – mit dem Ende des NS-Regimes – für erloschen erklärt.
19. Gerade weil nach dem Anschluss auf dem besetzten Staatsgebiet der Republik Österreich keine eigene (österreichische) Verfassung existierte, sondern formell die Weimarer Reichsverfassung zur Anwendung kam, ist es rechtssystematisch konsequent, auch hier von einer automatischen Beendigung der Dienstverhältnisse auszugehen, die von dem zuständigen „Liquidator für die Einrichtungen des Deutschen Reichs“ durch seine Entlassungsverfügung dann nur noch einmal zusätzlich – quasi deklaratorisch – bestätigt wurde.

- 20.** Für alle diejenigen Richter, die nach 1945 wieder in ein Dienstverhältnis zur Republik Österreich eingestellt wurden, sind nachträglich Entlassungen verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen, da die Tätigkeit dieser Personen im NS-Regime bereits bei den Überprüfungen im Rahmen der (österreichischen) Wiedereinstellungsverfahren durch die Sonderkommissionen bzw. die besonderen Kommissionen nach NSG 1947 bekannt war und berücksichtigt wurde.
- 21.** Auch im Rahmen der Auseinandersetzungen mit der „Roten-Armee-Fraktion“ (RAF), im sog. Deutschen Herbst 1977, musste die Regierung der Bundesrepublik Deutschland Kriterien aufstellen, nach denen Angestellte und Beamte des öffentlichen Dienstes, im Hinblick auf ihre Verfassungstreue und die freiheitlich demokratische Grundordnung, überprüft wurden (sog. Extremistenbeschluss). Ähnlich der hier vorgeschlagenen Lösung einer Einzelfallprüfung der Verfassungstreue liegt eine gewisse Vergleichbarkeit vor; der Unterschied besteht allerdings darin, dass hierdurch geltendes Verfassungsrecht geschützt werden sollte, während die Entnazifizierung darauf zielte, eine zukünftige Verfassungsordnung auf Bundes- und Landesebene vorzubereiten.
- 22.** Die vergleichbare Problematik rechtsnormativer Spannungslagen wie bei Entnazifizierung und Weiterverwendung NS-belasteter Richter und ihrer Auflösung im Einzelfall, ergab sich auch bei der Überleitung des Richterpersonals der ehemaligen DDR, unter denen sich möglicherweise Stasi-belastete Personen befanden, in den öffentlichen Dienst der neuen Bundesländer. Ob insoweit stets eine Einzelfall bezogene, ergebnisoffene und transparente Rechtsgüterabwägung erfolgt ist, muss allerdings bezweifelt werden.

Literaturverzeichnis

Abelshauser, W., Deutsche Wirtschaftsgeschichte. Von 1945 bis zur Gegenwart, 2011

Achterberg, N., Probleme der Funktionenlehre, 1970

Adamovich, L. K., Grundriß des österreichischen Staatsrechts (Verfassungs- und Verwaltungsrechts), 4. Aufl. 1947

ders., Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts, 6. Aufl., 1971

Adamovich, L. K./Funk, B.-Ch./Holzinger, G., Österreichisches Staatsrecht, Band I: Grundlagen, 1997; Band II: Staatliche Organisation, 1998; Band III: Grundrechte 2003

Ahlbrecht, H., Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert – unter besonderer Berücksichtigung der völkerrechtlichen Straftatbestände und der Bemühungen um einen ständigen Internationalen Strafgerichtshof, 1999

Anker, A.-R., Der Einigungsvertrag, Seine Rechtsqualität und die Grenzen seiner Abänderbarkeit, DÖV 1991, 1062 ff.

Anders, G., Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der unter Artikel 131 des Grundgesetzes fallenden Personen, 2. Aufl., 1952

Anschütz, G., Die Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl. 1933/Neudruck 1960

Arendt, H., Eichmann in Jerusalem: Ein Bericht von der Banalität des Bösen, 1986

Arndt, A., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 3. Aufl. 1927

ders., Die staats- und verwaltungsrechtliche Entwicklung in Groß-Hessen, DRZ 1946

Arntz, Joachim u.a. (Hrsg.), Justiz im Nationalsozialismus. Positionen und Perspektiven, 2006

Ausschuß für Deutsche Einheit (Hrsg.), Wir klagen an! 800 Nazi-Blutrichter – Stützen des Adenauer-Regimes, 1959

Azzola, A./Lautner, G., Öffentlicher Dienst, „Verfassungsfeind“ und Parteienprivileg, ZRP 1973, S. 243 ff.

Backer, J. H., Die Entscheidung zur Teilung Deutschlands, 1981

Bade, C., „Als Hüter wahrer Disziplin...“, in: J. *Pereis/Wolfram Wette* (Hrsg.), Mit reinem Gewissen. Wehrmachtrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, 2011

Badura, P., Die innerdeutschen Verträge, insbesondere der Einigungsvertrag, in: *Isensee, J./Kirchhoff, P.* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VIII, 1995

Barschel, U./Gebel, V., Landessatzung für Schleswig Holstein, Kommentar, 1976

Battis, U., Zum Ausschluss „verfassungsfeindlicher“ Bewerber vom öffentlichen Dienst, JZ 1972, S. 384 ff.

ders., Kommentar zum Bundesbeamtengesetz, 3. Aufl. 2004

Baumann, Jürgen: „So, wie es lief, war es schlimm“ in: Th. *Horstmann/H. Litzinger*, An den Grenzen des Rechts. Gespräche mit Juristen über die Verfolgung NS-Juristen, 2006, S. 122 ff.

Bayer, Die Konstituierung der Bundesländer Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen, DVBl. 1991, 114 ff.

Becker, J./Stammen, Th./Waldmann, P. (Hrsg.), Vorgeschichte der Bundesrepublik Deutschland, Zwischen Kapitulation und Gesetz, 1979

Benda, E., Rechtsstaat im sozialen Handel, AöR Bd. 101 (1976), S. 497 ff.

Benz, W., Potsdam 1945, Besatzungsherrschaft und Neuaufbau im Vier-Zonen-Deutschland, 1986

ders., Die Bundesrepublik Deutschland, Geschichte in drei Bänden, Band 1: Politik, 1983

ders., Die Bundesrepublik Deutschland, Geschichte in drei Bänden, Band 3: Kultur, 1983

ders., Die Entnazifizierung der Richter, in: *Diestelkamp, B./Stolleis, M.* (Hrsg.), Justizalltag im Dritten Reich, 1988

Bernet, W./Lecheler, H., Die DDR-Verwaltung im Umbau, 1990

ders., Festschrift für Thieme, 1993

Berding (Hrsg.), Die Entstehung der Hessischen Verfassung von 1946. Eine Dokumentation, 1996

Berg, W., Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL Bd. 51 (1992), S. 46 ff.

Bergemann, H./Ladwig-Winters, S., Richter und Staatsanwälte jüdischer Herkunft in Preußen im Nationalsozialismus. Eine rechtstatsächliche Untersuchung, 2004

Bernhardt, R./Sackofsky, U., in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung

Berka, W., Lehrbuch Verfassungsrecht (Öst.), 2. Aufl. 2008

ders., Verfassungsrecht, Grundzüge des österreichischen Verfassungsrechts für das juristische Studium, 6. Aufl., 2015

Beutler, B., Das Staatsbild in den Landesverfassungen nach 1945, 1973

ders., Die Verfassungsentwicklung in Bremen, JöR n.F. 52 (2004), S. 299 ff.

ders., Die Landesverfassungen in der gegenwärtigen Verfassungsdiskussion, JöR n.F. 26 (1977), S.1 ff.

Biagini, G., Verfassung und Richterrecht, 1991

Blänsdorf, A., Zur Konfrontation mit der NS-Vergangenheit in der Bundesrepublik, der DDR und in Österreich. Entnazifizierung und Wiedergutmachungsleistungen, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zu Das Parlament B 16-17 1987

Blumenwitz, D., Die Überwindung der deutschen Teilung und die Vier Mächte, 1990

ders., Der Vertrag vom 12.09.1990 über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland, NJW 1990, S. 3041 ff.

Böckenförde, E.-W., Entstehung und Wandlung des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für A. Arndt, 1969, S. 53 ff.

ders., Verfassungsfragen der Richterwahl, 1989

- Boehl*, H.-J., Verfassungsgebung im Bundesstaat. Ein Beitrag zur Verfassungslehre des Bundesstaates und der konstitutionellen Demokratie, 1997 (insbes. S. 164-234)
- Borgstedt*, A., Entnazifizierung in Karlsruhe 1946 bis 1951 – Politische Säuberung im Spannungsfeld von Besatzungspolitik und lokalpolitischem Neuanfang (Karlsruher Beiträge zur Geschichte des Nationalsozialismus 5). 2001
- Böttcher*, Die Länderverfassungen in der unmittelbaren Nachkriegszeit und das Grundgesetz (1949) als Antwort auf Terror, Krieg und Zerstörung, *SchlHAnz A.*, 2008, 340 ff.
- ders.*, Die politische Treuepflicht der Beamten und Soldaten und die Grundrechte der Kommunikation, 1967
- Boldt*, H., Einführung in die Verfassungsgeschichte, 1985
- Bornhak*, C., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 2. Aufl. 1921
- Boss*, S., Unverdienter Ruhestand, Die personalpolitische Bereinigung belasteter NS-Juristen in der westdeutschen Justiz, 2009
- Botz*, G., Zwischen Akzeptanz und Distanz. Die österreichische Bevölkerung und das NS-Regime nach dem Anschluss, in: *Stourzh, G./Zaar, B.* (Hrsg.), Österreich, Deutschland und die Mächte. Internationale und österreichische Aspekte des Anschlusses vom März 1938 (Veröffentlichungen der Kommission für die Geschichte Österreichs 16), 1990
- Botzenhart*, M., Deutsche Verfassungsgeschichte 1806-1949, 1993
- Braas*, G., Die Entstehung der Länderverfassungen in der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands 1946/47, 1987
- Brandt*, E. (Hrsg.), Die politische Treuepflicht, 1976
- Brandt/Schenkel* (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht in Niedersachsen, 2002
- Braun*, J.-D./Falk G.-D., Die deutschen Richter im Jahre 1933, in: *Form, W./Schiller T./Seitz, L.* (Hrsg.), NS-Justiz in Hessen, Verfolgung – Kontinuitäten – Erbe, 2015
- Braun*, J., Einführung in die Rechtsphilosophie, 2006
- Brauneder*, W., Österreichische Verfassungsgeschichte, 11. Aufl. 2009
- von Brauschweig*, Verfassungsentwicklung in westlichen Bundesländern, 1993
- Brecht*, A., DDR Handbuch, hrsg. vom Bundesministerium für innerdeutsche Beziehungen, 1975
- ders.*, Reform des öffentlichen Dienstes, Pläne der Kabinettskommission zur Reform des Beamtenrechts, hrsg. vom Hess. Staatsministerium, 1948
- Brenne*, Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen, 2003
- Breunig*, Verfassungsgebung in Berlin 1945 – 1950, 1990
- Brosig*, Die Verfassung des Saarlandes – Entstehung und Entwicklung – Ein Beitrag zur saarländischen Verfassungsentwicklung, 2001
- Broszat*, M., Der Staat Hitlers, Grundlegung und Entwicklung seiner inneren Verfassung, 15. Aufl. 2000
- Brunner*, G., Fortgeltung des Rechts der bisherigen DDR, in: *HStR Bd. IX*, 1997, § 210, S. 425 ff.

- Bühler, O.*, Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, 3. Aufl. 1929
- Bundesministerium der Justiz/Fieberg, G.* (Hrsg.), Justiz und Nationalsozialismus – Katalog zur Ausstellung des Bundesministers der Justiz, 1989
- Burhenne, Wolfgang E.* (Hrsg.), Die Verfassungen und Landtags-Geschäftsordnungen der DDR-Länder bis 1952, 1990
- Burmeister, G.*, Die Richteranklage im Bundesstaat, DRiZ 1989
- Bushart*, Verfassungsänderung in Bund und Ländern, 1989
- Caspar/Ewer/Nolte/Waack* (Hrsg.), Verfassung des Landes Schleswig-Holstein. Kommentar, 2006
- C.H. Beck-Verlag* (Hrsg.), Verfassungen der deutschen Bundesländer mit dem Grundgesetz, ausführliche Einführung von Chr. *Pestalozza*, 10. Aufl., 2014
- Cöphel, G.*, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 2. Aufl. 1921
- Creifelds, C.*, Rechtswörterbuch, 17. Aufl. 2002
- Creutzberger, St.*, Die sowjetische Besatzungsmacht und das politische System der SBZ, 1996
- von Danwitz, T.*, Verwaltungsrechtliches System und Europäische Integration, 1996
- Degenhart, C.*, Staatsrecht I. – Staatsorganisationsrecht, 29 Aufl., 2013
- ders./Reich* (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht Freistaat Sachsen, 9. Aufl. 2013
- ders.*, Deutsche Einheit und Rechtsangleichung – Öffentliches Recht, JuS 1993, 627 ff.
- ders.*, Verfassungsfragen der Deutschen Einheit, DVBl. 1990
- Denninger, E./Klein, H.-H.*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, VVDStRL, Bd. 37, 1979
- Deutscher Bundestag* (Hrsg.), Fragen an die deutsche Geschichte, Ideen, Kräfte, Entscheidungen – Von 1800 bis zur Gegenwart, Aufl. 4, 1979
- Diestelkamp, B.*, Die Justiz nach 1945 und ihr Umgang mit der eigenen Vergangenheit, in: *ders./M.Stolleis* (Hrsg.), Justizalltag im Dritten Reich, 1988,
- ders.*, Rechtsgeschichte als Zeitgeschichte, Historische Betrachtungen zur Entstehung und Durchsetzung der Theorie vom Fortbestand des Deutschen Reichs nach 1945, ZNR 1985
- ders.*, Rechts- und verfassungsgeschichtliche Probleme zur Frühgeschichte der BRD, JuS 1982
- ders.*, Die Verfassungsentwicklung in den Westzonen bis zum Zusammentreten des Parlamentarischen Rates (1945 – 1948), NJW 1989, 1312 ff.
- Dietlein, J.*, Die Grundrechte in den Verfassungen der neuen Bundesländer, 1993
- ders.*, in: *von Mangoldt, H./Klein, F./Starck, C.* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Aufl., 2010
- ders.*, in *Dreier*, GG-Kommentar, 2. Aufl. 2004
- Drechsel, U./Röpcke, A.*, Denacification – Zur Entnazifizierung in Bremen (Beiträge zur Sozialgeschichte Bremens 13) 1992

- Drechsler, N.*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1920
- Dreier, H.*, Grundgesetz Kommentar, Band 3, 2. Aufl., 2008
- Drobnig, U.* (Hrsg.), Die Strafjustiz der DDR im Systemwechsel, Partei und Justiz, Mauerschützen und Rechtsbeugung, 1989
- Effenburg, Th.*, Jahre der Besatzung 1945 – 1949, Geschichte der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1983
- Ehlers, D.*, Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl – Zu den Möglichkeiten und Grenzen der Bildung von Richterwahlausschüssen, 1998
- Eichenberger, K.*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, 1960
- Enderle-Burcel, G.*, Karrieren von Richtern und Staatsanwälten 1938 bis 1945 und in der Nachkriegszeit, BRGÖ 2017
- Engisch, K.*, Einführung in das juristische Denken, Aufl. 11. 2010
- Epping, V.*, in: *Ipsen, K.* (Hrsg.), Völkerrecht, 6. Aufl., 2014
- Erdmann, K.-D.*, Das Ende des Reiches und die Neubildung deutscher Staaten, in: *Gebhardt* (Hrsg.), Handbuch der deutschen Geschichte, Bd. 22, 6. Aufl. 1988
- Erichsen, H.-U.* (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht Nordrhein-Westfalen, 25. Aufl. 2011
- Etzelt, N.*, Die Aufhebung von nationalsozialistischen Gesetzen durch den Alliierten Kontrollrat 1945 – 1948 (=Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts, Bd. 7), 1992
- Falk, G.-D.*, Die ungesühnten Verbrechen der NS- Justiz, in: *Form/Schiller/Seitz* (Hrsg.), NS-Justiz in Hessen. Verfolgung, Kontinuitäten,
- Fastenrath, U.*, Gewaltenteilung – Ein Überblick, JuS 1986
- Feldmann, H./Geisel, M.*, Deutsches Verfassungsrecht des Bundes und der Länder, 1954
- Fenske, H.*, Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Norddeutschen Bund bis heute, 3. Aufl. 1991
- Feuchte,* Verfassungsgeschichte von Baden-Württemberg, 1983
- Fiedler, W.*, Die Wiedererlangung der Souveränität Deutschlands und die Einigung Europas, Zum Zwei-plus-Vier-Vertrag vom 12.09.1990, JZ 1991, 685 ff.
- Fischer, A.*, u.a., Die Deutschlandfrage und die Anfänge des Ost-West-Konflikts 1945 – 1949, 1984
- ders.*, Teheran, Jalta, Potsdam – Die sowjetischen Protokolle von Kriegskonferenzen der „Großen Drei“, 1985
- Fischer, D./Lorenz, M.* (Hrsg.), Lexikon der „Vergangenheitsbewältigung“ in Deutschland, Debatten und Diskursgeschichte des Nationalsozialismus nach 1945, 2007
- Fohmann, L.H.*, Konkurrenzen und Kollisionen im Verfassungsrecht – Studie zur Operationalisierung spezifischer Rechtsanwendungsmethoden und zur Konstruktion einer rechts orientierten Argumentationstheorie, 1978
- Forsthoff, E.*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 4. Aufl. 1972

Form, W./Schiller, T./Seitz, L. (Hrsg.), NS-Justiz in Hessen – Verfolgung, Kontinuitäten, Erbe, 2015

Form, W./Neugebauer, W./Schiller, T. (Hrsg.), Widerstand und Verfolgung in Österreich 1938 bis 1945. Die Verfahren vor dem Volksgerichtshof und den Oberlandesgerichten Wien und Graz, 2005

Form, W./Neugebauer, W./Schiller, T. (Hrsg.), NS-Justiz und politische Verfolgung in Österreich 1938-1945. Analysen zu dem Verfahren vor dem Volksgerichtshof und dem Oberlandesgericht Wien, 2006

Form, W./Neugebauer, W./Schwarz, U., Die Kooperationsprojekte der Universität Marburg und des DÖW zur NS-Justiz, DÖW (Hrsg.), Jahrbuch 2007 – Schwerpunkt Namentliche Erfassung von NS-Opfern

Form, W./Uthe, O. (Hrsg.), NS-Justiz in Österreich, Lage- und Reiseberichte 1939-1945, in: Schriftenreihe des DÖW zu Widerstand, NS-Verfolgung und Nachkriegsjustiz 3, 2004

Form, W./Schwarz, U., Österreichische Opfer der NS-Justiz, in: DÖW (Hrsg.), Namentliche Erfassung der Opfer politischer Verfolgung 1938-1945

Frei, N., Vergangenheitspolitik. Die Anfänge der Bundesrepublik und die NS-Vergangenheit, 2012

Freiherr von der Heydte/Dürig, G., Der Deutsche Staat im Jahre 1945 und seither, in: VVDStRL Bd. 13 (1955), S. 6 ff./27 ff.

Freudiger, K., Die juristische Aufarbeitung von NS-Verbrechen, 2002

Freund, M./Vogelsang, T., Deutsche Geschichte, 1974

Friedrich, J., Die kalte Amnestie, NS-Täter in der Bundesrepublik, 2007

Friedrich, J., Freispruch für die Justiz, Die Urteile gegen NS-Richter seit 1948 – Eine Dokumentation, 1983, 2. Aufl. 1998

Frisch, P., Extremistenbeschluss, 4. Aufl. 1977

Frotscher, W./Pieroth, B., Verfassungsgeschichte, 13. Aufl. 2014

Frowein, J. A., Deutschlands aktuelle Verfassungslage, Die Verfassungslage Deutschlands im Rahmen des Völkerrechts, VVDStRL Bd. 49 (1990), S. 7 ff.

Fuchs (Hrsg.), Landesverfassungsrecht im Umbruch: Probleme und Aufgaben einer modernen Landesverfassungsgebung, 1994

Fürstenau, J., Entnazifizierung – Ein Kapitel deutscher Nachkriegspolitik, 1969

Funk, B.-Ch., Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 13. Aufl. 2007

Gärtner, Die Bildung des Bundeslandes Berlin – Brandenburg, NJW 1996, 88 ff.

Ganßner, W., „Verfassungswidrig“ – „verfassungsfeindlich“ – „extremistisch“. Zur Abgrenzung der Begriffe, BayVWI. 1980, S. 545 ff.

Garscha, W., Entnazifizierung und gerichtliche Ahndung von NS-Verbrechen, in: Tálos, E./Hanisch, E./Neugebauer, W./Sieder, R. (Hrsg.), NS-Herrschaft in Österreich – Ein Handbuch, 2000

Garscha, W./Kuretsidis-Haider, C., Die strafrechtliche Verfolgung nationalsozialistischer Verbrechen – Eine Einführung, in: *Albricht, T./Garscha, W./Polaschek, M.*, (Hrsg.), Holocaust und Kriegsverbrechen vor Gericht – Der Fall Österreich, 2006

Garscha, W./Scharf, F., Justiz in Oberdonau – Oberösterreich in der Zeit des Nationalsozialismus, 2007

Gebhardt, Handbuch der deutschen Geschichte, Band 22 (1988)

Geiger, R., Grundgesetz und Völkerrecht, 1994

Geiger, W., Die Rechtsstellung des Schriftleiters nach dem Gesetz vom 04.10.1933, 1940

ders., Die Grenzen der Bindung verfassungsgerichtlicher Entscheidungen (§ 31 Abs. 1 BVerfGG), NJW 1954

Geller/Kleinrahm/Dickersbach/Kühne, Die Verfassung des Landes Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 3. Aufl. 1994

Gerber, H., Die politische Erziehung des Beamtentums im nationalsozialistischen Staat, 1933

Gerber, H./Merkel, A., Entwicklung und Reform des Beamtenrechts, in: VVDStRL Bd. 7 (1932), S. 2 ff./55 ff.

Giese, F., Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 8. Aufl. 1938

Gimbel, J., Amerikanische Besatzungspolitik 1945 – 1949, 1971

Glienke, Stephan A., Die Ausstellung „Ungesühnte Nazijustiz“ (1959 – 1962). Zur Geschichte der Aufarbeitung nationalsozialistischer Justizverbrechen, 2008

Godau-Schüttke, K.-D., Der Bundesgerichtshof – Justiz in Deutschland, 2. Aufl., 2006

Göring, H., Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft, Deutsche Justiz 1934

Goerlich, H., Zu den Kriterien der Überleitung der Rechtsverhältnisse der Angehörigen des öffentlichen Dienstes der DDR, JZ 1990

Görtemaker, M./Safferling, Chr., Die Akte Rosenberg – Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Zeit, 2016

ders., Die Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, 2013

Götz, A., Bilanz der Verfolgung von NS-Straftaten, 1986

Graml, H., Die Alliierten und die Teilung Deutschlands, Konflikte und Entscheidungen 1941 – 1948, 1985

Grawert, R., Staat und Staatsangehörigkeit, 1973

ders., Beamtenschaft im Spiegel der Nachkriegsjudikatur, in: *Schwegmann* (Hrsg.), Die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums nach 1945 – Geburtsfehler oder Stützpfeiler der Demokratiegründung in Westdeutschland, 1986

ders., Rechtseinheit in Deutschland, Der Staat Bd. 30 (1991), S. 209 ff.

ders., Die nationalsozialistische Herrschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2003

ders., Wechselwirkungen zwischen Bundes- und Landesgrundrechten, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland; Allgemeine Lehren II, 2009

ders., Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Kommentar, 3. Aufl. 2012

Greve, M., Der justizielle und rechtspolitische Umgang mit NS-Gewaltverbrechen in den sechziger Jahren, 2001

Grewe, W., Ein Besatzungsstatut für Deutschland, Die Rechtsformen der Besatzung, 1948

Grimm, D., Deutsche Verfassungsgeschichte, 1988

Grimm/Caesar (Hrsg.), Verfassung für Rheinland-Pfalz, Kommentar, 2001

Gröger, K., Einführung in die Verfassungsgeschichte der Bundesrepublik Deutschland – Vorgeschichte, Grundstrukturen und Entwicklungslinien des Grundgesetzes, 1993

Grohnert, R., Die Entnazifizierung in Baden 1945-1949. Konzeption und Praxis der Epuration am Beispiel eines Landes der französischen Besatzungszone (Veröffentlichungen der Kommission für Geschichtliche Landeskunde in Baden-Württemberg 123), 1991

Gröpl, Chr./Guckelberger, A./Wohlfarth, J., Landesrecht Saarland, 3. Aufl. 2017

Groß, J., Die deutsche Justiz unter französischer Besatzung 1945 – 1949. Der Einfluß der französischen Militärregierung auf die Wiedererrichtung der deutschen Justiz in der französischen Besatzungszone, 2007

Grosser, A., Geschichte Deutschlands seit 1945, 11. Aufl. 1984

Grotkopp, J., Beamtentum und Staatsformwechsel, 1992

Gröschner, R., Reichweite richterlicher Inamovibilität im Verfassungsstaat des GG, 2005

Grunsky, Konsens und Konkordanz: die Entstehung der ostdeutschen Länderverfassungen im Kontrast zur Reform des Grundgesetzes, 1998

Haase, N., Die Richter am Reichskriegsgericht und ihre Nachkriegskarrieren, in: *J. Perels* (Hrsg.), Mit reinem Gewissen. Wehrmachtrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, 2011, S. 200 ff.

Haberland, S., Problemfelder für die richterliche Unabhängigkeit, DRiZ 2002

Hacker, J., Der Rechtsstatus Deutschlands aus der Sicht der DDR, 1974

Häberle, P., Verfassungspolitik für die Freiheit und Einheit Deutschlands, Ein wissenschaftlicher Diskussionsbeitrag im Vormärz 1990, JZ 1990, S. 358 ff.

Hahn, M., Die Verfassung des Deutschen Reiches, 1920

Hanisch, E., Denazification in Salzburg – a Region with strong German-nationalist Traditions, in: *Larsen/Hagvet* (Hrsg.), Modern Europe after Fascism 1943-1980s, 1998

ders., Braune Flecken im Goldenen Westen – Die Entnazifizierung in Salzburg, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb*, Verdrängte Schuld verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955

Hansen, R., Das Ende des Dritten Reiches, Die deutsche Kapitulation 1945, 1966

Hartmann (Hrsg.), Handbuch der deutschen Bundesländer, 3. Aufl. 1997

- Hattenhauer*, H., Geschichte des Beamtentums, 1980
- ders.*, Europäische Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 1994
- Hege*, Recht und Justiz in: *Benz*, W. (Hrsg.), Die Bundesrepublik Deutschland. Geschichte in drei Bänden – Bd. 1: Politik, 1983
- Heitmann*, Die neue sächsische Verfassung – Zwischen Aufbruch und Bewahrung, SächsVBl. 1993, S. 2 ff.
- Held*, H., Verfassungs- und Verwaltungsrecht in Schleswig Holstein, 1951
- Hellbling*, E.-C., Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, 2. Aufl., 1974
- Heller*, L.-V./*Loebenstein*, E./*Werner*, L., Kommentar zum NS-Gesetz, 1948
- Henke*, K.-D., Die Trennung vom Nationalsozialismus – Selbstzerstörung, politische Säuberung, Entnazifizierung, Strafverfolgung, in: *Henke*, K.-D./*Woller*, H. (Hrsg.), Politische Säuberung in Europa – Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem zweiten Weltkrieg, 1991
- Herbert*, U., Justiz und NS-Vergangenheit in der Bundesrepublik 1945-1970, in: *Görtemaker/Safferling* (Hrsg.), Die Rosenberg, Das Bundesministerium der Justiz und die NS-Vergangenheit – eine Bestandsaufnahme, 2013
- Herber-Jung*, Kaderarbeit im System sozialistischer Führungstätigkeit, 1968
- Herdegen*, M., Die Verfassungsänderungen im Einigungsvertrag, 1991
- Herzog*, R., in: Maunz-Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 97
- Hesse*, K., Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999
- Heussen*, B., Richterliche Berufsethik aus der Sicht eines Rechtsanwalts, NJW 2015
- ders.*, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: Festgabe für R. Smend, 1962, S. 71 ff.
- Heyland*, C., Das Berufsbeamtentum im neuen demokratischen deutschen Staat, 1949
- ders.*, Die Rechtsstellung der entfernten, erfolgreich entnazifizierten deutschen Beamten, DÖV 1950
- v. Heydte*, A./*Dürig*, G., Der deutsche Staat im Jahr 1945 und seither – Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, VVDStRL, Bd. 13, 1955
- Hillgruber*, A., Deutsche Geschichte 1945 – 1982. Die „deutsche Frage“ in der Weltpolitik, 5. Aufl. 1985
- Hirschfeld*, G., Karrieren im Nationalsozialismus. Funktionseliten zwischen Mitwirkung und Distanz, 2004
- Hillgruber*, Chr./*Goos*, Chr., Verfassungsprozessrecht, 2003
- Höch*, Th., Der Einigungsvertrag zwischen völkerrechtlichem Vertrag und nationalem Gesetz, 1995
- Hölscheidt*, Grundlagen und Entwicklung der Verfassungsberatungen in Mecklenburg-Vorpommern, DVBl. 1991, S. 166 ff.

Holtkotten, H., in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung

Huber, E. R., Die neue Verfassung des Freistaats Thüringen, LKV 1994, S. 121 ff.

ders., Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung, in: *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2003

ders., Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789, 2 Bde., 3. Aufl., 1988

ders., Das Kaiserreich als Epoche verfassungsstaatlicher Entwicklung, in: *Isensee/Kirchhoff* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., 2003

ders., Quellen zum Staatsrecht, Bd. II, 1951

Huber, P. M./Storr, Gerichtsorganisation und richterliche Unabhängigkeit in Zeiten des Umbruchs, ZG 2006

Hufen, F., Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl., 1998

ders., Entwicklung des Landesverfassungsrechts in Thüringen, JöR n.F. 52 (2004), S. 323 ff.

Ipsen, J., 60 Jahre Niedersächsische Verfassung. Anmerkungen zu einem wenig beachteten Jubiläum, NdsVBl. 2011, S. 121 ff.

ders., Niedersächsische Verfassung, Kommentar, 2011

Ilbertz, W./Stiller, Th., Öffentliches Dienstrecht in der Bundesrepublik Deutschland – Grundlagen und Grundzüge, 2. Aufl. 1991

Imboden, M., Gewaltentrennung als Grundproblem unserer Zeit, 1965

Isensee, J., Deutschlands aktuelle Verfassungslage, Staatseinheit und Verfassungskontinuität, VVDStRL Bd. 49 (1990), S. 39 ff.

ders., Gewaltenteilung heute, 2000

ders., (Hrsg.), Vergangenheitsbewältigung durch Recht, 1992

ders., J., Vergangenheitsbewältigung durch Recht. Drei Abhandlungen zu einem deutschen Problem, 1992

ders., Chancen und Grenzen der Landesverfassung im Bundesstaat, SächsVBl. 1994, 28 ff.

Isensee, J., Kirchhof, P., Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band I, 2003

Iwers, Entstehung, Bindungen und Ziele der materiellen Bestimmungen der Landesverfassung Brandenburg, 2 Bde., 1998

Jahn, H. E., Die deutsche Frage von 1945 bis heute, Der Weg der Parteien und Regierungen, 1985

Jarass, H.-D./Pieroth, B., Grundgesetz-Kommentar, 15. Aufl. 2020

ders., Politik und Demokratie als Elemente der Gewaltenteilung, 1975

ders., Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 1985

Jellinek, G., Allgemeine Staatsrechtslehre, 1914

ders., Die Verfassung des Landes Hessen, DRZ 1947, S. 4 ff.

ders., Die Lehre von den Staatsverbindungen, Neudruck 1982

Jung, O., Plebiszit und Diktatur: Die Volksabstimmungen der Nationalsozialisten – Die Fälle „Austritt aus dem Völkerbunde“ (1933), „Staatsoberrhaupt“ (1934), „Anschluss Österreichs“ (1938), 1995

Just-Dahlmann, B./*Just*, H., Die Gehilfen. NS-Verbrechen und die Justiz nach 1945, 1988

Kahl, W./*Waldhoff*, Chr./*Walter*, Chr., Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, Stand 2015

Kanther, Die neuen Landesverfassungen im Lichte der Bundesverfassung, 1993

Kau, Alliierte Einwirkungen auf die Errichtung von Landesverfassungsgerichten in der amerikanischen Besatzungszone, ZRPh 2007, S. 107 ff.

Kaufmann (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht Freistaat Thüringen, 3. Aufl. 2006

Kaul, 50 Jahre Landesverfassung Nordrhein-Westfalen, 2000

Kägi, W., Zu Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, 1937

Kelsen, H., in: Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, *Froehlich*, G./*Merkel*, A. (Hrsg.), 2003

ders., Österreichisches Staatsrecht, Tübingen 1923, 2. Neudruck 1981

ders., The Legal Status of Germany According to the Declaration of Berlin, in: The American Journal of International Law, Volume 39, Number 3

Kenntner, M., Öffentliches Recht Baden-Württemberg, 2. Aufl. 2017

Kern, Die Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg, JZ 1952, 763 ff.

Kersten, J., Homogenitätsgebot und Landesverfassungsrecht, DÖV 1993

Kilian, M., Die neue Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt, LKV 1993, S. 73 ff.

ders., Staatsziele in den Verfassungen der neuen Bundesländer; Idee und Wirklichkeit, 1997

Kimminich, O., Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1987

ders., Einführung in das Völkerstrafrecht, 1997

Kirn, M., Verfassungsumsturz oder Rechtskontinuität? Die Stellung der Jurisprudenz nach 1945 zum Dritten Reich. Insbesondere die Konflikte um die Kontinuität der Beamtenrechte und Art. 131 GG, 1972

ders., Der Rechtsstaat, in: Recht und Gesellschaft 1974, S. 7 ff.

Kisker, G., Zur Reaktion von Parlament und Exekutive auf „unerwünschte Urteile“, NJW 1981

Kittel, M., Die Legende von der zweiten Schuld. Vergangenheitsbewältigung in der Ära Adenauer, 1993

Klaas, H. (Hrsg.), Die Entstehung der Verfassung des Landes Rheinland-Pfalz, Eine Dokumentation, 1978

- Klee, E.*, Das Personenlexikon zum Dritten Reich. Wer war was vor und nach 1945, 4. Aufl., 2013
- Klein, E.*, An der Schwelle zur Wiedervereinigung Deutschlands, Anmerkung zu Deutschlands Rechtslage im Jahr 1990, NJW 1990, 1065 ff.
- ders.*, Zwei-plus-Vier-Vertrag und deutsche Verfassungsgebung, in: Festschrift für J. Hacker, 1989, S. 101 ff.
- Klein, F.*, Neues Deutsches Verfassungsrecht 1949
- Kloepfer, M./Greve, H.*, Staatsrecht kompakt, Staatsorganisationsrecht-Grundrechte-Bezüge zum Völker- und Europarecht, 2. Aufl. 2017
- Kos, W.*, Zur Entnazifizierung der Bürokratie, in: *Meissl, S./Mulley, K.-D./Rathkolb, O.*, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945-1955, 1986
- Kluth*, Zehn Jahre Verfassungsentwicklung in Sachsen-Anhalt, JöR n.F. 51 (2003), S. 459 ff.
- Kohl, G./Neschwara, C./Olechowski, T./Reiter-Zatloukal, I./Schennach, M.*, Rechts- und Verfassungsgeschichte, 3. Aufl., 2014
- Kohl, G./Reiter-Zatloukal*, RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, 2014
- Kohl*, Richter in der Habsburger Monarchie, in: *Kohl/Reiter-Zatloukal* (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn, 2014
- Kohl, G.*, in: Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte (Hrsg.), 2014
- Köhler, G.*, Historisches Lexikon der deutschen Länder – Die deutschen Territorien vom Mittelalter bis zur Gegenwart, 5. Aufl. 1995
- Koja, F.*, Das Verfassungsrecht der österreichischen Bundesländer, 2. Aufl. 1988
- Konitzer, W.*, Grundstrukturen nationalsozialistischer Moral, in: *Form/Schiller/Seitz* (Hrsg.), NS-Justiz in Hessen, Verfolgung – Kontinuitäten – Erbe, 2015
- Korinek, K./Holoubek, M.* (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Textsammlung und Kommentar, lose Blattausgabe, 1999 ff.
- Korte*, Verfassung und Verwaltung des Landes Niedersachsen, JöR n.F. 5 (1956), S. 1 ff.
- Korte/Rebe*, Verfassung und Verwaltung des Landes Niedersachsen, 2. Aufl. 1986
- Kos, W.*, Zur Entnazifizierung der Bürokratie, in: *Meissl/Mulley/Rathkolb*, Verdrängte Schuld, verfehlte Sühne – Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955, 1986
- Kost* (Hrsg.), Direkte Demokratie in den deutschen Ländern. Eine Einführung, 2005
- Krausnick, H./Wilhelm, H.-H.*, Die Truppe des Weltanschauungskrieges. Die Einsatzgruppen der Sicherheitspolizei und des SD 1938-1942, 1981
- Kringe*, Machtfragen. Die Entstehung der Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen 1946 – 1950, 1988
- Kroeschell, K.*, Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1992
- Kuretsidis-Haider, C.*, Volksgerichtsbarkeit und Entnazifizierung in Österreich, in: *Schuster, W./Weber, W.* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, 2004

- Krüger, H.*, Maßnahmen gegen Beamte mit Minderleistungen, DÖV 1951
- Lamprecht, R.*, Der unrühmliche Start des Bundesgerichtshofs, NJW 2015
- Lange, I.*, Entnazifizierung in Nordrhein-Westfalen. Richtlinien, Anweisungen, Organisation, 1976
- Langhorst, W.*, Beamtentum und Artikel 131 des Grundgesetzes, 1994
- Latour, C. F./Vogelsang, Th.*, Okkupation und Wiederaufbau, Die Tätigkeit der Militärregierung in der amerikanischen Besatzungszone Deutschlands 1944 – 1947, 1973
- Lattman, D.*, Kulturpolitik, in: *Benz*, Die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, 1983
- Lehner, O.*, Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte – mit Grundzügen der Wirtschafts- und Sozialgeschichte, 4. Aufl. 2007
- Leisner, W.*, Die quantitative Gewaltenteilung, DÖV 1969
- Lerche, P.*, Der Beitritt der DDR – Voraussetzungen, Realisierung, Wirkungen, in: HStR Bd. VIII, 1995, § 194, S. 403 ff.
- Ley*, Die Verfassung für Rheinland-Pfalz. Entstehung und Entwicklung, Deutsche Verwaltungspraxis 1987, S. 95 ff.
- Linck/Jutzi/Hopfe*, Die Verfassung des Freistaats Thüringen. Kommentar, 1994
- Lübbe, H.*, Deutschland nach dem Nationalsozialismus 1945-1990. Aus Anlass der Entartung eines ehemaligen Hochschulrektors mit falscher Identität, in: Hermann Lübbe, Modernisierung und Folgelasten, 1997
- März*, Landesverfassungsgericht und Bundesverfassungsgericht – Konkurrenz oder Kooperation beim Grundrechtsschutz?, in: *Koch* (Hrsg.), Recht zwischen Verfahren und materieller Wertung, 2005, S. 93 ff.
- Mai, G.*, Der alliierte Kontrollrat in Deutschland 1945 – 1948, Alliierte Einheit – deutsche Teilung?, 1990
- Mampel, S.*, Die Verfassung der Sowjetischen Besatzungszone Deutschlands, 2. Aufl. 1966
- von Mangoldt, H./Klein, F./Starck, Chr.*, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Aufl., 2010
- von Mangoldt, H.*, Entstehung und Grundgedanken der Verfassung des Freistaates Sachsen, 1996
- ders., H.*, Die Verfassungen der neuen Bundesländer, Einführung und synoptische Darstellung, 2. Aufl. 1997
- Mann, G.*, Deutsche Geschichte 1919 – 1945, 15. Aufl. 1980
- Manthe, B.*, Richter in der nationalsozialistischen Kriegsgesellschaft. Beruflicher und privater Alltag von Richtern des Oberlandesgerichtsbezirks Köln 1939 – 1945, 2013
- Markovits, I.*, Die Abwicklung – Ein Tagebuch zum Ende der DDR-Justiz, 1993
- Marxen, K.*, Das Volk und sein Gerichtshof. Eine Studien zum nationalsozialistischen Volksgerichtshof, 1994
- von Massow, W.*, Die Verfassung des Deutschen Reiches, 2. Aufl. 1920
- Maunz, T.*, in: *Maunz/Dürig* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Loseblattsammlung

- Maurer, H.*, Staatsrecht I – Grundlagen, Staatsfunktionen, 6. Aufl. 2010
- Meinecke, F.*, Die deutsche Katastrophe. Betrachtungen und Erinnerungen, 1946
- Meissl, S./Mulley, K.-D./Rathkolb, O.*, Verdrängte Schuld verfehlte Sühne Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955, 1986
- Menger, Ch.-F.*, Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, Eine Einführung in die Grundlagen, 8. Aufl. 1993
- Menzel*, Landesverfassungsrecht, Verfassungshoheit und Homogenität im grundgesetzlichen Bundesstaat, 2002
- Meusch, M.*, Von der Diktatur zur Demokratie. Fritz *Bauer* und die Aufarbeitung der NS-Verbrechen in Hessen (1956 – 1968), 2000
- Merten, D.* (Hrsg.), Die Gewaltentrennung im Rechtsstaat, 1989
- Merten, D./Papier, H.-J.* (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band VII/1 – Grundrechte in Österreich, 2009
- Meyer, D.*, Die deutsche Reichsverfassung von 1919, 1922
- Mielke u.a.* (Hrsg.), Landesparlamentarismus. Geschichte – Struktur – Funktionen, 2. Aufl. 2012
- von Miquel, M.*, Ahnden oder Amnestieren? Westdeutsche Justiz und Vergangenheitsbewältigung in den sechziger Jahren, 2004
- Möllers, Ch.*, Gewaltengliederung, 2005
- Möstel*, Landesverfassungsrecht – zum Schattensein verurteilt?, AöR 130 (2005), S. 350 ff.
- Mohr*, Die Entstehung der Verfassung für Rheinland-Pfalz, 1987
- Morscher, S.*, Verfassungstreue und Schutz der Verfassung, in: VVDStRL 37 (1978)
- Morsey, R.* (Hrsg.), Konrad Adenauer und die Gründung der Bundesrepublik Deutschland, 1979
- ders.*, Personal- und Beamtenpolitik im Übergang von der Bizonen- zur Bundesverwaltung in: Verwaltungsgeschichte, Aufgaben, Zielsetzungen, Beispiele, hrsg. von R. Morsey, 1977
- Mühlhausen, W.*, Hessen 1945 – 1950, Zur politischen Geschichte eines Landes in der Besatzungszeit, 1985
- Müller*, Die Verfassung des Freistaats Sachsen. Kommentar, 1993
- Müller, I.*, Furchtbare Juristen. Die unbewältigte Vergangenheit der deutschen Juristen, 2014
- Müller, F./Christensen, R.*, Juristische Methodik Bd. I – Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 10 Aufl. 2009
- von Münch, I.*, Staatsrecht Bd. 1, 5. Aufl. 1993
- ders.*, Dokumente des geteilten Deutschlands, Bd. 1, 2. Aufl. 1976
- Murswiek, D. u.a.* (Hrsg.), Die Vereinigung Deutschlands, Aspekte innen-, außen- und wirtschaftspolitischer Beziehungen und Bindungen, 1992
- von Mutius/Wuttke/Hübner*, Kommentar zur Landesverfassung Schleswig-Holstein, 1995

- von Mutius, A., Zum Verhältnis von gleichlautendem Bundes- und Landesverfassungsrecht, VerwArch. 66 (1975),
- Naumann, R./Spanner, H., Die Berufsbeamten und die Staatskrisen, in: VVDStRL Bd. 13 (1955), S. 88 ff./119 ff.
- Nawiasky, H., Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950
- Nees, H., Das Beamtenorganisationswesen im nationalsozialistischen Staat, 1935
- Neschwara, C., in: Rechts- und Verfassungsgeschichte – Arbeitsgemeinschaft Österreichische Rechtsgeschichte, in: Kohl/Neschwara/Olechowski/Reiter-Zatloukal/Schlennach (Hrsg.), 2014
- Neugebauer, W./Schwarz, P., Der Wille zum aufrechten Gang. Offenlegung der Rolle des BSA bei der gesellschaftlichen Reintegration ehemaliger Nationalsozialisten, 2005
- Niedobitek, Neuere Entwicklungen im Verfassungsrecht der deutschen Länder, 3. Aufl. 1995
- Niermann, H.-E., Zwischen Amnestie und Anpassung. Personelle Entwicklung bei Richtern und Staatsanwälten 1945 – 50, in: Justizministerium des Landes NRW (Hrsg.), 50 Jahre Justiz in NRW, 1996, S. 61 ff.
- Niethammer, L., Entnazifizierung in Bayern – Säuberung und Rehabilitierung unter amerikanischer Besatzung, 1972
- Nipperdey, H. C., Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 3 Bde., 1929 - 1930
- Öhlinger, T., Eberhard, H., Verfassungsrecht (Öst.), 10. Aufl. 2014
- Ömig, D./Wolff, H. A., Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Handkommentar, 11. Aufl. 2016
- Österreichische Parlamentarische Gesellschaft (Hrsg.), 75 Jahre Bundesverfassung, 1995
- Oppler, K./Rosenthal/Peldran, E., Die Neugestaltung des öffentlichen Dienstes. Grundlagen und Probleme, 1950
- Ossenbühl, F., Aktuelle Probleme der Gewaltenteilung, DÖV 1980
- Ott, Landesgrundrechte in der bundesstaatlichen Ordnung, 2002
- Otto, S.-L., Kleine deutsche Geschichte, 1989
- Overesch, M., Deutschland 1945 – 1949, Vorgeschichte und Gründung der Bundesrepublik, 1979
- Papier, Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken, NJW 2001
- Pätzold, K., NS-Prozesse in der DDR, in: Nationalsozialismus und Justiz. Die Aufarbeitung von Gewaltverbrechen damals und heute, 1993
- Pannier, K., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 nebst Ergänzungsgesetzen, 8. Aufl. 1928
- Pauer-Studer, H., Einleitung: Rechtfertigungen des Unrechts. Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus, in: Pauer-Studer, H./Fink, J. (Hrsg.), Rechtfertigungen des Unrechts – Das Rechtsdenken im Nationalsozialismus in Originaltexten, 2014

- Pauly, W.* Die Verfassung der Paulskirche, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts
- Peine,* Verfassungsgebung und Grundrechte – der Gestaltungsspielraum der Landesverfassungsgeber, LKV 2012, 385 ff.
- Perels, J./Wette, W.*, Mit Reinem Gewissen, Wehrmachtrichter in der Bundesrepublik und ihre Opfer, 2011
- Perels, J.*, Zur Rechtslehre vor und nach 1945, in: *Schuhmann*, Kontinuitäten und Zäsuren, Rechtswissenschaft und Justiz im Dritten Reich und in der Nachkriegszeit, 2008
- Pernthaler*, Österreichisches Bundesstaatsrecht, 2004
- Pestalozza, C.*, Verfassungen der deutschen Bundesländer, 10. Aufl., 2014
- Pfeifer, H.*, Die Ostmark, Eingliederung und Neugestaltung, 1941
- Pfetsch, F. R.*, Ursprünge der Zweiten Republik, Prozesse der Verfassungsgebung in den Westzonen und in der Bundesrepublik, 1990
- Pieroth, B.*, Der Rechtsstaat und die Aufarbeitung der vor-rechtsstaatlichen Vergangenheit, VVDStRL Bd. 51 (1992), S. 91 ff.
- Pieroth, B./Schlink, B./Klinggreen, T./Poscher, R.*, Grundrechte – Staatsrecht II, 30. Aufl., 2014
- Pitschas, R.*, Rechtsvereinheitlichung und Verwaltungsreform in den neuen Ländern der Bundesrepublik Deutschland, 1991
- Poetzsch, F.*, Handausgabe der Reichsverfassung, 3. Aufl. 1928
- Preuß, H.*, Reich und Länder, hrsg. von Gerhard Anschütz, 1928
- Priese, J.-Prokorny, K.*, Kommentar zum Gesetz zur Befreiung vom Sozialsozialismus und Militarismus, 1946 – 1947
- Pünder, H.*, Das bizonale Interregnum. Die Geschichte der vereinigten Wirtschaftsgebiete 1946 – 1949, 1966
- Quaritsch, H.*, Wiedervereinigung in Selbstbestimmung – Recht, Realität, Legitimation, in: HStR Bd. VIII, 1995, § 193, S. 321 ff.
- Radbruch, G.* Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht, SJZ, Jahrgang 1946
- Raim, E.*, Justiz zwischen Diktatur und Demokratie. Wiederaufbau und Ahndung von NS-Verbrechen in Westdeutschland 1945 – 1949 (= Quellen und Darstellungen zur Zeitgeschichte Bd. 96), 2013
- Rauchensteiner, M.*, Der Sonderfall, Die Besatzungszeit in Österreich 1945 bis 1955, 1985
- Rausch, H.* (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltenteilung, 1969
- Rauschning, D.*, Beendigung der Nachkriegszeit mit dem Vertrag über die abschließende Regelung in Bezug auf Deutschland, DVBl. 1990, S. 1275 ff.
- ders.*, Rechtsstellung Deutschlands – Völkerrechtliche Verträge und andere rechtsgestaltende Akte, 2. Aufl., 1989
- Reich*, Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt. Kommentar, 2. Aufl. 2004
- Reichhardt* (Hrsg.), Die Entstehung der Verfassung von Berlin. Eine Dokumentation. 2 Bde.,

Reiter-Zatloukal, Die (Un)Abhängigkeit der Richter unter der austrofaschistischen und nationalsozialistischen Herrschaft, BRGÖ 2016

Reiter-Zatloukal, I./*Rothländer*, Chr./*Schölzberger*, P., Österreich 1933-1938, Interdisziplinäre Annäherungen an das Dollfuß-/Schuschnigg-Regime, 2012

Reiter-Zatloukal, I., Richterbild und Richterausbildung in Österreich unter der NS-Herrschaft, in: *Kohl*, G./*Reiter-Zatloukal*, I. (Hrsg.), RichterInnen in Geschichte Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn,

Renner, Entstehung und Aufbau des Landes Baden-Württemberg, JöR n.F. 7 (1958), S. 197 ff.

Ress, G., Die abschließende Regelung im Bezug auf Deutschland, Garantiefunktion der Vier Mächte?, in: Festschrift für R. *Bernhardt*, 1995, S. 825 ff.

Richter, Die Bildung des Freistaates Sachsen. Friedliche Revolution, Föderalisierung, deutsche Einheit 1989/90, 2004

Rill, H.-P./*Schäffer*, H. (Hrsg.), Bundesverfassungsrecht (Öst.), lose Blattausgabe, 2001 ff.

Ritter, G., Europa und die Deutsche Frage. Betrachtungen über die geschichtliche Eigenart des deutschen Staatsdenkens, 1948

Ritter, G. A. (Hrsg.), Gesellschaft, Parlament und Regierung, 1974

Rossi/Lenski, Treuepflichten im Nebeneinander von plebiszitärer und repräsentativer Demokratie, DVBl. 2008, 416 ff.

Rottleuthner, H., Karrieren und Kontinuitäten deutscher Justizjuristen vor und nach 1945, 2010

Rozeck, J., Das Grundgesetz als Prüfungs- und Entscheidungsmaßstab der Landesverfassungsgerichte – Zugleich ein Beitrag zum Phänomen der in die Landesverfassung hineinwirkenden Bundesverfassung, 1993

Rückerl, A., NS-Verbrechen vor Gericht. Versuch einer Vergangenheitsbewältigung, 1984

Rückert, 50 Jahre Hessische Verfassung, KritV 79 (1996), S. 116 ff.

Rupprecht, R., Das Sicherheitspaket, BayVBl., 1972

Sachs, M., Die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes, Jura 1984, 519 ff.

ders., Die Landesverfassung im Rahmen der bundesstaatlichen Rechts- und Verfassungsordnung, ThürVBl. 1993, 121 ff.

ders., Zur Entwicklung des Landesverfassungsrechts in Nordrhein-Westfalen, NWVBl. 1997, S. 161 ff.

ders., Das materielle Landesverfassungsrecht, in: Festschrift für K. *Stern*, 1997, S. 475 ff.

ders., Verfassungsrecht II – Grundrechte, 2. Aufl., 2002

Saenger, K., Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1920

Sauer, P., Demokratischer Neubeginn in Not und Elend, Das Land Württemberg-Baden von 1945 – 1952, 1978

Schambeck, H., Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1980

- Schäffer*, H., Die Entwicklung der Grundrechte, in: *Merten, D./Papier, H.-J.*, Handbuch der Grundrechte, Bd. VII/1, Grundrechte in Österreich, 2009
- Schäuble*, W., Der Vertrag, Wie ich über die deutsche Einheit verhandelte, 1991
- Scheerbarth*, H. W./*Höffken*, H./*Bauschke*, H.-J./*Schmidt*, L., Beamtenrecht, 6. Aufl. 1992
- Schefold*, Hunderfünzig Jahre bremische Verfassung, Jahrbuch der Juristischen Gesellschaft Bremen 2000, S. 7 ff.
- Scheyhing*, R., Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit, 1968
- Schilken*, Die Sicherung der Unabhängigkeit der Dritten Gewalt, JZ 2006, S. 860 ff.
- Schmalz/Ewer/von Mutius/Schmidt-Jortzig* (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht für Schleswig-Holstein, 2002
- Schmidt*, H.: „Beabsichtige ich, die Todesstrafe zu beantragen“. Die nationalsozialistische Sondergerichtsbarkeit im Oberlandesgerichtsbezirk Düsseldorf 1933 – 1945, 1998
- Schmidt-Räntsch*, G., Deutsches Richtergesetz Kommentar, 2. Aufl. 1973
- Schmidt-Räntsch*, G., Deutsches Richtergesetz Kommentar, 6. Aufl. 2009
- Schmitt*, C., Zur Übernahme der Herausgeberschaft, DJZ 1934
- Schmitt* (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaats Thüringen, 1995
- Schneider*, H., Die Reichsverfassung vom 11. August 1919, in: *Isensee, J./Kirchhof, P.*, Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 3. Aufl., 2003
- ders.*, Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten – Empirische Studie zu Methode und Kritik eines Konfliktlösungsmodelles 1979
- Schnellenbach*, H./*Bodanowitz*, J., Beamtenrecht in der Praxis, 9. Aufl. 2017
- Schorn*, H., Der Richter im Dritten Reich – Geschichte und Dokumente, 1959
- Schöbener*, B., Die amerikanische Besatzungspolitik und das Völkerrecht, 1991
- Schöggel-Ernst*, E., Entnazifizierung in der Steiermark, in: *Schuster, W./Weber, W.* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, 2004
- Schröder*, 50 Jahre Verfassungsentwicklung in Rheinland-Pfalz, DÖV 1997, S. 39 ff.
- Schütz*, H., Justitia kehrt zurück. Der Aufbau einer rechtsstaatlichen Justiz nach dem Zusammenbruch 1945, 1987
- Schultze*, E., Gesetz zur Befreiung von Nationalsozialismus und Militarismus, 3. Aufl. 1948
- Schuhmann*, E., Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit, 2008
- Schunck*, Die Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947, JöR n.F. 5 (1956), S. 159 ff.
- Schuppert*, G.-F., in: *Wassermann* (Hrsg.) Alternativkommentar zum Grundgesetz, Bd. 2, 1984
- Schuster*, A., Die Entnazifizierung in Hessen 1945-1954. Vergangenheitspolitik in der Nachkriegszeit (Vorgeschichte und Geschichte des Parlamentarismus in Hessen) 1999
- Schuster*, R., Über die Grenzen der „abwehrbereiten Demokratie“, JZ 1968, S. 152 ff.

- Schuster, W./Weber, W. (Hrsg.),* Entnazifizierung im regionalen Vergleich, 2004
- Schuster, W.,* Zur Entnazifizierung in Österreich: der Vergleich mit (West-)Deutschland und das Beispiel Linzer Stadtverwaltung, in *Geschichte im Westen (GiW)*, Jahrgang 18, 2003
- Schwarz, U.,* NS-Richter in Österreich, in: *Reiter-Zatloukal, I./Kohl, G. (Hrsg.),* RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft – Auswahl, Ausbildung, Fortbildung und Berufslaufbahn,
- Schwegmann, F. G. (Hrsg.),* Die Wiederherstellung des Berufsbeamtentums nach 1945. Geburtsfehler oder Stützpfeiler der Demokratiegründung in Westdeutschland, 1986
- Schweitzer, M.,* Die Verträge Deutschlands mit den Siegermächten, in: *HStR Bd. VIII* 1995, § 190, S. 199 ff.
- Seiffert, W.,* Selbstbestimmungsrecht und deutsche Vereinigung. Das Selbstbestimmungsrecht einer geteilten Nation, 1992
- Seidl-Hohenveldern, I.,* Völkerrecht, 9. Aufl. 1999
- Silagi, M.,* Staatsuntergang und Staatennachfolge, mit besonderer Berücksichtigung des Endes der DDR, 1996
- Sima, C.,* Österreichs Bundesverfassung und die Weimarer Reichsverfassung, in: *Brauneder, W. (Hrsg.),* Rechts- und Sozialwissenschaftliche Reihe
- Sodan, Schutz der Landesgrundrechte durch die Landesverfassungsgerichtsbarkeit,* in: *Merten/Papier (Hrsg.),* Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Band III Grundrechte in Deutschland; Allgemeine Lehren II, 2009, § 84
- Sörgel, W.,* Konsensus und Interessen. Eine Studie zur Entstehung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1985
- Spanner, H.,* Das Berufsbeamtentum und die Staatskrisen, *VVDStRL* 13, 1955
- Spehar, H./Fellner, W. (Hrsg.),* Kommentar zum Richterdienstgesetz und Gerichtsorganisationsgesetz, 3. Aufl., 1999
- Springorum, U.,* Entstehung und Aufbau der Verwaltung in Rheinland-Pfalz nach dem Zweiten Weltkrieg (1945 – 1947), 1982
- Stadler, W.,* „...Juristisch bin ich nicht zu fassen.“ Die Verfahren des Volksgerichts Wien gegen Richter und Staatsanwälte 1945-1955, 2007
- Stadler, W.,* Karrierebruch? – Gerichtliche Verfolgung und Entnazifizierung von Richtern und Staatsanwälten nach 1945, in: *Kohl, G./Reiter-Zatloukal, I. (Hrsg.),* RichterInnen in Geschichte, Gegenwart und Zukunft, 2014
- Stappert, A.,* Die alliierte Kontrollbehörde in Deutschland, *JfIR* Bd. 1 (1948), S. 139 ff.
- Starck, Chr.,* Die Verfassungen der neuen Länder, in: *HStR Bd. IX*, 1997, § 208, S. 353 ff.
- Staritz, D.,* Die Gründung der DDR, 1984
- Stauch, M./Weber, Chr.,* Verfassung der Freien Hansestadt Bremen, 2016
- Steinke, R.,* Fritz Bauer der Auschwitz vor Gericht, 2013
- Stern, K.,* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien der Verfassung, 2. Aufl. 1984

- ders., Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. V, Die geschichtlichen Grundlagen des Deutschen Staatsrechts, 2000
- ders., Zur Verfassungstreue der Beamten, 1974
- Stiens, Chancen und Grenzen der Landesverfassungen im deutschen Bundesstaat der Gegenwart, 1997
- Stiefel, D., Entnazifizierung in Österreich 1981
- ders., Der Prozess der Entnazifizierung in Österreich, in: *Henke/Woller* (Hrsg.), Politische Säuberung in Europa – Die Abrechnung mit Faschismus und Kollaboration nach dem zweiten Weltkrieg, 1991
- ders., Nazifizierung plus Entnazifizierung = Null? – Bemerkungen zur besonderen Problematik der Entnazifizierung in Österreich, in: *Meissl, S./Mulley, K.-D./Rathkolb, O.*, Verdrängte Schuld verfehlte Sühne, Entnazifizierung in Österreich 1945 – 1955, 1986
- Stillschweig, K., Die Friedenswarte 1949
- Stöber (Hrsg.), Quellen zur Entstehungsgeschichte der Sächsischen Verfassung. Dokumentation, 1993
- Stödter, R., Deutschlands Rechtslage, 1948
- Stolleis, M., Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Band IV 1945-1990, 2012
- ders., Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945-1949, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl. 2003
- ders., Recht im Unrecht. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im Nationalsozialismus, 1994
- Storr, St., Verfassunggebung in den Ländern, Zur Verfassunggebung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes, 1995
- Strauß, W., Die Personalpolitik in den Bundesministerien zu Beginn der Bundesrepublik Deutschland, in: *Konrad Adenauer* und seine Zeit, hrsg. von D. *Blumenwitz*, 1976, S. 275 ff.
- Stourzh, G., Geschichte des Staatsvertrages 1945-1955 – Österreichs Weg zur Neutralität, 1980
- ders., Um Einheit und Freiheit. Staatsvertrag, Neutralität und das Ende der Ost-West-Besetzung Österreichs 1945-1955, 4. Aufl. 1998
- Süsterhenn/Schäfer, Kommentar der Verfassung für Rheinland-Pfalz mit Berücksichtigung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950
- Talos, E./Hanisch, E./Neugebauer, W./Sieder, R., NS-Herrschaft in Österreich – Ein Handbuch, 2000
- Teltschik, H., 329 Tage, Innenansichten der Einigung, 1991
- Thieme, Die Entwicklung des Verfassungsrechts im Saarland von 1945 – 1958, JöR n.F. 9 (1960), S. 423 ff.
- Tweraser, K., Die amerikanische Säuberungspolitik in Österreich, in: *Schuster, W./Weber W.* (Hrsg.), Entnazifizierung im regionalen Vergleich, 2004
- Ulbrich, J., Das österreichische Staatsrecht, Neubearbeitung der 3. Aufl., 1909

Ule, C. H., Beamtenrecht, 1970

ders., (Hrsg.), die Entwicklung des öffentlichen Dienstes, Berichte, Vorträge, Diskussionsbeiträge, 1961

Verosta, S., Die internationale Stellung Österreichs 1938-1947, 1947

Vierally, M., Die internationale Verwaltung Deutschlands vom 08. Mai 1945 bis 24. April 1947, 1948

Vocelka, K., Österreichische Geschichte, 3. Aufl. 2010

ders., Geschichte Österreichs, Kultur – Gesellschaft – Politik, 7. Aufl. 2000

Vogels, A., Entwurf einer Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, 1948

Vogelsang, Th., Die Verfassungsentwicklung in den neuen Bundesländern, DÖV 1991, 145 ff.

ders., Die Bemühungen um eine deutsche Zentralverwaltung 1945/45, VfZ Bd. 18 (1970), S. 510 ff.

Vollnhals, C. (Hrsg.), Entnazifizierung. Politische Säuberung und Rehabilitierung in den vier Besatzungszonen 1945 – 1949, 1991

Wagner, H., Das Berufsbeamtentum im nationalsozialistischen Reich, 1936

ders., Der Einigungsvertrag nach dem Beitritt, 1994

Waldhoff, Chr., Der positive und der negative Verfassungsvorbehalt – Überlegungen zu einer Regelungstheorie im Grenzbereich von Verfassungsrechtsdogmatik und Verfassungstheorie, 2016

Walter, R., Die Gerichtsbarkeit, in: *Schambeck*, Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung, 1980

Walther, F., Österreichische Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte 1500 – 1955, 1972

Walther, R./Mayer, H./Kuesko-Stadelmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 10. Aufl., 2007

Wank, R., Gewaltenteilung, Jura 1991

Wassermann, R., Alternativkommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1984

Wassermann, R., Richter, Reform, Gesellschaft. Beiträge zur Erneuerung der Rechtspflege, 1970

Weber, H., Geschichte der DDR, 1985

Weber, W., Die Frage der gesamtdeutschen Verfassung, 1950

Wegener, W., Die neuen deutschen Verfassungen, 1947

Wehler, H.-U., Deutsche Gesellschaftsgeschichte von 1914 bis 1949, Band 4, 2003

Weinke, A., Die Nürnberger Prozesse, 2006

Wendt/Rixecker, Verfassung des Saarlandes, Kommentar, 2009

Wengst, U., Beamtentum zwischen Reform und Tradition. Beamtengesetzgebung in der Gründungsphase der Bundesrepublik Deutschland 1948 – 1953, 1988

- Wenzlau, J.-R.*, Der Wiederaufbau der Justiz in Nordwestdeutschland 1945 bis 1949, 1979
- Wenzel* (Bearb., Bayerische Verfassungsurkunden. Dokumentation zur Bayerischen Verfassungsgeschichte, 4. Aufl. 2002
- Wermeckes*, Der erweiterte Grundrechtsschutz in den Landesverfassungen, 2000
- Wesel, U.*, Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 4. Aufl. 2014
- Wessels, J./Beulke, W.*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 34. Aufl., 2004
- Wetzlaugk, U.*, Die Alliierten in Berlin, 1988
- Wieflecker, H.*, Die Entwicklung der Verfassung Österreichs vom Mittelalter bis zur Gegenwart, mit dem Originalwortlaut des Bundes-Verfassungsgesetzes in der Fassung von 1929, 2. Aufl. 1970
- Wiegand*, Direktdemokratische Elemente in der deutschen Verfassungsgeschichte, 2006
- Wiese, W.*, Der Staatsdienst in der Bundesrepublik Deutschland, 1972
- ders.*, Rechtsschutz gegenüber der „Abstempelung“ als verfassungsfeindlich? DVBl. 1976, 317 ff.
- Will*, Die Entstehung der Verfassung des Landes Hessen von 1946, 2009
- Willoweit, D.*, Deutsche Verfassungsgeschichte – Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands, 7. Aufl. 2013
- Wind, F./Schimana, R./Wichmann, M./Langer, K.-U.*, Öffentliches Dienstrecht, 5. Aufl. 2002
- Wirth, M.*, Christian Broda: Eine politische Biographie (Zeitgeschichte im Kontext), 2011
- Wittreck*, Weimarer Landesverfassungen. Die Verfassungsurkunden der deutschen Freistaaten 1918 – 1933; Textausgabe mit Sachverzeichnis und Einführung, 2004
- Wolfrum, E.*, Französische Besatzungspolitik in Deutschland nach 1945, Neuere Forschungen über eine „vergessene Zone“, NPL Bd. 35 (1990), S. 50 ff.
- Wohnout, H.*, Die Verfassung 1934 im Widerstreit der unterschiedlichen Kräfte im Regierungslager, in: *Reiter-Zatloukal/Rothländer/Schölzberger* (Hrsg.), Österreich 1933 – 1938, Interdisziplinäre Annäherungen an das Dollfuß-/Schuschnigg-Regime, 2012
- Würtenberger, Ph.*, Ansätze und Zielsetzungen einer Verfassungsgeschichte des Grundgesetzes, in: Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, München 1997, S. 127 ff.
- Zacher*, Verfassungsentwicklung in Bayern 1946 – 1964, JöR n.F. 15 (1966), S. 321 ff.
- ders.*, 50 Jahre Bayerische Verfassung, BayVBl. 1996, 75 ff.
- Zeidler, W.*, Der Rechtsstaat im Spannungsfeld von Evolution und Revolution, MDR 1970, S. 713 ff.
- Zieger, A. und G.*, Die Verfassungsentwicklung in der sowjetischen Besatzungszone Deutschlands/DDR von 1945 bis zum Sommer 1952, 1990
- Zippelius, R.*, Kleine deutsche Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 1996
- Zippelius, R./Würtenberger, Th.*, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl. 2005
- Zivier, E.-R.*, Verfassung und Verwaltung von Berlin, 3. Aufl. 1998

Zöllner, E., Geschichte Österreichs – von den Anfängen bis zur Gegenwart, 8. Aufl. 1990

Zorn, M. (Hrsg.), Hitlers zweimal getötete Opfer. Westdeutsche Endlösung des Antifaschismus auf dem Gebiet der DDR, 1994

Zweigert, K., Die Rechtsvergleichung im Dienste der Rechtsvereinheitlichung, in: *Wolff* (Hrsg.), Beiträge zur Rechtsfortbildung, 1. Teil 1950, S. 251 ff.

ders./Kötz, H., Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl. 1996

Anhang I – Abstract

In dieser Dissertation wird das verfassungsrechtliche (rechtsnormative) Spannungsverhältnis untersucht, welches durch die Entnazifizierung der Richterschaft und den Wiederaufbau der Rechtsprechung nach 1945 mit teilweise in höchstem Maße durch ihre nationalsozialistische Vergangenheit belastetem Richterpersonal, ausgelöst wurde. Die historische Tatsache, dass trotz den Maßnahmen über die Entnazifizierung des Staats- und Verwaltungsapparats wieder Richter in den Dienst der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland gelangten, gleichwohl sie in ihrer Eigenschaft als NS-Richter an Todesurteilen mitwirkten, die sogar schon nach der damaligen Rechtslage nicht erforderlich waren, führt zu einem Spannungsverhältnis zwischen den Verfassungsgütern des Rechtsstaatsprinzips und der freiheitlich demokratischen Grundordnung, in Verbindung mit dem Schutz der Menschenwürde im Gegensatz zu den ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Grundsätzen über die Unabhängigkeit der Richter und dem daraus resultierenden Verbot der Amtsenthebung und Amtsversetzung. Denn das Prinzip der richterlichen Unabhängigkeit steht einer nachträglichen und unfreiwilligen Amtsentfernung eines Richters entgegen. Waren ehemalige NS-Richter erst einmal wieder in den Staatsdienst der Bundesrepublik Deutschland oder der Republik Österreich gelangt, so war es wegen dem verfassungsrechtlich gewährleisteten Schutz der richterlichen Unabhängigkeit unmöglich, sie nachträglich aus ihrem Amt zu entfernen. Den Entnazifizierungsverfahren kommt damit eine unmittelbare Bedeutung für die Sicherung der verfassungsrechtlichen Werteentscheidungen sowohl des Grundgesetzes als auch der österreichischen Bundesverfassung zu. In dieser Arbeit geht es darum, das verfassungsrechtliche Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Rechtsstaat, mit den Elementen der Gewaltenteilung bzw. Funktionentrennung und der richterlichen Unabhängigkeit, auf der einen Seite und belasteten ehemaligen NS-Richtern auf der anderen Seite, die durch ebenjene Elemente in ihrem Amt geschützt wurden, herauszuarbeiten. Eine besondere Aufmerksamkeit wird dabei auf die damaligen Entscheidungen der Verwaltungs- und Verfassungsgerichte in beiden Ländern gerichtet, die sich mit den Entlassungsentscheidungen oder versorgungsrechtlichen Verfügungen, bezogen auf belastete Richter, rechtlich auseinanderzusetzen hatten.