

1 Von der Diskontinuitäts- zur Kontinuitätsthese

Die Diskussion über die Rechtsstellung des Deutschen Reiches nach 1945

Mit dem Ende des Zweiten Weltkrieges war auch die Auflösung des vormaligen deutschen Nationalstaats, des Deutschen Reiches, besiegelt. Am 8. Mai 1945 erfolgte zunächst die bedingungslose Kapitulation der Wehrmacht; kurz darauf übernahmen die vier Siegermächte USA, Großbritannien, Sowjetunion und Frankreich mit der *Berliner Deklaration* vom 5. Juni 1945 die oberste Regierungsgewalt in Deutschland.¹ Außer seiner Souveränität verlor das fortan dem Alliierten Kontrollrat unterstellte „Deutschland als Ganzes“² de facto auch einige Territorien: Im *Potsdamer Abkommen* vom 2. August 1945 vereinbarten die Alliierten, dass bis zu einer endgültigen Friedensregelung die Gebiete östlich von Oder und Neiße unter polnische Verwaltung gestellt bzw. die „Stadt Königsberg und das anliegende Gebiet“ der Sowjetunion zugeteilt werden sollten.³ Weitere territoriale Einbußen traten hinzu, wenngleich sie, wie die ab 1946 von Frankreich forcierte Abtrennung des Saargebiets, teilweise nur von kurzer Dauer waren.⁴ Infolge der sich verschärfenden Differenzen zwischen den drei Westmächten und der Sowjetunion kam es am 23. Mai 1949 schließlich zuerst zur Gründung der Bundesrepublik. Am 7. Oktober desselben Jahres folgte die Gründung der DDR. Damit standen sich auf dem vormaligen Reichsgebiet nunmehr zwei, erst dem jeweiligen Besatzungsrecht unterliegende und ab Mitte der 1950er-Jahre teilsouveräne, Staaten gegenüber.⁵

1 Vgl. die Urkunde über die militärische Kapitulation der deutschen Streitkräfte, Berlin, 8. 5. 1945, sowie die Erklärung in Anbetracht der Niederlage Deutschlands und der Übernahme der obersten Regierungsgewalt hinsichtlich Deutschlands, Berlin, 5. 6. 1945; beides abgedr. in: Rauschning (Hrsg.) 1985, S. 4 f. sowie S. 15–20.

2 Der auf die vier Besatzungszonen bezogene Terminus „Deutschland als Ganzes“ bzw. „ganz Deutschland“ findet sich in Art. III (Deutschland) der Mitteilung über die Dreimächtekonferenz in Berlin, Potsdam, 2. 8. 1945, in: Rauschning (Hrsg.) 1985, S. 21–34, hier S. 23–27.

3 Siehe dazu Art. VI (Stadt Königsberg und das anliegende Gebiet) und IX (Polen), ebd., S. 29 f.

4 Siehe dazu Kap. 2.2.

5 Zum Prozess der Teilung vgl. u. a. Kleßmann 1991; Thränhardt 2007, S. 49–66.

„[J]enes organisatorische Moment des Staates, das die Nation zu einer aktuellen politischen Wirkungseinheit zusammenfasst“, war somit, wie der Staatsrechtler Wolfgang Abendroth festhielt, „1945 unzweifelhaft entfallen.“⁶ Die hier von Abendroth noch im Jahr 1955 vertretene Auffassung, dass das Deutsche Reich mithin nicht mehr existierte, war unmittelbar nach Kriegsende in der internationalen Diskussion über die völker- und staatsrechtliche Stellung Deutschlands seit 1945 vorherrschend gewesen. Diese Auffassung wird im Folgenden als Diskontinuitätsthese bezeichnet, da ihr zufolge ein künftiger deutscher Staat nicht in der Kontinuität des Reiches stehen, sondern einen gänzlich neuen Staat darstellen würde. Zu dem Zeitpunkt, zu dem Abendroth die Diskontinuitätsthese formulierte, war sie allerdings schon weitgehend aus der Diskussion verdrängt worden.⁷ Ausgehend von der westdeutschen Rechtswissenschaft hatte sich seit dem letzten Drittel der 1940er-Jahre vielmehr die gegenteilige, hier fortan als Kontinuitätsthese benannte Annahme verbreitet, der zufolge das Deutsche Reich im Jahr 1945 nicht untergegangen sei, sondern nach wie vor bestehe. Als die Bundesrepublik gegründet wurde, war die Kontinuitätsthese auch unter den westdeutschen Parteien inklusive Abendroths eigener Partei, der SPD, bereits fest als dominante Position verankert.

Die Durchsetzungskraft der Kontinuitätsthese beruhte vor allem darauf, dass sich mit ihr das den Parteien der Adenauerzeit weithin gemeinsame Ziel, den deutschen Nationalstaat in den „Grenzen von 1937“ wiederherzustellen, nicht nur als eine legitime politische Forderung, sondern als vermeintlich unanfechtbarer Rechtsstandpunkt artikulieren ließ.⁸ Sie erwies sich somit als geeignet, sowohl dem Ziel staatlicher Einheit als auch dem bis zur Einheit eingeforderten Alleinvertretungsanspruch der Bundesrepublik gegenüber der DDR eine Festigkeit zu verleihen, die aus anderen rechtlichen Bezugspunkten der Einheitsambitionen, wie den alliierten Vereinbarungen über den deutschen Status nach Kriegsende oder dem Grundgesetz, nicht in gleicher Weise gewonnen werden konnte.⁹

Allerdings basierte die Kontinuitätsthese zentral auf einem vorstaatlichen und vorkonstitutionellen, nicht zuletzt auf in der NS-Zeit etablierte volksgemeinschaftliche Vorstellungen rekurrierenden Volksbegriff. Die bereitwillige Akzep-

6 Abendroth 2008b, S. 514.

7 Vgl. zu dieser Entwicklung Perels 2008b; Perels 1999f; Perels 1989; Diestelkamp 1980/1981.

8 Vgl. dazu wie zu Folgendem auch Foschepoth 1988c, S. 19; Foschepoth 1988d, bes. S. 41 f.

9 Ausführlich erörtert werden diese anderen Bezugspunkte in Kap. 1.3. Überdies war die Kontinuitätsthese die Basis dafür, zugleich eine personelle Kontinuität zum Deutschen Reich zu stiften, da die Annahme von dessen Überdauern auch die fortlaufende Geltung der Ansprüche des vormaligen Staatspersonals an seinen einstigen Dienstherrn implizierte. Siehe dazu Kap. 4.2.1.

tanz dieser These seitens der Parteien der frühen Bundesrepublik umfasste daher letzten Endes auch, dass Elemente dieses ihr inhärenten Volksbegriffs Eingang in die Vorstellungen von der deutschen Nation nach der NS-Zeit finden konnten.

Die Frage nach der spezifischen Ausgestaltung der Nationenvorstellungen im politischen Diskurs der Ära Adenauer infolge der Durchsetzung der Kontinuitätsthese steht im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen. Dazu wird zum einen auf die hegemoniale Bedeutung dieser These speziell für den Wiedervereinigungs- und Alleinvertretungsanspruch eingegangen (1.2), zum anderen aber auch die Existenz von ihr entgegenstehenden Positionen bei Regierung und Opposition berücksichtigt (1.3). Schließlich werden die auf diesem Wege gewonnenen Ergebnisse noch einmal im Hinblick auf ihre Konsequenzen für die Nationenvorstellungen und das darin zum Ausdruck kommende vorstaatliche Verständnis vom deutschen Volk zusammengefasst (1.4). Begonnen wird jedoch mit einem Überblick über den juristischen Diskurs bezüglich der deutschen Rechtslage nach 1945, in dem schon vor 1949 entscheidende Weichen für die spätere politische Auseinandersetzung mit dieser Problematik gestellt worden waren (1.1).

1.1 Etablierung und Verdrängung der Diskontinuitätsthese im juristischen Diskurs über die deutsche Rechtslage im Vorfeld der Staatsgründung

Die Diskontinuitätsthese als Grundlage für eine Neukonstituierung der vorgestellten Gemeinschaft der deutschen Nation als Demos

Die der Kontinuitätsthese vorausgehende Diskontinuitätsthese wurde vor allem von Hans Kelsen entwickelt, der 1933 von den Nationalsozialisten als Professor an der Juristischen Fakultät der Universität Köln entlassen worden und schließlich ins US-amerikanische Exil geflohen war.¹⁰ Dort publizierte er 1944/45 zwei Aufsätze im *American Journal of International Law*, in denen er sowohl rechtlich als auch politisch begründete, weshalb aus der Kriegsniederlage Deutschlands nicht nur eine den deutschen Staat ansonsten unberührt lassende militärische Besetzung gemäß der *Haager Landkriegsordnung* von 1907¹¹ folge, sondern auch der Untergang des deutschen Staates durch die Errichtung eines Kondominiums, also

10 Vgl. Perels 1989, S. 85; ausführlich zu Kelsens Biografie Ogris/Olechowski (Hrsg.) 2009.

11 Das Abkommen betreffend die Gesetze und Gebräuche des Landkrieges vom 18. 10. 1907 ist u. a. abgedr. in: Die Genfer Rotkreuz-Abkommen 1988, S. 385–398.

eines gemeinsam beherrschten Gebiets der Alliierten. Während der erste, schon vor Ende der Kriegshandlungen verfasste Text diese Auffassung noch eher als Appell an die Alliierten formulierte, reflektierte der zweite bereits auf die tatsächliche Übernahme der obersten Regierungsgewalt durch die Vier Mächte mit der *Berliner Deklaration* vom 5. Juni 1945.¹²

Spätestens mit dieser Deklaration, wenn nicht schon mit der Anerkennung der bedingungslosen Kapitulation der Wehrmacht seitens der letzten deutschen Regierung unter Großadmiral Karl Dönitz und schließlich deren Absetzung und Verhaftung durch die Alliierten Ende Mai 1945, habe Deutschland, wie Kelsen darlegte, aufgehört als Staat im völkerrechtlichen Sinne zu existieren, da seine gesamte legislative, exekutive und judikative Gewalt auf die Alliierten übergegangen war.¹³ Für Kelsen war somit das Fehlen einer deutschen Staatsgewalt das zentrale rechtliche Argument für seine These vom Untergang des Reiches. Damit lag er trotz sonstiger Differenzen grundsätzlich auf Linie der klassischen Drei-Elemente-Lehre seines akademischen Lehrers Georg Jellinek. Ihr zufolge definiert sich ein Staat völkerrechtlich durch die Trias von Staatsgewalt, Staatsvolk und Staatsterritorium, wobei auch für Jellinek die Staatsgewalt schlussendlich das wesentliche Element bildete.¹⁴ Jedoch bleibt der Staat für Kelsen kein allein überhistorisch bestimmbarer Begriff. Vielmehr ist für ihn die Existenz eines Staates untrennbar an die jeweils herrschende normative Rechtsordnung geknüpft, in der sich die Staatsgewalt erst konkret konstituiert.¹⁵ In Kelsens Gedanken zum Untergang des deutschen Staates ging es somit im Kern um die Frage, wie in Deutschland nach der Aushebelung der Weimarer Verfassung im NS-Herrschaftssystem und der Etablierung eines Unrechtsstaates – in den Worten des ebenfalls in die USA emigrierten Juristen und Politikwissenschaftlers Franz L. Neumann: des *Behemoth*¹⁶ – eine Rechtsordnung überhaupt wieder zu begründen sei.

12 Vgl. Kelsen 1944; Kelsen 1945.

13 Vgl. Kelsen 1945, S. 518 f. Als Vertreter der Kontinuitätsthese kritisierte später Stödter 1948, S. 33 ff., dass die Regierung Dönitz die bedingungslose Kapitulation nicht formell anerkannt hatte, was für Kelsens Argumentation aber auch nicht ausschlaggebend ist. Im Übrigen liefert Stödter, obwohl ihr Gegner, eine der ausführlichsten Darstellungen der Diskontinuitätsthese.

14 Vgl. dazu Stödter 1948, S. 44 ff.; Nawiasky 1950, S. 7 f.; Kersten 2000, bes. S. 169–178.

15 Vgl. bes. Kelsen 1920. Näheres dazu ebenfalls bei Stödter 1948, S. 42–45; zur Entwicklung von Kelsens normativer Staats(rechts)lehre im Kontext seiner kritischen Auseinandersetzung mit Jellinek außerdem Groh 2010, S. 106–140; Vollmeyer 2011.

16 Der Name *Behemoth* entstammt wie der Name *Leviathan* der jüdischen Eschatologie, wo beide Ungeheuer bezeichnen. In Kontrast zu Thomas Hobbes *Leviathan* von 1651 als einer Analyse des Staates verwendet Neumann den Namen *Behemoth*, um den Charakter des nationalsozialistischen Systems als Un(rechts)staat zu verdeutlichen. Vgl. Neumann 1984, S. 16.

Nicht zuletzt aus diesem normativen Staatsverständnis speiste sich auch die politische Stoßrichtung von Kelsens Ausführungen, die er ebenfalls klar herausstellte: Nur die unbeschränkte gemeinsame, im Alliierten Kontrollrat institutionalisierte Souveränitätsübernahme der Siegermächte ermögliche es diesen, die notwendigen fundamentalen rechtlichen und politischen wie territorialen Umwälzungen auf deutschem Gebiet vorzunehmen sowie die NS- und Kriegsverbrecher zu verfolgen und zu bestrafen. Vor allem aber wäre Deutschland nach Beendigung des alliierten Kondominiums rechtlich als ein völlig neuer Staat zu begründen und folglich

„[n]o continuity between the destroyed Nazi state and the new democratic Germany would exist. The new constitution of sovereign Germany would not be the result of a constitutional or revolutionary change in the Nazi constitution, but the beginning of a new constitutional life. Only as a new community which is connected by no legal bonds with Nazi Germany, should democratic Germany enter the international organization after this war.“¹⁷

Kelsen befasste sich in seiner Argumentation für die Diskontinuität des Deutschen Reiches nicht direkt mit den Folgen für die Deutschen als Nation. Seine Überlegungen implizierten jedoch, dass sich im Zuge der Staatsgründung und Verfassungsgebung auch die deutsche Nation in einer neuen, jenseits nationalsozialistisch generierter Kollektivvorstellungen liegenden Form konstituieren müsse. Zuvorderst beinhaltete die von Kelsen anvisierte Bildung einer „new community“, jeden Zusammenhalt mit den NS-Tätern durch die konsequente Ahndung ihrer Verbrechen und durch die Beseitigung der nationalsozialistisch überformten „Rechtsordnung“ zugunsten einer neuen demokratischen Verfassung aufzulösen. Zugleich wäre den ehemals Verfolgten der (Rück-)Weg in diese „community“ zu öffnen, indem man sie wieder ins Recht setze.¹⁸ Stabile Voraussetzungen für einen solchen, auf der Erkenntnis vom NS-Staat als Unrechtsstaat wurzelnden Prozess der Neubegründung der deutschen Nation waren allerdings, zumal angesichts der Nichtexistenz einer deutschen Regierung, nach seinem Dafürhalten allein von den Alliierten zu schaffen.

17 Kelsen 1944, S. 693.

18 So impliziert die Erkenntnis, dass der NS-Staat ein Unrechtsstaat war, der etwa durch Mord und Folter systematisch sämtliche Grundrechte verletzte, gleichzeitig die Anerkennung der Legalität des Widerstands gegen ihn. Vgl. dazu Perels 1999d, bes. S. 156–160, 168 f., 172 ff.

Ausdrücklich wies Kelsen dabei die in der traditionellen Völkerrechtslehre etablierte Vorstellung zurück, dass eine alliierte Übernahme der deutschen Souveränität und damit der Untergang des deutschen Staates bloß durch eine – in der *Berliner Deklaration* ja klar verneinte – Annexion möglich gewesen wäre, wie später von Vertretern der Kontinuitätsthese eingewandt wurde. Entscheidend sei vielmehr, dass jeglicher Widerstand in dem besiegten Land gebrochen sei. Demgegenüber spiele es eine untergeordnete Rolle, ob die Siegermächte eine dauerhafte Einverleibung dieses Landes beabsichtigten oder nur vorübergehend ihre Souveränität darüber begründeten, um bestimmte Ziele zu verwirklichen.¹⁹ Damit machte Kelsen, wie Bernhard Diestelkamp erläutert, den

„Versuch, eine als einmalig erkannte Situation mit neuen Mitteln zu meistern, was dann als zulässig akzeptiert werden muß, wenn man anerkennt, daß auch die durch Hitler-Deutschland bewirkten Verheerungen ohne Vorbild in der neueren Völkerrechtsgeschichte waren, so daß die Suche nach rechtlichen Vorbildern hoffnungslos bleiben muss.“²⁰

In der Tat entfaltete Kelsens Diskontinuitätsthese anfangs maßgeblichen Einfluss, sowohl in der internationalen Völkerrechtslehre inklusive der deutschen Rechtswissenschaft als auch in der auf die umfassende Beseitigung des Nazismus samt der ihn tragenden Organisationen und Personen gerichteten alliierten Besatzungspraxis.²¹ So basierte der vom 20. November 1945 bis zum 1. Oktober 1946 vor dem Internationalen Militärgerichtshof abgehaltene Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess auf der Auffassung, dass die Alliierten ob ihrer Übernahme der deutschen Souveränität zur Verurteilung deutscher Täter auch befugt seien. Überdies sahen die Alliierten ebenso hinsichtlich der zu ahndenden Tatbestände die Notwendigkeit, das Völkerrecht zu modifizieren, um eine Antwort auf die neue Qualität von Rechtlosigkeit im Dritten Reich zu finden, die der Rechtsphilosoph Gustav Radbruch 1946 treffend als „gesetzliches Unrecht“²² bezeichnete. Wegweisend dafür war *Kontrollratsgesetz Nr. 10* vom 20. Dezember 1945, das außer Verbrechen gegen den Frieden, Kriegsverbrechen und der Zugehörigkeit zu verbrecherischen Organisationen auch Verbrechen gegen die Menschlichkeit als Tat-

19 Vgl. bes. Kelsen 1945, S. 520 ff., 524.

20 Diestelkamp 1980/1981, 1. Teil, S. 482.

21 Vgl. Perels 1999f, S. 75; Perels 2008b, S. 135 f. Dies beobachtete als Vertreter der gegenteiligen Position auch schon Stödter 1948, bes. S. 36–41, 52 f.

22 Radbruch 1946. Vgl. dazu ebenfalls Perels 1999f, S. 77 f.

bestand erfasste.²³ Dieses Gesetz bildete auch die einheitliche Rechtsgrundlage für die Prozesse, die nach dem Nürnberger Prozess in den Besatzungszonen gegen weitere NS- und Kriegsverbrecher durchgeführt wurden.²⁴

Das Erstarken der Kontinuitätsthese im Kontext des Kalten Krieges als Basis einer Rekonstruktion der deutschen Nation als Ethnos

Vor allem gegen die tief greifenden Maßnahmen, mit denen die Alliierten in den ersten Besatzungsjahren im Einklang mit der Diskontinuitätsthese neues Völkerrecht setzten, um eine Rechtsordnung in Deutschland wiederherzustellen, richtete sich die Kontinuitätsthese. So negierte die Annahme, dass der deutsche Nationalstaat immer noch fortbestehe, prinzipiell das Recht der Alliierten, außerhalb der für eine reguläre militärische Besetzung zuständigen *Haager Landkriegsordnung* zu handeln. Alle darüber hinausgreifenden Maßnahmen – die alliierten Prozesse gegen NS- und Kriegsverbrecher, die Ablösung deutscher Gebiete, die Überführung deutscher Bevölkerungsteile aus den Oder-Neiße-Gebieten in die Besatzungszonen, die Einbehaltung von Kriegsgefangenen – wurden damit zur völkerrechtswidrigen „Siegerjustiz“ erklärt.²⁵

Im Unterschied zur Diskontinuitätsthese bestach die Kontinuitätsthese, so Diestelkamp, gerade dadurch, dass sie „mit den Rechtsfiguren des herkömmlichen Völkerrechts auskommt“²⁶, wie in ihrer Begründung der staatlichen Kontinuität Deutschlands mit der ausgebliebenen Annexion deutlich wird. Das hieß aber zugleich, dass die Kontinuitätsthese weder das staatlich organisierte Ver-

23 Unter Letztere fielen gemäß Art. II 1c: „Mord, Ausrottung, Versklavung; Zwangsverschleppung, Freiheitsberaubung, Folterung, Vergewaltigung oder andere an der Zivilbevölkerung begangene unmenschliche Handlungen; Verfolgung aus politischen, rassischen oder religiösen Gründen, ohne Rücksicht darauf, ob sie das nationale Recht des Landes, in welchem die Handlung begangen worden ist, verletzen.“ Amtsblatt des Kontrollrats in Deutschland, Nr. 3, 31. 1. 1946, S. 50. Rechtsgrundlagen für *Kontrollratsgesetz Nr. 10* waren die *Moskauer Deklaration* vom 30. 10. 1943 „betreffend die Verantwortlichkeit der Hitleranhänger für begangene Greueltaten“ und das *Londoner Abkommen* „betreffend Verfolgung und Bestrafung der Hauptkriegsverbrecher der Europäischen Achse“ vom 8. 8. 1945, mit dem auch der Internationale Militärgerichtshof in Nürnberg geschaffen wurde. Beide Grundlagen machte KRG Nr. 10 mit Art. I zu seinen integralen Bestandteilen.

24 In Nürnberg selbst, also in der amerikanischen Besatzungszone, fanden insgesamt zwölf Nachfolgeprozesse statt, darunter der Juristenprozess vom 17. 2. bis 4. 12. 1947 gegen 16 führende Angehörige des NS-Justizapparates. Vgl. Perels 1999c, zu den Rechtsgrundlagen bes. S. 51 ff.

25 Vgl. Diestelkamp 1980/1981, 1. Teil, S. 483.

26 Ebd.

brechenssystem des Nationalsozialismus noch den kompletten Zusammenbruch dieses Systems samt des davon durchdrungenen deutschen Staates am Ende des Zweiten Weltkrieges als etwas Neues erfasste. Da sie den NS-Staat insofern als einen Staat „wie jeden anderen auch“ bewertete, konnte sie schwerlich den Versuch einer angemessenen Aufarbeitung des Nationalsozialismus anleiten.

Die Verfechter der Kontinuitätsthese begannen sich schon seit 1946/47 in der deutschen Rechtslehre zu formieren, darunter am prominentesten Rolf Stödter und Ulrich Scheuner sowie Adenauers spätere enge Berater in Völkerrechtsfragen Wilhelm Grewe und Erich Kaufmann.²⁷ Begünstigt wurde das Erstarken der von ihnen vertretenen Auffassung dadurch, dass sich im Zuge der wachsenden Spannungen zwischen den drei Westmächten und der Sowjetunion im letzten Drittel der 1940er-Jahre zugleich ein Wandel in der alliierten Deutschlandpolitik vollzog.²⁸ Für die Westmächte, vor allem für die USA, rückte zunehmend das Ziel in den Vordergrund, in den westlichen Besatzungszonen alsbald wieder – im Zweifelsfall auch unter Rückgriff auf die diskreditierten „alten Eliten“ – funktionsfähige Strukturen zu schaffen, um wenigstens diese Gebiete in den eigenen ökonomischen und politischen Machtbereich einzubeziehen und damit von kommunistischem Einfluss freizuhalten. Da Westdeutschland nunmehr vom passiven Objekt der alliierten Politik zum aktiven Bündnispartner des Westens werden sollte, sich die Rahmenbedingungen also grundlegend verändert hatten, entfiel zugleich eine wichtige Grundlage der Diskontinuitätsthese.

Die Diskontinuitätsthese wurde also nicht aus (völker-)rechtlichen, sondern aus politischen Gründen verdrängt, ebenso wie die Kontinuitätsthese „sich wiederum nicht deshalb durchgesetzt [hat], weil sie völkerrechtlich ‚richtig‘ war, sondern weil sie den veränderten politischen Verhältnissen stärker gerecht wurde“²⁹. Während sich die USA und Großbritannien fortan nicht mehr eindeutig zur Frage deutscher Kontinuität positionierten, bildete Frankreich in diesem Zusammenhang allerdings weiterhin eine gewisse Ausnahme, da es zumindest offiziell nach wie vor an der Diskontinuitätsthese festhielt.³⁰

Bei allen Varianten, mit denen die Vertreter der Kontinuitätsthese diese im Einzelnen begründeten, bestand ihre gemeinsame Basis darin, dass sie anders als

27 Vgl., auch zur folgenden Zusammenfassung, Stödter 1948; Kaufmann 1948; Scheuner 1950; Grewe 1948. Hinweise auf die Beratertätigkeit Kaufmanns bei Frei 1999, z. B. S. 164, 190, 208 f. (mit Fn. 58); für Grewe ebd., z. B. S. 164 (Fn. 9), 237 (Fn. 15), 240 f.

28 Vgl. dazu Perels 1999f, S. 78 f.; Diestelkamp 1980/1981, 1. Teil, S. 484; 2. Teil, S. 96–102.

29 Diestelkamp 1980/1981, 1. Teil, S. 484.

30 Dies betont insbesondere Abendroth 2008b, S. 185 ff.

Kelsen von der Idee eines „vornormativen, metaphysischen Staatsbegriffs“³¹ ausgingen. Das zentrale Argumentationsmuster lässt sich so zusammenfassen: Kapitulierte habe 1945 bloß das deutsche Militär, nicht jedoch der deutsche Staat als Ganzes, weshalb die bedingungslose Kapitulation allein für die Rechtslage Deutschlands bedeutungslos sei. Ein Untergang des deutschen Staates infolge der *Debellatio*, also seiner vollständigen militärischen Besiegung, sei zwar dennoch denkbar gewesen, wie erwähnt allerdings nur, wenn die Alliierten das deutsche Gebiet annektiert hätten, was bekanntermaßen nicht der Fall war. Dann aber sei auch die deutsche Souveränität resp. Staatsgewalt nie erloschen und an die Alliierten übergegangen, sondern der deutsche Staat habe sie nur vorübergehend nicht ausüben können. Denn – so das ausschlaggebende Kriterium – die Staatsgewalt als zentrales Element des Staates könne einzig dann vergehen, wenn ihr Träger, das deutsche Volk, entweder beseitigt oder dauerhaft nicht mehr willens bzw. fähig zu ihrer Ausübung sei. Davon könne jedoch im Nachkriegsdeutschland keine Rede sein, da nicht zuletzt das deutsche Volk selbst ständig seinen gegenteiligen Willen bekunde. Daher müsse der deutsche Staat lediglich reorganisiert werden, bleibe dabei jedoch weiter mit dem Deutschen Reich identisch.³²

Damit allerdings wurde von den Anhängern der Kontinuitätsthese ein Staatsbegriff vertreten, aus dem die Verfassung als konstitutives Moment ausgeklammert blieb und an ihre Stelle die außerrechtliche Vorstellung einer unvergangenen nationalen resp. „völkischen Substanz“³³ rückte. Mancher Vertreter der Kontinuitätsthese ging dabei soweit, unbefangen auf tonangebende Nationalsozialisten als Referenz zu verweisen, wie Joachim Perels besonders für Rolf Stödter gezeigt hat.³⁴ Stödter zitierte zur Begründung seiner These, dass die Identität eines Staates auf der Identität des Volkes beruhe, den NS-Staatsrechtler Otto Koellreutter, nach dessen Ansicht ein Staat solange fortbestehe, „als die ihm zugrunde liegende nationale Volksgemeinschaft sich behauptet.“³⁵

Aber auch dort, wo solche ganz unmittelbaren Bezüge auf Vertreter der völkischen Ideologie fehlten, wurde der Staat als Rechtssubjekt letztlich auf ein ahistorisches, über der jeweils konkreten Staatsform „schwebendes“ Abstraktum reduziert. So waren auch die Willensbekundungen des deutschen Volkes, die als

31 Perels 1999f, S. 81.

32 Vgl. dazu auch Diestelkamp 1980/1981, 1. Teil, bes. S. 483.

33 Kirn 1972, S. 61; vgl. dazu auch Perels 1999f, S. 81 f.

34 Vgl. Perels 1999f, S. 81. Wie Stödter zählten auch andere Vertreter der Kontinuitätsthese zu jenen Juristen, die schon im NS-Staat Karriere gemacht und diesen zum Teil auch, wie etwa Ulrich Scheuner, explizit legitimiert hatten. Vgl. Perels 2008b, bes. S. 128 ff., 133 ff.; 136.

35 Zitiert bei Stödter 1948, S. 46.

zentrales Argument für die Weiterexistenz des deutschen Nationalstaates angeführt wurden, im Rahmen der Besatzungsherrschaft nur sehr beschränkt möglich und konnten insofern allenfalls partiell sein.³⁶ Daher blieb am Ende lediglich der Bezug auf „das Volk“ in seiner bloßen, gleichsam naturhaften Existenz übrig, um den Fortbestand des Reiches konstatieren zu können.

Im Gegensatz zur Diskontinuitätsthese erforderte es die Kontinuitätsthese somit auch nicht, die Vorstellungen von der deutschen Nation neu auszuloten. Stattdessen erhob sie die deutsche Nation resp. das deutsche Volk – beides wurde von Stödter wie von anderen weitgehend synonym verwendet³⁷ – ja gerade als unverändertes zum Garanten der staatlichen Kontinuität. Folglich war damit auch nicht „das Volk“ als sich im Moment der Verfassungsgebung konstituierendes Staatsvolk, also als Demos gemeint, sondern vielmehr als dauerhaft währendes und daher vornehmlich im Sinne eines Ethnos verstandenes nationales Kollektiv. So aber blieb die Argumentation der Kontinuitätsthese im Grunde der Tradition des völkischen Nationalismus verhaftet. Mithin rekonstruierte sie die Nation ganz im Sinne Carl Schmitts als eine dem Staat vorgeordnete, also vorstaatliche und vor allem vorkonstitutionelle Einheit.³⁸

Dieses volksgemeinschaftlich konnotierte und ethnisch aufgeladene Nationenverständnis war es, das es erlaubte, den gemäß der Diskontinuitätsthese und der ihr zunächst entsprechenden alliierten Praxis erst wieder neu über eine demokratische Verfassung zu schaffenden deutschen Staat staatsrechtlich in die Kontinuität des Deutschen Reiches und völkerrechtlich mit diesem identisch zu setzen. Das umfasste allerdings auch die Identität eines künftigen deutschen Staates mit dem NS-Staat. Hans Nawiasky, der 1948 den Herrenchiemseer Verfassungskonvent bei der Vorbereitung des Grundgesetzes beriet und neben Wolfgang Abendroth zu den wenigen verbleibenden Vertretern der Diskontinuitätsthese in der westdeutschen Rechtswissenschaft zählte, stellt dies in kritischer Absicht fest: „Wenn man den Fortbestand des deutschen Staates trotz des völligen Zusammenbruchs im Jahre 1945 annimmt, muß man sich auch dazu bekennen, daß der neue Staat mit dem Hitlerreich identisch ist.“³⁹

Trotz dieser Konsequenz fand die Kontinuitätsthese nicht allein unter Fachjuristen, sondern gleichermaßen bei den westdeutschen Parteien viel Anklang. So

36 Zudem führten die Vertreter der Kontinuitätsthese, ebenso die Juristen wie später die Politiker, auch nicht näher aus, wie sich dieser Wille genau äußerte. Siehe dazu auch Kap. 1.2.

37 Vgl. z. B. Stödter 1948, S. 46.

38 Siehe dazu auch Abschnitt 3: Theoretische Vorüberlegung in der Einleitung dieser Arbeit.

39 Nawiasky 1950, S. 9. Mehr zu Abendroths Position in Kap. 1.3. Als ein weiterer Vertreter der Diskontinuitätsthese sei außerdem der Rechtsphilosoph Jürgen von Kempowski 1947 genannt.

<http://www.springer.com/978-3-658-00324-1>

Wiedererfindung der Nation nach dem
Nationalsozialismus?

Konfliktlinien und Positionen in der westdeutschen
Nachkriegspolitik

Kiani, S.

2013, XIV, 334 S., Softcover

ISBN: 978-3-658-00324-1