



**Dieter Deiseroth**

## Die Legalitäts-Legende

*Von Reichstagsbrand zum NS-Regime*

Über kaum ein Ereignis des letzten Jahrhunderts haben die deutschen Historiker so intensiv und erbittert gestritten wie über die Urheberschaft für den Reichstagsbrand in der Nacht zum Rosenmontag des Jahres 1933. Nun hat die Bundesanwaltschaft, fast 75 Jahre später, das Todesurteil gegen den Holländer Marinus van der Lubbe aufgehoben, da die Verhängung der Todesstrafe auf zwei "spezifisch nationalsozialistischen Unrechtsvorschriften" beruhte. Sie seien geschaffen worden, um das nationalsozialistische Regime durchzusetzen, und ermöglichten Verstöße gegen "Grundvorstellungen von Gerechtigkeit".<sup>1</sup>

Am 23. Dezember 1933 hatte das Reichsgericht in Leipzig Marinus van der Lubbe zum Tode verurteilt; am 10. Januar 1934 wurde die Hinrichtung vollzogen. Die vier kommunistischen Mitangeklagten — der damalige Vorsitzende der KPD-Reichstagsfraktion Ernst Torgler, der Leiter des westeuropäischen Büros der Kommunistischen Internationale Georgi Dimitroff sowie die bulgarischen Kommunisten Wassil K.H. Taneff und Blagoi S. Popoff — waren vom Tatvorwurf freigesprochen worden.<sup>2</sup> Das Gericht stellte fest, was damals kaum einer in Frage stellte: "Es kann nach Ansicht des Senats keinem Zweifel unterliegen, dass die Tätigkeit van der Lubbes im Reichstag im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem oder den Mittätern erfolgt ist, die im Plenarsaal den Brand vorbereitet und die Selbstentzündung angelegt haben. [...] Die Rolle, die dem Angeklagten van der Lubbe bei der Inbrandsetzung des Reichstags zudedacht war, war offenbar die, den Verdacht der Täterschaft, und zwar einer Alleintäterschaft, auf sich zu lenken."<sup>3</sup> Wer die Mittäter oder Hintermänner van der Lubbes bei der Brandstiftung waren, musste das Gericht mangels hinreichender Ermittlungsergebnisse und Beweise offen lassen. Es brachte jedoch seine entschiedene Überzeugung klar zum Ausdruck, dass es die Mittäter allein bei der oder im Umfeld der KPD sah. Zugleich trat es mit aller Entschiedenheit dem im In- und Ausland verbreiteten Verdacht entgegen, sie seien bei den Nazis zu suchen.<sup>4</sup>

Heute lässt sich die Brandnacht vom 27. Februar 1933 nicht mehr verlässlich rekonstruieren. Zu viele Zeugnisse und Beweismittel sind abhanden gekommen. Fast alle Zeugen des Geschehens sowie seiner Vor- und "Nachbereitung" sind verstorben. Zu den Hintergründen der Brandstiftung gibt es bis heute drei Theorien.

Führende NS-Vertreter sprachen bereits in der Brandnacht von einem "kommunistischen Aufstand", zu dem der Brand des Reichstags das Fanal gewesen sei. Beweise für angebliche Pläne für einen Aufstand der Kommunisten sind indes während der NS-Herrschaft nie erbracht worden und haben nach heutigem Kenntnisstand auch nie existiert. Der Reichstagsbrand

hatte den Kommunisten nicht genutzt, sondern im Gegenteil ihre umfassende staatliche Verfolgung nach sich gezogen — ein Vorhaben, das die Nationalsozialisten vor ihrem Regierungsantritt stets angekündigt hatten. Der vom Reichsgericht als Brandstifter zum Tode verurteilte Marinus van der Lubbe stand mit der KPD nicht in Verbindung und hatte sich mit den niederländischen Kommunisten längst überworfen.

Schon unmittelbar im Anschluss an den Reichstagsbrand wurde von vielen vermutet, dass das Feuer auf Weisung oder jedenfalls mit Billigung führender NS-Politiker gelegt worden sei, um einen Vorwand für die Verfolgung politischer Gegner und die vollständige Etablierung der NS-Machtpositionen zu erhalten. Die von Nazi-Gegnern vor allem aus dem Umfeld der KPD im Exil in Westeuropa herausgegebenen "Braunbücher"<sup>5</sup> sowie eine im Herbst 1933 in London tagende Internationale Juristenkommission hatten bereits damals Indizien zusammengetragen, die auf eine Brandstiftung aus dem Verantwortungsbereich der Nazis hindeuteten. Dies prägte jahrzehntelang die fast unangefochtene Einschätzung im In- und Ausland.

Schließlich gibt es die von dem früheren niedersächsischen Ministerialbeamten Fritz Tobias im Jahre 1959 im Nachrichtenmagazin "Der Spiegel" in einer Artikel-Serie und in einem nachfolgenden Buch publizierte sowie von dem Historiker Hans Mommsen seit 1964 wiederholt befürwortete These von der Alleintäterschaft des Marinus van der Lubbe.<sup>6</sup> Ihr zufolge war der Reichstagsbrand ein eher zufälliges Ereignis, das den Nationalsozialisten gelegen kam und ihnen die Gelegenheit verschaffte, den bereits eingeleiteten Prozess der völligen nationalsozialistischen Instrumentalisierung des Staatsapparates und seine totalitäre Ausgestaltung voranzutreiben.<sup>7</sup>

Die "Alleintäter-Theorie" rief bereits in den 60er Jahren zahlreiche Zeithistoriker auf den Plan, die Tobias und Mommsen heftig angriffen. Namentlich trat dabei unter maßgeblicher Beteiligung des bekannten Schweizer Historikers Walter Hofer das sogenannte Luxemburger Komitee mit seinem damaligen Generalsekretär Edouard Calic in Erscheinung. Es trug Belege und Indizien zusammen, die gegen die Thesen von Tobias und Mommsen sprachen. In mehreren Publikationen gelangten Walter Hofer und seine Co-Autoren zum Ergebnis: Die Nazis waren es.<sup>8</sup> Die Tagungen und Publikationen des "Luxemburg-Komitees", das in der Anfangsphase von prominenten Wissenschaftlern und Politikern unterstützt wurde, riefen wiederum heftige Gegenattacken der Vertreter der "Alleintäter-Theorie" hervor, die auch im Vorwurf bewusster Quellenmanipulationen und Fälschungen gipfelten.<sup>9</sup>

Die als Fälscher inkriminierten Historiker um Professor Hofer wehrten sich ebenso heftig. Sie räumten zwar einige kleinere Ungenauigkeiten in ihren bisherigen Publikationen ein, hielten jedoch an ihrer zentralen These fest und ziehen ihre Kontrahenten ihrerseits der bewussten Manipulation und Missachtung wichtiger Quellen.<sup>10</sup> Unterstützt wurden die "Luxemburger" unter anderem von Rechtsanwalt Robert M.W. Kempner, der bis Ende Februar 1933 als Jurist im preußischen Innenministerium gearbeitet hatte, unmittelbar nach der Brandnacht emigrierte und nach 1945 als hochrangiger Ermittler in der Anklagebehörde bei der Vorbereitung der Nürnberger Kriegsverbrecherprozesse tätig war.<sup>11</sup> Für Kempner, der in den 70er und 80er Jahren im Auftrag von Jan van der Lubbe, Bruder des hingerichteten Marinus van der Lubbe, mehrere Wiederaufnahmeverfahren vor Berliner Gerichten und dem Bundesgerichtshof initiierte, war sein damaliger Vorgesetzter, der kommissarische preußische Innenminister Hermann Göring (NSDAP), der

Organisator des Reichstagsbrandes. Göring soll dies — anders als im Nürnberger Hauptkriegsverbrecherprozess — auch gegenüber Zeitgenossen eingeräumt haben.<sup>12</sup>

Ungeachtet dessen fand die "Alleintäter-Theorie" im In- und Ausland immer mehr Anhänger. Prominente Historiker wie Hans Mommsen, Heinrich August Winkler, Hans-Ulrich Wehler, Klaus Hildebrand, Ian Kershaw und Richard J. Evans halten bis heute die These von der Alleintäterschaft van der Lubbes für die wahrscheinlichste. Auch der "Spiegel" tritt mit Vehemenz nach wie vor allen Versuchen entgegen, sich von der Alleintäter-These zu verabschieden.

Seit einigen Jahren befinden wir uns aufgrund neuer Erkenntnisse in einer neuen Runde der Debatte. Diese stützt sich vor allem auf die nunmehr der Forschung frei zugänglichen Ermittlungs- und Verfahrensakten des Untersuchungsrichters, des Oberreichsanwalts und des Reichsgerichts, die nach dem Zweiten Weltkrieg zu einem großen Teil von der sowjetischen Besatzungsmacht im Reichsgericht in Leipzig beschlagnahmt und nach Moskau verbracht worden waren, 1982 dem "Institut für Marxismus-Leninismus" beim ZK der SED überlassen wurden und seit 1992 im Bundesarchiv einsehbar sind.<sup>13</sup> Auf dieser neu zugänglichen Quellengrundlage haben Journalisten, Zeithistoriker und andere Wissenschaftler in den letzten Jahren Schritt für Schritt wichtige Elemente der Alleintäter-Theorie ins Wanken gebracht. Das räumen auch Historiker ein, die — wie der langjährige leitende Mitarbeiter des Instituts für Zeitgeschichte Hermann Graml — eine NS-Täterschaft für eher unwahrscheinlich halten.<sup>14</sup> Tatsächlich sprechen heute die bei weitem überwiegenden Argumente gegen die Alleintäter-These. Ob andererseits die bisher von der Forschung zusammengetragenen Anhaltspunkte und Hinweise geeignet und hinreichend wären, in "gerichtsfester" Weise neben oder an Stelle von Marinus van der Lubbe die wirklichen Brandstifter der Tat zu überführen und den Nachweis zu erbringen, diese seien im Lager der NS-Regierung und ihrer Verbündeten und Hilfstruppen zu finden, muss freilich trotz aller berechtigter Kritik an der Beweisführung der Vertreter der Alleintäter-These bezweifelt werden. Die Ursachen dafür liegen zum einen in den unzureichenden tatezeitnahen Ermittlungen der NS-kommandierten Polizei, des "handverlesenen" (dann auch im Mai 1933 in die NSDAP eingetretenen) Untersuchungsrichters, des weisungsgebundenen Oberreichsanwalts und des IV. Strafsenats des Reichsgerichts. Nach 1945 wurden trotz zahlreicher noch vorhandener Zeitzeugen und damit weitaus besserer Beweislage die Möglichkeiten der Sachaufklärung, die ein professionell durchgeführtes Aufhebungsverfahren geboten hätte, nicht hinreichend genutzt. Alle Versuche zur Durchführung eines Wiederaufnahmeverfahrens scheiterten letztlich am Widerstand der deutschen Nachkriegsjustiz.

### **Die angebliche Legalität der Machtübernahme**

Auf diese Frage soll hier jedoch nicht weiter eingegangen werden, da dies an anderer Stelle bereits ausführlich geschehen ist.<sup>15</sup> Vielmehr möchte ich mich mit einem quasi hilfswise vorgebrachten Argument auseinandersetzen. Vielfach wird eingewandt, es sei letztlich bedeutungslos und mache überhaupt keinen Sinn zu klären, wer für den Brand verantwortlich sei.

Das Gegenteil ist jedoch der Fall. Tatsächlich rührt die Frage der Reichstagsbrand-Täterschaft an eine der zentralen Fragen der NS-Herrschaft, nämlich nach der Legalität der Machtübernahme. Bis heute ist die Auffassung weit verbreitet, die Nazis seien "legal" an die Macht gekommen. So schrieb

bereits 1933 der auch nach 1945 sehr bekannte, an der Uni Münster lehrende Staats- und Verwaltungsrechtler Hans Julius Wolff, man könne "eine fehlerfreie Chronik des deutschen Staatsrechts seit der Jahreswende 1932/33 schreiben, ohne ahnen zu lassen, dass es die Epoche einer Revolution ist, die dargestellt wird." Ebenso hob etwa der Staatsrechtler Ernst-Rudolf Huber hervor, dass die "äußere Ordnung gewahrt worden" sei. Carl Schmitt bezeichnete die Wahrung der verfassungsrechtlich vorgeschriebenen Formen der NS-Machteroberung als "Brücke vom alten zum neuen Staat".<sup>16</sup> Auch für den Staatsrechtler Heinrich Triepel stand die Legalität der NS-Revolution außer jedem Zweifel.<sup>17</sup> Mit der Charakterisierung der NS-Machteroberung als "legale Revolution" legte die deutsche Staatsrechtswissenschaft den Grundstein für die bis heute sehr verbreitete Legende von der Legalität der Etablierung des NS-Herrschaftssystems. Repräsentativ für viele heutige Beurteilungen sind Friedrich-Karl Fromme und Robert Spaemann, die in Übereinstimmung mit vielen anderen auf die historischen Erfahrungen mit der "legalen Machtergreifung" rekurriert und auf die daraus bei der Schaffung des Grundgesetzes gezogenen Konsequenzen immer wieder hingewiesen haben. "Aufgrund der Erfahrung mit der legalen Machtergreifung der Nationalsozialisten hat die Verfassung der Bundesrepublik Deutschland das Demokratieprinzip durch Grundrechte eingeschränkt, die der Mehrheitsentscheidung entzogen sind", so Spaemann noch im Jahre 2001.<sup>18</sup>

Für alle diejenigen, die von der Legalität der NS-Machteroberung (jedenfalls von der am 30. Januar 1933 erfolgten Ernennung Hitlers zum Reichskanzler bis zur Verabschiedung des Ermächtigungsgesetzes am 23. März 1933) ausgehen, muss die Frage nach den Hintergründen des Reichstagsbrandes naheliegender Weise von zentraler Bedeutung sein. Wäre nämlich die NSgeführte Regierung für den Brand durch aktives Tun oder zurechenbares Unterlassen selbst verantwortlich, könnte jedenfalls angesichts dieses damit ihr zurechenbaren Verbrechens der Brandstiftung und der darauf gestützten Notverordnung vom 28. Februar 1933 von einer "Legalität" der NS-Machteroberung schon deshalb nicht die Rede sein. Schließlich wurden mit dieser Notverordnung alle wichtigen Grundrechte bis auf weiteres aufgehoben und alle Polizeien der Länder unter die Befehlsgewalt des Reichsinnenministers Frick (NSDAP) gebracht.

Aber auch dann, wenn man angesichts der nicht überschaubaren Vielzahl von Verfassungs- und Gesetzesverletzungen durch die am 30. Januar 1933 in ihre Ämter gelangte NS-geführte Regierung zutreffend davon ausgeht, dass es sich bei der angeblichen Legalität der NS-Machteroberung um eine offenkundige Legende handelt, die der Wirklichkeit in keiner Weise gerecht wird, ist die Klärung der Täterfrage von erheblicher Bedeutung. Schließlich handelt es sich bei den zugrunde liegenden historischen Ereignissen um keine Petitessen oder Quisquilien, sondern um ein höchst folgenreiches Verbrechen. Auf der historischen Landkarte sollte es gerade hier keine "weißen Flecken" geben.

### **Der zu Unrecht verdächtige Gesetzespositivismus**

Die Kontroversen um die Klärung der genauen Hintergründe des Reichstagsbrandes als staatlich inszeniertes oder aber als staatlich bekämpftes Verbrechen bieten zudem Gelegenheit zur Beschäftigung mit der Entstehung, Rezeption und Wirkungsmächtigkeit der These von der "Hilf- und Wehrlosigkeit" der meisten damaligen Juristen/Richter gegenüber den Nazi-Aktionen bei der Etablierung des NS-Regimes. Der bekannte Rechtswissenschaftler und ehemalige Reichsjustizminister Gustav Radbruch (SPD) hatte 1946 formuliert und damit viel Zustimmung und Gefolgschaft aus

den unterschiedlichsten wissenschaftlichen und politischen "Lagern" gefunden: "Mittels zweier Grundsätze wusste der Nationalsozialismus seine Gefolgschaft, einerseits die Soldaten, andererseits die Juristen, an sich zu fesseln: 'Befehl ist Befehl' und 'Gesetz ist Gesetz'. [...] Der Grundsatz 'Gesetz ist Gesetz' kannte [...] keine Einschränkung. Er war Ausdruck des positivistischen Rechtsdenkens, das durch viele Jahrzehnte fast unwidersprochen die deutschen Juristen beherrschte. [...] Der Positivismus hat in der Tat mit seiner Überzeugung 'Gesetz ist Gesetz' den deutschen Juristenstand wehrlos gemacht gegen Gesetze willkürlichen und verbrecherischen Inhalts."<sup>19</sup>

Jeder dieser Sätze Radbruchs ist inhaltlich falsch. Nicht der Gesetzespositivismus war die vorherrschende Rechtsauffassung des "deutschen Juristenstandes" in der Weimarer Republik und in der NS-Zeit. Seit der Gründung der Weimarer Republik, deren Verfassung erstmals die uneingeschränkte Gesetzgebungskompetenz des Parlaments und die (rechtlich) volle politische Partizipation aller Bürgerinnen und Bürger, insbesondere auch der Arbeiterschaft, gewährleistete, übte die Mehrzahl der Mitglieder des "deutschen Juristenstandes", vor allem im Justizbereich, herbe Kritik an den demokratisch zustande gekommenen Gesetzen und legte diese — zumeist unter schroffer Ablehnung einer strikten Orientierung am Gesetzeswortlaut und der (am historischen Willen und den Zwecksetzungen der Legislativorgane orientierten) historisch-subjektiven Auslegungsmethode — durch Rückgriff auf vermeintlich höherrangige "Werte" ("materiale Rechtsstaatlichkeit") und "Interessen" oder auch mit "freirechtlichen" Argumentationstopoi vielfach "praeter" oder "contra legem" aus.<sup>20</sup> Von einer gefestigten demokratisch—"positivistischen" Grundausrichtung konnte weder in der Rechtswissenschaft noch in der Rechtsprechung die Rede sein.<sup>21</sup> Vorherrschend war vielmehr eine letztlich republikfeindliche Grundhaltung gegenüber dem demokratisch gewählten Gesetzgeber.<sup>22</sup> Auch nach dem 30. Januar 1933 war es bezeichnenderweise gerade der "Positivismus", der von der NS-Rechtsideologie und den ihr zuarbeitenden Rechtswissenschaftlern sowie auch in der Rechtsprechung zum bevorzugten Angriffsobjekt wurde. Die Machthaber und ihre ideologischen Helfershelfer betrachteten und verunglimpften ihn als justizielles Hindernis für die Durchsetzung neuer und situativ wechselnder politischer Ziele des NSRegimes. Er war für diese eine hinderliche Methode oder feindliche Strategie, die darauf gerichtet war, staatliche Machtausübung durch eine wortlautororientierte "formalistische" Bindung an vom Gesetzgeber des "Parteienstaats" im Rahmen der Verfassung positivierten abstrakt-generelle Rechtsnormen zu domestizieren.<sup>23</sup>

Hätte der "deutsche Juristenstand" 1933 die Weimarer Verfassung und das geltende Recht wirklich ernst genommen und demokratisch—"positivistisch" ausgelegt und angewendet, hätte er genügend Gelegenheit gehabt, eine Vielzahl von Gesetzes- und Verfassungsbrüchen<sup>24</sup> der NS-Machthaber zu diagnostizieren und zu beanstanden. Dies betraf nicht nur die widerspruchslose Hinnahme der höchst umstrittenen, von den Nazis als Voraussetzung ihrer Regierungsbeteiligung jedoch durchgesetzten und mit der geltenden Verfassung nicht zu vereinbarenden Notverordnung des Reichspräsidenten vom 1. Februar 1933 über die Auflösung des erst am 6. November 1932 gewählten Reichstages. Die Auflösung war gestützt auf den entscheidenden Art. 48 Abs. 2 WRV: "Der Reichspräsident kann, wenn im Deutschen Reich die öffentliche Sicherheit oder Ordnung erheblich gestört oder gefährdet ist, die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen treffen, erforderlichenfalls mit Hilfe der bewaffneten Macht einschreiten." Dem Parlament als zentralem demokratischen Organ wurde dadurch jede Möglichkeit genommen, seine verfassungsrechtlichen Aufgaben

wahrzunehmen. Alleiniger Zweck war, Hitler und seiner NSDAP sowie den deutschnationalen Verbündeten auf diese Weise zu einem vom Reichstag "unstürzbaren Kabinett" zu verhelfen, also gezielt die in der Verfassung vorgesehene parlamentarische Kontrolle bis zur Neuwahl auszuschalten. Dem — aufgelösten — Reichstag war damit zugleich die ihm durch die Verfassung gewährleistete Kompetenz genommen, nach Art. 48 Abs. 3 WRV durch einen Mehrheitsbeschluss die Aufhebung jeder vom Reichspräsidenten erlassenen Notverordnung durchzusetzen.

### **Notverordnungen statt Gesetze**

Gravierende verfassungsrechtliche Bedenken bestanden angesichts des Fehlens der in Art. 48 WRV normierten Voraussetzungen auch gegenüber der weiteren von der Hitler-Regierung durchgesetzten Notverordnung zum "Schutze des Deutschen Volkes" vom 4. Februar 1933 (sogenannte Schubladen-VO), mit der nahezu unbegrenzte exekutive Ermächtigungen zum Verbot politischer Versammlungen und Demonstrationen (§§ 1 und 2) sowie zur Einschränkung der Pressefreiheit (§§ 7 ff.) geschaffen wurden. Von diesen machten die neuen Machthaber in den nächsten Wochen umfänglich Gebrauch. Noch wichtiger waren die in der "Schubladen-VO" normierten Strafvorschriften (§§ 15–24), die alle diejenigen kriminalisierten, die derartige Versammlungen organisierten oder sie begünstigten, etwa durch die Vermietung von Räumen oder die Herstellung oder den Vertrieb verbotener Druckschriften. Dadurch wurde die Wahlwerbung von KPD und SPD in starkem Maße behindert. Von zentraler Bedeutung war zudem Paragraph 22. Danach konnte jeder, der im dringenden Verdacht stand, Hoch- oder Landesverrat begangen zu haben, statt in gerichtliche Untersuchungshaft (mit der Möglichkeit einer richterlichen Haftprüfung) nunmehr in polizeiliche Haft genommen werden. Eine richterliche Nachprüfung war dabei zwar in Paragraph 22 Abs. 3 vorgesehen, wenn der Verhaftete die Tat bestritt.

Aber wem gegenüber sollte ein Verhafteter seine Tathandlung bestreiten, wenn er keinem Haftrichter vorgeführt wurde? Nachdem der kommissarische preußische Innenminister Göring am 22. Februar 1933 zudem die preußische Polizei um rund 40 000 SA- und SS-Angehörige und um etwa 10 000 Mitglieder des rechtskonservativen Verbandes "Stahlhelm" vergrößert hatte, indem er diese zu Hilfspolizisten ernannte, wurde Paragraph 22 "Schubladen-VO" zur wichtigsten Rechtfertigungsgrundlage für die Verhängung polizeilicher "Schutzhaft".

Eine weitere gravierende Verfassungsverletzung stellte auch die sogenannte Zweite Preußenschlag-Notverordnung vom 6. Februar 1933 dar, mit der sich die NS-Regierung unter klarer Verletzung der verbindlichen Vorgaben im Urteil des Staatsgerichtshofs vom 25. Oktober 1932 in verfassungswidriger Weise die Stimmführerschaft und das Vertretungsrecht Preußens im Reichsrat, also der Länderkammer, verschaffte. Der daraufhin von der abgesetzten preußischen Staatsregierung angerufene Staatsgerichtshof unter dem Vorsitz des Reichsgerichtspräsidenten Erwin Bumke weigerte sich jedoch, tätig zu werden und unverzüglich eine Entscheidung zu treffen, mit der die evident verfassungswidrige Notverordnung hätte aufgehoben werden können.

Am Tage nach dem Reichstagsbrand wurde auf Betreiben der Hitler-Regierung vom Reichspräsidenten dann die Notverordnung gegen "Verrat am Deutschen Volk und hochverräterische Umtriebe" (VO gegen Verrat) vom 28. Februar 1933 erlassen, bei der ebenfalls die Voraussetzungen des Art. 48 WRV nicht vorlagen.<sup>25</sup> Paragraph 6 dieser VO stellte das

Herstellen, Vorrätighalten und Verbreiten von Druckschriften unter Strafe, deren Inhalt außer durch "Aufforderung oder Anreizung zum gewaltsamen Kampf gegen die Staatsgewalt oder zu dessen Vorbereitung" auch "durch Aufforderung oder Anreizung zu einem hochverräterischen Bestrebungen dienenden Streik in einem lebenswichtigen Betrieb, Generalstreik oder anderen Massenstreik den Tatbestand des Hochverrats begründet". Diese Regelung bewirkte, dass damit jede Streikaufrufung gegen die Hitler-Regierung kriminalisiert wurde. Zwar betraf die Verordnung vordergründig nur die Herstellung, das Vorrätighalten und das Verbreiten von Druckschriften. Wer aber einen Streik organisieren wollte, musste notwendigerweise Plakate kleben und andere Druckschriften verteilen. Er wurde mit der neuen Regelung zum Hochverräter gemacht.

Die ebenfalls unmittelbar nach dem Reichstagsbrand erlassene Notverordnung "zum Schutz von Volk und Staat" vom 28. Februar 1933 (Reichstagsbrand-VO) war der zweiten Verordnung des Preußenschlages vom 20. Juli 1932, einer von der Regierung von Papen beim Reichspräsidenten durchgesetzten Notverordnung des Ausnahmezustandes, nachgebildet.<sup>26</sup> Anders als beim Preußenschlag des damaligen Reichskanzlers von Papen war diesmal ein "ziviler Ausnahmezustand" vorgesehen: Die Kompetenzen der Landesregierung wurden nicht auf das Militär, sondern auf die Reichsregierung übergeleitet (aus taktischen Gründen zudem in der Form einer "Kann-Bestimmung"). Eines der Hauptziele bestand darin, alle Polizeien der Länder unter die Befehlsgewalt des Reichsinnenministers Frick (NSDAP) zu bringen. Das wurde in ihrem Paragraph 2 verwirklicht, der vorsah, dass die Reichsregierung die "Befugnisse der obersten Landesbehörde vorübergehend wahrnehmen" kann, wenn "in einem Land die zur Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nötigen Maßnahmen nicht getroffen werden." Für alle Behörden der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände begründete Paragraph 3 die Verpflichtung, den aufgrund von Paragraph 2 Reichstagsbrand-VO erlassenen "Anordnungen der Reichsregierung im Rahmen ihrer Zuständigkeit Folge zu leisten." Daneben setzte Paragraph 1 Reichstagsbrand-VO die wichtigsten Grundrechte "bis auf weiteres außer Kraft". Paragraph 4 stellte Zuwiderhandlungen gegen Bestimmungen der Reichstagsbrand-VO unter Strafe; Gleiches galt für Aufforderungen oder das Anreizen zu solchen Zuwiderhandlungen. Paragraph 5 erhielt Strafverschärfungen gegenüber dem StGB und sah nunmehr die Verhängung der Todesstrafe unter anderem für Hochverrat und Brandstiftung vor — etwa für den angeblichen Reichstagsbrandstifter Marinus van der Lubbe.

Folgerichtig benennt die Bundesanwaltschaft sie als eine der beiden "spezifisch nationalsozialistischen Unrechtsvorschriften", die die Verstöße gegen "Grundvorstellungen von Gerechtigkeit" im Prozess gegen van der Lubbe ermöglichten. Die zweite von der Bundesanwaltschaft angeführte Unrechtsvorschrift ist das Gesetz über die Verhängung und den Vollzug der Todesstrafe vom 29. März 1933. Sie bestimmte, dass die Verschärfung der Strafe durch die Reichstagsbrand-VO auch rückwirkend auf Taten anzuwenden sei, die vor dem 28. Februar 1933 begangen worden waren. "Erst durch Anwendung dieser beiden Vorschriften", so die Aufhebungsbegründung der Bundesanwaltschaft, "gelangte das Reichsgericht dazu, gegen den Angeklagten die Todesstrafe zu verhängen".<sup>27</sup>

Die Reichstagsbrand-VO sah des weiteren vor, dass jegliche missfällige Äußerung gegen das Hitler-Regime durch die Verbindung mit Paragraph 6 der VO gegen Verrat als hochverräterische Handlung verfolgt und betraft werden konnte. Begründet wurde die Verordnung mit der durch den Reichstagsbrand

"erwiesenen" Gefahr eines "kommunistischen Umsturzversuches". Damit war schon immanent betrachtet die Frage der Hintergründe des Reichstagsbrandes und der Täterschaft von zentraler Bedeutung für die Verfassungsmäßigkeit dieser Notverordnung. Der dann am 3. März 1933 ergangene Ausführungserlass des preußischen Innenministers Göring sah darüber hinaus vor, dass Paragraph 1 Reichstagsbrand-VO "auch alle sonstigen für das Tätigwerden der Polizei [...] gezogenen reichs- und landesrechtlichen Schranken, soweit es zur Erreichung des mit der VO erstrebten Zieles zweckmäßig und erforderlich" ist, beseitigt und dass sich die auf die VO gestützten Polizeimaßnahmen zwar "in erster Linie gegen die Kommunisten, dann aber auch gegen diejenigen zu richten haben, die mit den Kommunisten zusammenarbeiten und deren verbrecherische Ziele, wenn auch nur mittelbar, unterstützen oder fördern." Diese evident verfassungswidrigen Regelungen, die eine schrankenlose Polizeigewalt begründeten, nahm dann die NS-geführte Staatsgewalt flächendeckend in Anspruch.

### "Höhepunkt" Ermächtigungsgesetz

Staatliche Verfolgungen gegen Gegner des Regimes wurden von der NSgeführten Regierung bereits vor dem Reichstagsbrand unter Berufung auf die erlassenen Notverordnungen in weitem Maße vorgenommen. Seit dem 27. Februar 1933 wurden sie jedoch drastisch verschärft, um jede Opposition zu zerschlagen und die Diktatur unumkehrbar zu etablieren.<sup>28</sup>

Dezidiert verfassungswidrig war schließlich auch das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933.<sup>29</sup> Auch wenn bei der Abstimmung im Sinne des Art. 76 Satz 2 WRV "zwei Drittel der gesetzlichen Mitgliederzahl" des Reichstages, nämlich 535 von insgesamt 647 Abgeordneten, anwesend waren und davon 441, also mehr als "zwei Drittel der Anwesenden" mit "Ja" und (lediglich) 94 mit "Nein" stimmten, änderte dies nichts an der nicht ordnungsgemäßen Einberufung, Beratung und Beschlussfassung des Reichstages. Denn der Reichstag war zu dieser bedeutsamen Sitzung nicht ordnungsgemäß zusammengetreten und hatte nicht in der von der Verfassung vorgesehenen Weise frei, unbehindert und unbedroht beraten und abstimmen können. Alle 81 gewählten Abgeordneten der KPD waren durch den Reichstagspräsidenten Hermann Göring (NSDAP), der zugleich kommissarischer preußischer Innenminister war, nicht zur Sitzung geladen worden. Die 81 KPD-Abgeordneten sowie auch 25 sozialdemokratische Abgeordnete wurden mit Billigung des Reichstagspräsidenten Göring an der Sitzungsteilnahme gehindert. Das Nicht-Erscheinen dieser Abgeordneten wurde verbrecherisch beschönigend im Sinne der dazu speziell geänderten Geschäftsordnung als "unentschuldigtes Fehlen" gewertet. Später wurden die 81 KPD-Mandate durch das von der Regierung beschlossene "Vorläufige Gesetz zur Gleichschaltung der Länder mit dem Reich" vom 31. März 1933 sogar für ungültig erklärt und aufgehoben. Die erschienenen Parlamentarier wurden zudem am 23. März 1933 bei ihrem Einzug in den Reichstag und auch während der Beratungen im Plenum von SASchlägertrupps körperlich bedroht, so dass die durch Art. 21 WRV normierte Gewährleistung des "freien" Abgeordnetenmandats ("nur ihrem Gewissen unterworfen") in besonders grober Weise missachtet wurde. Damit fehlte es bei der Beschlussfassung im Reichstag in mehrfacher Hinsicht an zentralen verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für das wirksame Zustandekommen eines verfassungsmäßigen Gesetzes. Auch die erforderliche Zustimmung des Reichsrates zum Ermächtigungsgesetz erfolgte nicht in der von der Verfassung vorgeschriebenen Weise. Denn dieses Gesetzgebungsorgan war aufgrund der durch die Zweite Preußenschlag-Verordnung vom 6. Februar 1933 bewirkten

und evident gegen das Urteil des Staatsgerichtshofes vom 25. Oktober 1932 verstoßenden Übernahme des Stimmrechts der preußischen Staatsregierung im Reichsrat durch die Reichsregierung fehlerhaft besetzt.

Die Angehörigen des "deutschen Juristenstandes" sowohl in den Universitäten als auch in den Gerichten wären eigentlich dazu berufen gewesen, diese Maßnahmen näher unter die juristische Lupe zu nehmen. Stattdessen schaute man weg und strickte mit an der Legende von der "legalen Machtergreifung".<sup>30</sup> Wer heute diese Zusammenhänge nicht in den Blick nimmt, steht in der Gefahr, diese Legende weiter fortzuschreiben.

Der Reichstagsbrand und die Art, wie die Nazis ihn politisch "gestaltet" und funktionalisiert haben, um den dauernden Ausnahmezustand zu legitimieren, widerspricht nicht nur der These von der "legalen Machtergreifung".

Vielmehr wird dadurch auch die rationalisierende Behauptung mehr als fragwürdig, man habe die Absichten der Nazis und ihre Art der systematischen Repression und Feinderklärung zu Beginn noch nicht erkennen können. Gewiss: Die nationalsozialistische Herrschaft hat sich vor allem während des Krieges und bei der Durchsetzung der "Endlösung" dynamisch brutalisiert. Ihre menschenverachtende Brutalität und ihr Terrorcharakter waren jedoch im Februar/März 1933 durchaus schon erkennbar — für alle, die Augen hatten zu sehen, Ohren zu hören und ein Gewissen, das sich nicht im nationalsozialistischen Ausnahmezustand befand. Darum ist der Reichstagsbrand noch heute ein "historischer Lernort".

---

<sup>1</sup> Vgl. Presseerklärung 2/2008 vom 10.1.2008, [www.generalbundesanwalt.de](http://www.generalbundesanwalt.de). Nach dem Krieg war das ursprüngliche Todesurteil gegen den Niederländer zunächst im April 1967 vom Berliner Landgericht teilweise abgeändert und zu acht Jahren Zuchthaus umgewandelt worden. Dagegen hatten sowohl die Generalstaatsanwaltschaft als auch der Bruder Jan van der Lubbe Beschwerden eingelegt, die aber verworfen wurden. Ein weiterer Wiederaufnahmeantrag des Bruders hatte zwar zunächst Erfolg, und van der Lubbe wurde 1980 freigesprochen; doch entschied der Bundesgerichtshof drei Jahre später, dass die Wiederaufnahme des Verfahrens von 1967 unzulässig gewesen sei und der damalige Beschluss damit Bestand habe. Die neue Entscheidung der Bundesanwaltschaft beruht auf dem Gesetz zur Aufhebung nationalsozialistischer Unrechtsurteile aus dem Jahr 1998, das der Bundesanwaltschaft ausdrücklich die Möglichkeit eines entsprechenden Vorgehens einräumt.

<sup>2</sup> Die Freisprüche der Mitangeklagten sind von der Aufhebung nicht betroffen.

<sup>3</sup> Vgl. den vollständigen Text des Urteils in: Dieter Deiseroth (Hg.), *Der Reichstagsbrand und der Prozess vor dem Reichsgericht*, Berlin 2006, S. 227 ff., S. 263 (S. 37 des Urteils).

<sup>4</sup> Ebd., S. 299 (S. 73 des Urteils): "Jedem Deutschen ist klar, dass die Männer, denen das deutsche Volk seine Errettung vor dem bolschewistischen Chaos verdankt und die es einer inneren Erneuerung und Gesundung entgegenführen, einer solchen verbrecherischen Gesinnung, wie sie die Tat verrät, niemals fähig wären."

<sup>5</sup> *Braunbuch über Reichstagsbrand und Hitlerterror*, Basel 1933; Braunbuch II, Dimitroff contra Göring, Paris 1934; vgl. dazu u.a. Sohl, in: "Jahrbuch für Geschichte", 21/1980, S. 289 ff.

<sup>6</sup> Vgl. "Der Spiegel", 43/1959 bis 1–2/1960; Fritz Tobias, *Der Reichstagsbrand*, Rastatt 1962; Hans Mommsen, *Der Reichstagsbrand und seine politischen Folgen*, in: "Vierteljahresshefte für Zeitgeschichte" (VfZ), 12/1964, S. 351–413.

<sup>7</sup> Vgl. auch Heinz Höhne, "Gebt mir vier Jahre Zeit". *Hitler und die Anfänge des Dritten Reiches*, Berlin 21999, S. 82.

<sup>8</sup> Walter Hofer u.a. (Hg.), *Der Reichstagsbrand*, Bd. 1, Berlin 1972, und Bd. 2, Berlin 1978.

<sup>9</sup> Vgl. dazu vor allem die Beiträge von Jesse, Backes, Tobias, Köhler und Janßen, in: Uwe Backes, Karl–Heinz Janßen, Eckhard Jesse u.a., *Reichstagsbrand — Aufklärung einer historischen Legende*, München 1986, S. 58 ff., 88 ff., 115 ff., 167 ff. und 216 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Walter Hofer u.a. (Hg.), *Der Reichstagsbrand*, Freiburg 31992.

<sup>11</sup>

- Robert W. Kempner, *Ankläger einer Epoche*, Frankfurt a. M., Berlin und Wien 1983, S. 103 ff.
- 12 Vgl. Robert W. Kempner, in: Klaus Wasserburg und Wilhelm Waddenhorst (Hg.), *Festgabe für Karl Peters*, Heidelberg 1984, S. 365 ff.
- 13 Bundesarchiv in Berlin–Lichterfelde (R 3003, Fond 551). Ein wesentlicher Teil dieser jüngsten Debatte wird dokumentiert in: *Reichstagsbrandforum der Landesbibliothek Berlin*, [www.zlb.de](http://www.zlb.de).
- 14 Vgl. Hermann Graml, in: Deiseroth, a.a.O., S. 27.
- 15 Vgl. Deiseroth (Hg.), a.a.O., S. 13 ff. und 43 ff. mit weiteren Beiträgen von Hermann Graml, Ingo Müller, Hersch Fischler, Alexander Bahar und Reinhard Stachwitz.
- 16 Hans Julius Wolff, *Die neue Regierungsform des Deutschen Reiches*, Tübingen 1933, S. 5; Ernst–Rudolf Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, Hamburg 1939, S. 49; Carl Schmitt, *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg 1933, S. 7.
- 17 Heinrich Triepel, *Die nationale Revolution und die deutsche Verfassung*, in: "Deutsche Allgemeine Zeitung", 2.4.1933, S. 1, zit. nach Jürgen Meinck, *Demokratie und Recht* (DuR) 1979, 153 ff. m.w.N.
- 18 Friedrich–Karl Fromme, *Von der Weimarer Verfassung zum Bonner Grundgesetz – Die verfassungspolitischen Folgerungen des Parlamentarischen Rates aus Weimarer Republik und nationalsozialistischer Diktatur*, Berlin 31999, S. 193: "So glaubte der Parlamentarische Rat, [...] wenigstens verhindern zu können, dass ein Umsturz auf 'legalem' Wege vorgenommen werden kann, wie es den Nationalsozialisten gelungen war"; Robert Spaemann, *Europa – Rechtsordnung oder Wertegemeinschaft?* In: "Transit – Europäische Revue", 21/2001, S. 172–185.
- 19 Gustav Radbruch, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in: "Süddeutsche Juristen–Zeitung", 5/1946, S. 105 ff.; ähnlich (der erste Präsident des BGH) Hermann Weinkauff, *Die deutsche Justiz und der Nationalsozialismus*, Bd. I, Stuttgart 1968, S. 30 f.
- 20 Vgl. u.a. Friedrich Kübler, *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), 162 (1963), S. 104 ff.; Knut Wolfgang Nörr, *Der Richter zwischen Gesetz und Wirklichkeit*, Heidelberg 1996, S. 13 ff.
- 21 Vgl. u.a. Everhard Franssen, *Positivismus als juristische Strategie*, in: "Juristen–Zeitung", 1969, S. 766 ff.; Ingeborg Maus, *Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats*, in: Mehdi Tohidipur (Hg.), *Der bürgerliche Rechtsstaat*, Frankfurt a. M. 1978, S. 13 (S. 40 ff.); Helmut Ridder und Richard Bäuml, in: *AK Grundgesetz, Bd. 1, Neuwied und Darmstadt 1984*, Art. 20 Abs. 1–3 – Rechtsstaat, Rn. S. 21 ff. m.w.N.; Michael Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Bd. 3, München 2002, S. 171 ff.
- 22 Vgl. u.a. Kurt Sontheimer, *Antidemokratisches Denken in der Weimarer Republik*, München 1962; Helmut D. Fangmann, *Justiz gegen Demokratie*, Frankfurt a. M. 1979; Alexander von Brünneck, *Die Justiz im deutschen Faschismus*, in: Redaktion Kritische Justiz (Hg.), *Der Unrechtsstaat*, Bd. 1, Baden–Baden 21983, S. 108 ff.; Manfred Walther, in: Ralf Dreier und Wolfgang Sellert (Hg.), *Recht und Justiz im "Dritten Reich"*, Frankfurt a.M. 1989, S. 299 ff.; Ingeborg Maus, a.a.O., S. 80 ff.
- 23 Vgl. u.a. Helmut Ridder, *Zur Verfassungsdoktrin des NS–Staates*, in: "Kritische Justiz", 1969, S. 221 ff.; Franssen, a.a.O., S. 767 f.; Bernd Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, Frankfurt a.M. 1973, S. 91 ff.
- 24 Vgl. dazu schon Ernst Fraenkel, *Der Doppelstaat*, Frankfurt a. M. u.a. 1974 (Erstausgabe in engl. Sprache 1941), S. 26 ff.; Franz Neumann, Behemoth. *Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933–1944*, Frankfurt a.M. 1984 (Erstausgabe in engl. Sprache 1942); so zu Recht auch Hans Mommsen, in: "Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte", 1964, S. 361 ff. (hier S. 365 ff.); ders., Entstehung und Bedeutung des Ermächtigungsgesetzes vom 23. März 1933, Vortrag vom 24.3.2003, S. 8 ff.; Deiseroth in: ders., Friedhelm Hase und Karl–Heinz Ladeur (Hg.), *Ordnungsmacht*, Frankfurt a. M. 1981, S. 85 ff. (hier: S. 88 ff.) m.w.N.
- 25 Von ihren elf Paragraphen trat "lediglich" § 6 noch am 28.2.1933 in Kraft, die anderen am Tag vor der auf den 5. März 1933 festgesetzten Reichstagswahl.
- 26 Vgl. dazu u.a. Thomas Reithel und Irene Strenge, in: "Vierteljahrshefte für Zeitgeschichte", 48/2000, S. 413 ff.; Irene Strenge, *Machtübernahme 1933 – Alles auf legalem Weg?* Berlin 2002, S. 56 f., 159 ff.
- 27 Vgl. Presseerklärung 2/2008 vom 10.1.2008, a.a.O.
- 28 Genaue Zahlen liegen dazu bislang nicht vor; Schätzungen sprechen von 2000 bis 10 000 Verhafteten allein in der Nacht und den folgenden Tagen nach dem Reichstagsbrand.
- 29 Vgl. Deiseroth, *Der Reichstagsbrand*, a.a.O., S. 86 ff.

<sup>30</sup> "Spiritus rector" des Konzepts der "legalen Machtergreifung" war Reichsinnenminister Frick (NSDAP), vgl. Strenge, *Machtübernahme*, a.a.O., S. 19 ff.

---

Published 2008-03-04

Original in German

Contribution by *Blätter für deutsche und internationale Politik*

First published in *Blätter für deutsche und internationale Politik* 2/2008

© Dieter Deiseroth/*Blätter für deutsche und internationale Politik*

© Eurozine