

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 98

Das Widerstandsrecht

Entwickelt anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung
der Bundesrepublik Deutschland

Von

Dr. Günther Scheidle



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Günther Scheidle / Das Widerstandsrecht

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 98

Das Widerstandsrecht

Entwickelt anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung
der Bundesrepublik Deutschland

Von

Dr. Günther Scheidle



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1969 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1969 bei Alb. Sayffaerth, Berlin 61
Printed in Germany

Meinen Eltern

Vorwort

In der Fülle der meist rein theoretischen Darstellungen zum Widerstandsrecht glaubt die vorliegende Arbeit Legitimation aus ihrer Zielsetzung zu gewinnen, die zahlreichen Entscheidungen der bundesdeutschen Obergerichte zu Widerstandsfällen während der Zeit des Nationalsozialismus, in der SBZ, in der Bundesrepublik und in Südtirol kritisch zu sichten und ihre Anregungen für die Fortentwicklung des Widerstandsrechts systematisch zu verwerten.

Die Verarbeitung und Systematisierung der widerstandsrechtlichen Judikatur erscheint gerade im Hinblick auf den neugeschaffenen Widerstandsartikel des Grundgesetzes von besonderer Bedeutung. Der Artikel 20 IV GG hat auf Grund seiner überhasteten Aufnahme in die Verfassung eine nur höchst unzulängliche Formulierung gefunden, die zu Mißverständnissen führen muß, wenn die Interpretation den Erfahrungsschatz der widerstandsrechtlichen Präjudizien außer acht lassen sollte.

Die vorliegende Untersuchung hat als Inaugural-Dissertation der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München vorgelegen.

Es ist mir ein Anliegen, für die Anregung zu diesem Thema, die verständnisvolle Betreuung und stete Unterstützung meinem verehrten Lehrer, Herrn Privatdozent Dr. H. Scholler, auch an dieser Stelle Dank zu sagen. Für fördernde Gespräche und Ratschläge danke ich Herrn Professor Dr. F. C. Schröder, Regensburg, Herrn Wiss. Ass. Dr. Josef Isensee und meinem Bruder, Dr. Helmut Scheidle. Der Stiftung Volkswagenwerk bin ich für das mir gewährte Promotionsstipendium zu großem Dank verpflichtet, ebenso Herrn Ministerialrat a. D. Dr. Johannes Broermann für die Aufnahme der Arbeit in sein Verlagsprogramm.

Günther Scheidle

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	15
----------------------	----

Erstes Kapitel

Die Darstellung des Standes der Lehre an Hand eines Problemkataloges des Widerstandsrechts

§ 2 Der Begriff des Widerstandsrechts	17
§ 3 Die Aktivlegitimation	18
§ 4 Die Passivlegitimation	21
§ 5 Die Staatslage	23
§ 6 Die Widerstandslage	25
§ 7 Mittel und Formen des Widerstandes	27
§ 8 Zulässiges Ziel des Widerstandes	29
§ 9 Widerstandsrecht und Übermaß	30
1. Der Grundsatz der Erforderlichkeit	31
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	32
§ 10 Die Begründung des Widerstandsrechts	34

Zweites Kapitel

Die widerstandsrechtlichen Fallverfahren der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Bundesrepublik

1. Abschnitt: Widerstandsfälle aus der Zeit des Nationalsozialismus	38
§ 11 Allgemeines	38
§ 12 Die Präambel des BEG	39
§ 13 Die Verfolgungsgründe des § 1 I BEG	39
1. Politische Überzeugung — politische Gegnerschaft	39
2. Die Rasse	43

3. Der Glaube	45
4. Die Weltanschauung	46
5. Der Einfluß der Präambel auf die Auslegung des § 1 I BEG	46
§ 14 Die Gleichstellungsgründe nach § 1 II Nr. 1 BEG	52
§ 15 Die Verfolgungsfiktion des § 1 III Nr. 2 BEG	53
§ 16 Die Befreiung vom Ausschließungsgrund des § 6 I Nr. 1 BEG	60
§ 17 Zusammenfassung	63
2. Abschnitt: Widerstandsfälle in der SBZ	65
1. Unterabschnitt: Die Rechtsprechung zum BVFG	65
§ 18 Allgemeines	65
§ 19 Entscheidungen unmittelbar zum Widerstandsrecht	68
§ 20 Entscheidungen zu Wirtschaftsstraftaten	72
§ 21 Entscheidungen zur Meinungsäußerungsfreiheit	74
§ 22 Entscheidungen zu anderen Grundrechten	77
1. Allgemeines	77
2. Zur Gewissensfreiheit	78
3. Zum Recht auf Familie	79
4. Zur Berufsfreiheit	80
5. Zum Recht auf Eigentum	81
2. Unterabschnitt: Sonstige Rechtsprechung zum Flüchtlingsrecht	82
§ 23 Entscheidungen zum HHG	82
§ 24 Entscheidungen zum NAG	86
3. Unterabschnitt	86
§ 25 Zusammenfassung	86
3. Abschnitt: Widerstandsfälle in der Bundesrepublik	88
§ 26 Das „KPD-Urteil“	88
§ 27 Die Rechtsprechung zu Art. 5 GG	92
1. Das „Lüth-Urteil“	93
2. Das „Blinkfüer-Urteil“	95

Inhaltsverzeichnis	11
3. Das „Pätsch-Urteil“	98
4. Zusammenfassung	101
4. Abschnitt: <i>Widerstand in Italien</i>	102
§ 28 Der „Südtirol-Fall“	102
5. Abschnitt	104
§ 29 Zusammenfassung der Rechtsprechung	104

Drittes Kapitel

Die Formkräfte der Lehre Verarbeitung der Ergebnisse der Rechtsprechung

§ 30 Methode	107
1. Abschnitt: <i>Begriff, Charakterisierung und Begründung des Widerstandsrechts</i>	109
§ 31 Begriff und Wesen des Widerstandes	109
§ 32 Überpositives Notwehrrecht und politisches Widerstandsrechts	114
§ 33 Rechtskonstruktion und Begründung	115
2. Abschnitt: <i>Die Einzelprobleme</i>	118
§ 34 Die Aktivlegitimation	118
§ 35 Die Passivlegitimation	123
§ 36 Die Staatslage	125
§ 37 Die Widerstandslage	126
§ 38 Mittel und Formen des Widerstandes	130
§ 39 Zulässiges Ziel des Widerstandes	132
§ 40 Widerstandsrecht und Übermaß	134
1. Der Grundsatz der Erforderlichkeit	135
2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	137

*Viertes Kapitel***Auseinandersetzung mit der Kodifikation des
Widerstandsrechts in Art. 20 IV GG**

§ 41 Die Problematik einer Kodifikation des Widerstandsrechts	141
1. Staatstheoretische Bedenken	141
2. Die Vorgegebenheit des Widerstandsrechts	142
3. Die Lückenhaftigkeit einer Kodifikation	143
4. Die Praktikabilität einer Kodifikation	144
§ 42 Die Gesetzgebungstechnik bei Art. 20 IV GG	145
§ 43 Der materiell-rechtliche Gehalt des Art. 20 IV GG	147
Thesen	153
Literaturverzeichnis	155

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	= anderer Ansicht
a.a.O.	= am angegebenen Ort
a. M.	= anderer Meinung
Anm.	= Anmerkung
AöR	= Archiv des öffentlichen Rechts
AP	= Arbeitsrechtliche Praxis
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	= Artikel
Aufl.	= Auflage
BayVBl.	= Bayerische Verwaltungsblätter
Bd.	= Band
BEG	= Bundesentschädigungsgesetz
BGBL	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGHSt	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	= Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BSozG	= Bundessozialgericht
BT	= Bundestag
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
BVFG	= Bundesvertriebenengesetz
BVG	= Bundesversorgungsgesetz
Diss.	= Dissertation
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	= Deutsches Verwaltungsblatt
GG	= Bonner Grundgesetz
h. L.	= herrschende Lehre
h. M.	= herrschende Meinung
hrsg.	= herausgegeben
JR	= Juristische Rundschau
JuS	= Juristische Schulung
JZ	= Juristenzeitung
LG	= Landgericht
LM	= Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, hrsg. von Lindenmayer/Möhring

LS	= Leitsatz
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
NAG	= Notaufnahmegesetz
n. F.	= neue Folge
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	= Nummer
NS	= Nationalsozialismus
ns.	= nationalsozialistisch
OLG	= Oberlandesgericht
OVG	= Oberverwaltungsgericht
Rd. Nr.	= Randnummer
RG	= Reichsgericht
RGZ	= Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
ROW	= Recht in Ost und West. Zeitschrift für Rechtsvergleichung und interzonale Rechtsprobleme
RzW	= Neue Juristische Wochenschrift — Rechtsprechung zur Wiedergutmachung
S.	= Seite
SBZ	= Sowjetische Besatzungszone
SJZ	= Süddeutsche Juristenzeitung
Sp.	= Spalte
StGB	= Strafgesetzbuch
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl.	= vergleiche
VRspr.	= Verwaltungsrechtsprechung
VVdStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
ZgesStW	= Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
ZLA	= Zeitschrift für den Lastenausgleich

§ 1 Einleitung

Von dem Ende der Revolution von 1848 an bis 1945 war der Gedanke des Widerstandsrechts in Deutschland tot¹. Die Folgezeit hat eine Renaissance des Widerstandsrechts gebracht. Mit dem Zusammenbruch des Positivismus, dessen Gefahren die sich an nichts gebunden führende Diktatur des Nationalsozialismus bewußt gemacht hatte, konnte das meist aus überstaatlichen Quellen hergeleitete Widerstandsrecht wieder in die staatsrechtliche Diskussion gelangen.

Doch sind die Erfahrungen aus der nationalsozialistischen Zeit nicht der einzige Grund für die Neubelebung des Widerstandsrechts. Die andere Ursache liegt in der Krise unseres Gewaltenteilungssystems. Seit die Parlamentsmehrheit die Spitze der Exekutive kreierte, vernachlässigt sie die Kontrolle der Regierung. Diese systemfremde Verflechtung zwischen gesetzgebender und vollziehender Gewalt wird durch den Trend zum Justizstaat nur mühsam abgefangen. Die Krise der Gewaltenteilung ist eine Krise des Staatsrechts überhaupt. Schon Ende des 18. Jahrhunderts stellte A. L. Schlözer fest, daß „aus der Frage von dem iure resistendi in der Folge notwendig das Staatsrecht erwachsen mußte“². Der Ausbau des Staatsrechts war damals Hand in Hand mit dem Abbau des Widerstandsrechts gegangen. Die gegenwärtige Krise des Staatsrechts mußte deshalb zur Renaissance des Widerstandsrechts führen.

Widerstandstaten während der Zeit des Nationalsozialismus und in der SBZ haben das Widerstandsrecht zu einem nahezu alltäglichen Problem für die Gerichte werden lassen. Das Wiedergutmachungsrecht hat es den Zivilgerichten, das Flüchtlingsrecht den Verwaltungsgerichten aufgegeben, Inhalt und Grenzen des Widerstandsrechts zu bestimmen. Die Unruhen der jüngsten Zeit werden die Gerichte vor neue Aufgaben stellen.

Bei der Durchsicht der Rechtsprechung und Literatur zum Widerstandsrecht fällt auf, daß die Praxis die Theorie und die Theorie die Praxis kaum zur Kenntnis nimmt. Vor den Gefahren, die die Trennung von juristischer Theorie und Praxis mit sich bringt, warnt schon Savigny nachdrücklich: Es beruht alles Heil darauf, daß in

¹ Vgl. *Heyland*, Widerstandsrecht, S. 76.

² *Allgemeines Staatsrecht und Staatsverfassungslehre*, S. 83.

diesen gesonderten Tätigkeiten jeder die ursprüngliche Einheit fest im Auge behält, daß also in gewissem Grade jeder Theoretiker den praktischen, jeder Praktiker den theoretischen Sinn in sich erhält und entwickelt. Wo dies nicht geschieht, wo die Trennung zwischen Theorie und Praxis eine absolute wird, da entsteht unvermeidlich die Gefahr, daß die Theorie zu einem leeren Spiel, die Praxis zu einem bloßen Handwerk herabsinkt³.

Auch die heutige Methodendiskussion sieht die Notwendigkeit einer engen Verbindung von Theorie und Praxis. Ausgehend von der topischen Grundstruktur der Jurisprudenz erwartet sie von der Rechtsprechung die von der Problematik des Einzelfalls erzwungene Fortbildung des Rechts, von der Theorie die Einarbeitung der neuen Ergebnisse in die vorhandene Systematik. Nach Ehmke besteht zwischen Theorie und Praxis „ein ständiges Geben und Nehmen“⁴. Esser spricht von einem „schubweisen Stoffwechsel zwischen den Neuerungen der Fall-Praxis und den Formkräften der Schule“⁵.

Dieser methodische Gedanke leitet die vorliegende Arbeit. Es wird deshalb zunächst, nach Problemgesichtspunkten geordnet, ein Überblick über den Stand der Literatur gegeben. Diese Darstellung soll es ermöglichen, die Entscheidungen der Gerichte im 2. Kapitel kritisch darzustellen. Im 3. Kapitel wird versucht, die Fallverfahren der Praxis systematisch einzufangen und theoretisch zu formen. Soweit Problemlösungen der Praxis nicht vorliegen, sollen sie nach eigenen Vorstellungen auf Grund der in der Literatur vertretenen Anschauungen gesucht werden, um eine einigermaßen geschlossene Darstellung des Widerstandsrechts zu geben.

Zu Beginn dieser Arbeit war es nicht vorauszusehen, daß der Bundestag das Widerstandsrecht in das Grundgesetz aufnehmen werde. Die nun in Art. 20 GG eingeführte Widerstandsbestimmung kann aber nicht ohne die von der Rechtstradition und Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe betrachtet werden. Das Widerstandsrecht, das sich zu allen Zeiten ohne Rücksicht auf die positive Rechtsordnung durchgesetzt hat, kann in seinen existentiellen Bereichen nicht von einer Kodifikation abhängig sein. Es soll deshalb erst am Schluß der Arbeit eine Auseinandersetzung mit dem neugeschaffenen Widerstandsartikel auf Grund der gewonnenen Ergebnisse unternommen werden.

³ System des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, S. XX.

⁴ Verfassungsinterpretation, S. 56.

⁵ Grundsatz und Norm, S. 7.

Erstes Kapitel

Die Darstellung der Lehre an Hand eines Problemkataloges des Widerstandsrechts

§ 2 Der Begriff des Widerstandsrechts

Unter Widerstand läßt sich rein sprachlich jedes Gegenverhalten verstehen. Das Wider-Stehen setzt etwas Be-Stehendes voraus, dessen Kräfte gebrochen werden sollen. Als allgemeine Erscheinung der Natur ist der Widerstand für die juristische Betrachtung unergiebig, so daß sein Begriff im Rahmen einer rechtlichen Untersuchung wenigstens auf gesellschaftliche Bezugspunkte eingeeengt werden muß. Daraus ergibt sich als weiteste relevante Definition des Widerstandes: „Jegliche menschliche Abwehrreaktion innerhalb einer Gemeinschaft gleichgültig aus welchen Gründen¹.“ Damit sind sämtliche sozialen Konflikte angesprochen, wie Lohnverhandlungen und Streik, parlamentarische Opposition und Revolution, Machtkämpfe in Vereinen, Verbänden und Parteien².

Die Weite der damit erfaßten Fälle liegt durchaus im Bereich des Wortsinnes „Widerstand“. Jedoch ist der Begriff vom historischen Befund her dahingehend eingeeengt, daß im allgemeinen nur ein Gegenverhalten gegen den Staat als Ausübung des Widerstandsrechts angesehen wird.

Von diesem im großen und ganzen hinzunehmenden Ausgangspunkt lassen sich weitere Begriffseingengungen in verschiedenen Richtungen treffen. Vielfach wird Widerstand und Revolution getrennt, d. h. aus der widerstandsrechtlichen Betrachtung wird die Ersetzung „eines herrschenden gesellschaftlichen oder kulturellen Systems durch ein anderes“ ausgeklammert und nur Handlungen einbezogen, die „im Rahmen des überlieferten Rechts gegen die Staatsgewalt“ begangen werden und „auf Erhaltung oder Wiederherstellung des alten Systems“³ zielen⁴.

¹ So *Wertenbruch* (Rechtfertigung, S 321), der diese weite Definition aber wieder einschränkt.

² Vgl. *Dahrendorf*, Gesellschaft und Freiheit, S. 125.

³ *Gerstenmaier*, Widerstandsrecht, Sp. 2497.

⁴ Die Revolution nehmen bei der Behandlung des Widerstandsrechts aus: