

## » Bedeutende Arbeitsrechtler: Otto Kahn-Freunds Radio-Urteil und Fraenkels Doppelstaat

Clemens Sudhof, Frankfurt/O

Am 14.3.1933 erging am Berliner Arbeitsgericht eine aufsehenerregende Entscheidung, die als sog. »Radio-Urteil« in die (Rechts-)Geschichte eingehen sollte. *Ulrich Mückenberger* bezeichnete sie nicht zu Unrecht als eine letzte Bekundung richterlicher Unabhängigkeit.<sup>1</sup> Es besteht also ausreichend Anlass, an dieses Urteil und seinen Urheber zu erinnern. Als Vorsitzender der erkennenden Kammer machte sich *Otto Kahn-Freund* (u.a.) mit diesem Richterspruch bei den Nationalsozialisten derartig unbeliebt, dass man das Inkrafttreten des »Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums«<sup>2</sup> am 7.4.1933 nicht abwarten konnte, um ihn aus dem Justizdienst zu entfernen. Bereits am 23.3.1933 wurde *Kahn-Freund* mit sofortiger Wirkung beurlaubt. Er sah es als Auszeichnung an, ausdrücklich wegen politischer Unzuverlässigkeit und nicht wegen seiner Abstammung herausgeworfen worden zu sein.<sup>3</sup> Wenig später, im Juni 1933, musste er in größter Gefahr gemeinsam mit seiner Frau *Elisabeth Deutschland* in Richtung England verlassen, wo er bereits zuvor Forschungsaufenthalte absolviert hatte.<sup>4</sup> Doch was genau ereignete sich vor seiner Emigration im März des Jahres 1933 am Berliner Arbeitsgericht?

*Hitler* ist seit dem 30. Januar Reichskanzler, und die Nationalsozialisten haben ihre Macht position durch rücksichtloses Vorgehen gegen politische Gegner festigen können. Angehörige von gesellschaftlichen und religiösen Minderheiten werden durch Hetze, Boykottaktionen und Verhaftungen drangsaliert, nicht wenige ermordet. In diesen Strudel aus Gewalt und Verfolgung gerät auch das Berliner Arbeitsgericht und mit ihm *Otto Kahn-Freund*. Die Nationalsozialisten hatten das Gericht eingekreist. Gegenüber dem Gerichtsgebäude befand sich das Lokal eines SA-Sturms, so dass dessen Schlägertrupps stets auf der Straße präsent waren. Auch im Gericht hatten sich NS-Anhänger und Parteigruppen breit gemacht. Dass dort Richter jüdischen Glaubens tätig waren, störte sie erheblich: Die »NS-Arbeitsgemeinschaft«, die »NS-Betriebszelle« und der Beamtenausschuss des ArbG Berlin äußerten in einer Stellungnahme an den Präsidenten des Gerichts ihr Missfallen über die dortige Tätigkeit jüdischer Richter: Sie gingen davon aus, dass »es nicht angängig ist, dass in einem nationalen Deutschland fremdblütige Menschen zu Gericht sitzen, besonders nicht am Arbeitsgericht, da über das Schicksal der Ärmsten, die ihre Stellung eingebüßt haben, entschieden wird«.<sup>5</sup>

In dieser aufgeheizten Stimmung hatte *Otto Kahn-Freund* über einen Kündigungsrechtstreit zu entscheiden, der als »Radio-Fall« in Erinnerung bleiben sollte. Die Reichs-Rundfunkgesellschaft (RRG), die mehrheitlich der Reichspost gehörte, hatte 3 technische Angestellte entlassen. Sie vermutete (ohne dafür aber eine Grundlage tatsächlicher Art vorzutragen), dass die Techniker der KPD angehörten oder zumindest nahestanden. Diese 3 Techniker böten, so die RRG, wegen der ihnen unterstellten politischen Gesinnung nicht mehr die erforderliche Gewähr für die Sicherheit des Rundfunkbetriebes, weswegen man ihnen »auf Veranlassung der Reichsregierung«<sup>6</sup> kündigte. Konkrete Sabotageakte oder deren Vorbereitung durch die Gekündigten wurden

von der RRG aber nicht einmal behauptet.<sup>7</sup> Allerdings war die Übertragung einer einstündigen Rede *Hitlers* für den Folgetag der Kündigungen angesetzt.<sup>8</sup> *Kahn-Freund* bezeichnete diese Rede viel später als eigentlichen Anlass der Kündigungen.<sup>9</sup> Reichsregierung und in Gefolgschaft die RRG wollten offenbar prophylaktisch alle den Nationalsozialisten politisch missliebige Personen – unter ihnen die Kl. – aus dem Rundfunk entfernen.

Eine Begebenheit aus Stuttgart, die *Joseph Goebbels* in seinem Tagebuch wiedergibt, illustriert die Sensibilität der Nationalsozialisten bezüglich des Rundfunks: »Hitler redet gut [...]. Letzter Teil der Rede nicht übertragen. Kabel zerstört. Gemeinheit! Aber wir werden ihnen [was bleibt unklar, Anm. des Verfassers]. [...] Ich kaufe mir gleich die Herren vom Südfunk. Heute mittag [sic] werden 2 von ihnen telegraphisch abgesetzt. Nun wird den anderen wohl die Lust zur Sabotage vergehen.«<sup>10</sup>

Zwar ist dieses Ereignis nicht Auslöser der Kündigungen, die bereits 7 Tage zuvor ausgesprochen wurden, es zeigt aber, dass die Auseinandersetzung zwischen den politischen Lagern auch in den Rundfunkgebäuden ausgetragen wurde. *Goebbels* war ohnehin bemüht, die RRG der Post zu entziehen und unter seine Kontrolle zu bringen, wie er wiederholt in seinem Tagebuch festhält.<sup>11</sup> Diese hochpolitischen Begleitumstände sind der Grund, warum am Berliner Arbeitsgericht kein Richter mit dem Fall betraut werden wollte und die »heiße Kartoffel« am Ende bei *Otto Kahn-Freund* landete.<sup>12</sup> Kurz vor dem Urteilsspruch verschärftete sich die politische Lage erheblich: In der Nacht v. 27.–28. Februar

<sup>1</sup> *Mückenberger, Ulrich*: »Eine letzte Bekundung richterlicher Unabhängigkeit ... Otto Kahn-Freunds Entscheidung im »Radiofall«, S. 249 ff., in: *Lundt, André* (Ed.): »60 Jahre Berliner Arbeitsgerichtsbarkeit 1927-1987«, Berlin-Verlag, Berlin 1987.

<sup>2</sup> RGBI I 1933, S.175 ff.

<sup>3</sup> *Kahn-Freund, Elisabeth*: »Am Vorabend der Emigration«, S. 143, in: *Lundt, André* (Fn. 1).

<sup>4</sup> *Ramm, Thilo*: »Otto Kahn-Freund und Deutschland«, S. XXIV, in: *Gamillscheg /de Givry/Hepple/Verdier* (Hrsg.): »In memoriam Sir Otto Kahn-Freund«, C.H. Beck-Verlag, München 1980.

<sup>5</sup> Dies schreibt der Präsident im März 1933 an den Richter *Lehmann*, der jüdischen Glaubens war, in Kopie abgedruckt bei: *Bergmann, Hans* (Hrsg.): »Jüdische Richter in der Berliner Arbeitsgerichtsbarkeit«, S. 160, Henrich & Henrich Verlag, Berlin 2013.

<sup>6</sup> So ausdrücklich die RRG im Kündigungsbeschreiben v. 9.2.1933, wiedergegeben im Tatbestand des Urteils des ArbG Berlin v. 14.3.1933, 3a AC 137/33, abgedruckt bei: *Mückenberger* (Fn. 1), S. 249 ff. (251).

<sup>7</sup> ArbG Berlin v. 14.3.1933, 3a AC 137/33 aaO.

<sup>8</sup> Dies ergibt sich aus dem Protokoll einer Ministerbesprechung v. 8.2.1933, abgedruckt in *Repken, Konrad* (Hrsg.): »Akten der Reichskanzlei – Die Regierung Hitler Teil 1: 1933/34« Bd. 1, S. 52, Harald Boldt Verlag, Boppard 1983.

<sup>9</sup> *Kahn-Freund, Otto*, KJ 1981, 183 ff. (199).

<sup>10</sup> *Goebbels, J.*, Tagebucheintrag v. 16.2.1933, zit. nach: *Fröhlich, Elke* (Hrsg.): »Die Tagebücher von Joseph Goebbels«, Teil 1 Bd. 2/III, Verlag KG Sauer, München 2006.

<sup>11</sup> *Goebbels, J.*, Tagebucheinträge v. 21. u. 22.3.1933, zit. nach: *Fröhlich* (Fn. 10).

<sup>12</sup> *Kahn-Freund, Otto*, KJ 1981, 183 ff. (199).

1933 brannte der Reichstag. Hitler ließ sich von Reichspräsident v. Hindenburg die Reichstagsbrandverordnung ausstellen, mit der u.a. die Grundrechte der Weimarer Reichsverfassung außer Kraft gesetzt wurden.<sup>13</sup> Die Nationalsozialisten nutzten diese *carte blanche*, die Ernst Fraenkel als »Verfassungsurkunde des Dritten Reichs« bezeichnet,<sup>14</sup> um ihren Terror gegen Regimegegner noch weiter zu intensivieren. Es wäre also auch verständlich, wenn Kahn-Freund (um im Bild zu bleiben:) die heiße Kartoffel wieder fallen lassen, um nicht zusätzlich aufzufallen.

Trotz dieses Hintergrunds entschied Otto Kahn-Freund in einem außergewöhnlich mutigen (man mag in Anbetracht der Umstände fast sagen: tollkühnen) Urteil zugunsten der Kl. Das Urteil fand damals in der Tagespresse Beachtung,<sup>15</sup> Otto Kahn-Freund konnte sich also (zusätzlicher) Aufmerksamkeit der Nationalsozialisten gewiss sein. Aufsehenerregend ist das Urteil aber nicht allein wegen seines Tenors, sondern auch wegen seiner Begründung. Anders als im heutigen Kündigungsschutzverfahren ging es damals alleine darum, ob den Kl. nach dem Betriebsrätengesetz (BRG) eine Entschädigung wegen ungerechtferriger Entlassung zustand. Nach dessen § 84 Nr. 1 war dies (vereinfacht gesprochen<sup>16</sup>) der Fall, wenn Grund der Kündigung die Zugehörigkeit zu einer politischen Partei war.

Bevor sich Kahn-Freund mit dieser Frage auseinandersetzen konnte, musste er eine gewaltige Klippe in Gestalt der Reichstagsbrandverordnung umschiffen. Denn diese ermächtigte die Reichsregierung zu exekutiven Einzelmaßnahmen auch außerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs, also potentiell zu Kündigungen im Bereich der Post. Die Reichstagsbrandverordnung kam daher als Rechtsgrundlage für die Kündigungen in Frage. Kahn-Freund argumentierte geschickt: Weil diese VO erst nach Ausspruch der Kündigungen in Kraft getreten sei, könne sie bei deren rechtlicher Beurteilung keine Rolle spielen. Er, der sich selbst als Positivist bezeichnete,<sup>17</sup> konnte daher anhand der Weimarer Reichsverfassung (WRV) und des BRG prüfen, ob den Gekündigten eine Entschädigung zustand.

Die RRG begründete ihre Kündigung nicht direkt mit der politischen Einstellung der Entlassenen, sondern mit dem Sachargument der Sabotagegefahr, die ihrer Meinung nach generell von kommunistischen Mitarbeitern ausgehe. Kahn-Freund erklärte den Schluss von einer politischen Einstellung auf eine kündigungsrelevante Sabotagegefahr für unzulässig: »wollte man das Gegenteil annehmen, müsste man jeden Einzelnen von den zahlreichen kommunistischen Wählern nur wegen seiner politischen Meinung verbrecherischer Anschläge für fähig halten [...].<sup>18</sup> Er geht noch einen Schritt weiter und wagt eine Spitze in Richtung der Reichsregierung. Die Kündigung wegen politischer Meinungen – eine solche läge der Sache nach vor – sei nur zulässig, wenn es sich bei der RRG um einen Tendenzbetrieb handle. Gäbe die Reichsregierung dem Rundfunk einen parteipolitischen Charakter, würde dieser zwar zum Tendenzbetrieb. Aber: Sie verstieße damit gegen die Reichsverfassung, weil der Rundfunk eine öffentliche und keine Parteieinrichtung sei. Folglich könnte die RRG auch nicht in Anspruch nehmen, ein Tendenzbetrieb zu sein, weswegen die Kündigungen unwirksam wären und die RRG antragsgemäß zu verurteilen sei. Kahn-Freund sprach den Kl. die Entschädigung zu. Er prangerte damit den sich im Land (und auch im Äther) ausbreitenden Allmachtsanspruch der Nationalsozialisten an.

Das Urteil wurde nicht vollstreckt, die Kl. wurden verhaftet und gezwungen, auf ihre Ansprüche daraus zu verzichten.<sup>19</sup> Zum Zeitpunkt des Urteils war die Metamorphose der RRG von einer öffentlichen Rundfunkanstalt zum Sprachrohr der Nationalsozialisten ebenso wenig aufhaltbar wie insg. die der Weimarer Republik zum Dritten Reich. Folglich sprach Kahn-Freund zwar aus, was die Reichsregierung nach Recht und Gesetz der Weimarer Republik durfte, musste aber gleichzeitig sehen, dass dies für die Akteure ohne Belang war. Eine theoretische Aufarbeitung dieses Auseinanderfallens von normgebundenem Dürfen und tatsächlichem Handeln findet sich im Werk eines zweiten bedeutenden Rechtswissenschaftlers: Ernst Fraenkel's »Doppelstaat«.

Mit dem couragierten Richterspruch des »Radio-Urteils« steht Fraenkel zwar biographisch nicht in Verbindung. Mit dem Urteil und seinen Begleitumständen lassen sich aber die von Ernst Fraenkel in seinem Werk »The Dual State – A Contribution to the Theory of Dictatorship«<sup>20</sup>, zu Deutsch: »Der Doppelstaat«,<sup>21</sup> aufgestellten Thesen eindrucksvoll illustrieren und belegen. Diese Verknüpfung von Kahn-Freunds Urteil mit dem Werk von Ernst Fraenkel ist nicht zufällig gewählt: Beide teilten nicht nur eine langjährige Freundschaft, ihre Biographien überschneiden sich zudem (oder vielleicht auch deswegen) an zahlreichen Stellen:

Ernst Fraenkel (1898–1975) gehörte wie Otto Kahn-Freund (1900–1979) der ersten Juristengeneration der Weimarer Republik an. Vor ihrem Studium der Rechtswissenschaften hatten beide im kaiserlichen Heer gedient, Fraenkel als Freiwilliger seit 1916, der jüngere Kahn-Freund erst ab Mitte 1918, so dass letzterer am Weltkrieg nicht mehr aktiv teilnahm. Kennengelernt hatten sie sich im Sommersemester 1919 in Heidelberg, wobei Fraenkel den Kontakt des aus bürgerlichem Hause stammenden Kahn-Freund zur Arbeiterbewegung und insbes. zu Hugo Sinzheimer herstellte.<sup>22</sup> In dessen Kreis progressiv denkender, linker Rechtswissenschaftler bewegten sich Kahn-Freund und Fraenkel während der Zeit der Weimarer Republik. Kahn-Freund wurde Richter am Berliner Arbeitsgericht, Fraenkel praktizierte (ebenfalls in Berlin) als Rechtsanwalt und vertrat insbes. Gewerkschaften und den SPD-Parteivorstand. Nach der Machtergreifung der Nationalsozialisten mussten beide Deutschland wegen der zunehmenden Verfolgung verlassen, Kahn-Freund, wie erwähnt, bereits 1933 in Richtung England. Fraenkel konnte – obwohl jüdischer Herkunft – seine Tätigkeit als Rechtsanwalt in Berlin noch bis 1938 fortsetzen, (wohl) wegen seines Fronteinsatzes

<sup>13</sup> VO des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat, RGBI I 1933, S. 83.

<sup>14</sup> Fraenkel, Ernst: »Der Doppelstaat«, CEP Europäische Verlagsanstalt, Hamburg 3. Aufl. 2012, S. 55.

<sup>15</sup> Kahn-Freund, Elisabeth (Fn. 3), S. 142.

<sup>16</sup> Eine rechtsdogmatische Aufbereitung des damaligen Kündigungsschutzverfahrens mit Zitat der einschlägigen Normen ist nachzulesen bei: Mückenberger (Fn. 1), S. 264 ff.

<sup>17</sup> Kahn-Freund, O., KJ 1978, 183 ff. (188).

<sup>18</sup> ArbG Berlin, Urteil v. 14.3.33, 3a AC 137/33, Fn. 6, S. 256.

<sup>19</sup> Kahn-Freund, Elisabeth (Fn. 3), S. 142.

<sup>20</sup> Fraenkel, Ernst: »The Dual State – A Contribution to the Theory of Dictatorship«, Oxford University Press, New York 1941.

<sup>21</sup> In dt. Sprache: Fraenkel (Fn. 14).

<sup>22</sup> Ramm, Thilo (Fn. 4), S. XXII.

im ersten Weltkrieg. Über Zwischenstationen gelangte *Fraenkel* in die USA, nach Kriegsende kehrte er nach Deutschland zurück. Dort setzte er seine Anwaltstätigkeit auf dem Gebiet des Arbeitsrechts nicht fort, sondern widmete sich als Professor am Otto-Suhr-Institut der FU Berlin politikwissenschaftlichen Fragen. *Kahn-Freund* ging den Schritt zurück in das Land seiner Geburt nicht, wurde Professor in Oxford und Begründer des englischen kollektiven Arbeitsrechts, in dem auch seine Erfahrungen aus dem deutschen Desaster Ausdruck finden sollten. Beide standen sich während der Emigration und auch nach dem Kriege sehr nahe. *Otto Kahn-Freund* hielt am 8. April 1975 auf dem Berliner Waldfriedhof die Grabrede auf *Ernst Fraenkel*.<sup>23</sup>

Bereits vor seiner Emigration 1938 schrieb *Fraenkel* im Verborgenen an seiner Untersuchung des Rechts- und Politiksystems des Dritten Reichs.<sup>24</sup> Sein Werk veröffentlichte er nach seiner Emigration mit Zielrichtung auf das US-amerikanische Publikum und deswegen in englischer Sprache unter dem erwähnten Titel »The Dual State«. Eine – nicht von *Fraenkel* selbst erarbeitete – deutsche Übersetzung erschien erst 1974.<sup>25</sup> Durch seine bis 1938 fortdauernde Tätigkeit als Rechtsanwalt hatte *Fraenkel* anders als ausländische oder emigrierte Beobachter Einblick in die Rechtswirklichkeit und -quellen des Dritten Reichs. *Kahn-Freunds* oben illustriertes »Radio-Urteil« widersprach diametral dem, was *Fraenkel* in der rechtlichen und politischen Realität Deutschlands nach dem 30. Januar 1933 beobachten musste und in seinem Werk untersucht.

*Fraenkel* leitet aus seinen Wahrnehmungen ab, dass im Dritten Reich der »Staat« nicht als homogene Einheit beschrieben werden kann, sondern vielmehr zwei Staatsgebilde koexistieren, weswegen er den Begriff »Doppelstaat« prägte. Dieses janusköpfige Staatsgebilde besteht in der *Fraenkel*schen Dialektik aus einem Normenstaat und einem Maßnahmenstaat.<sup>26</sup> Der Normenstaat handelt in Form von Gerichten und Verwaltungsbehörden, die entsprechend ihrer gesetzlichen Zuständigkeiten Gesetze ausführen bzw. Recht sprechen. Im heutigen Vokabular könnte man dies als »business-as-usual-state« beschreiben. Der Normenstaat erlässt Baugenehmigungen, Schankerlaubnisse und Führerscheine, er verurteilt Diebe und befindet über Zahlungsansprüche. Für das Regime wirkt er insofern stabilisierend, als von seiner Existenz für die Allgemeinheit die Gewissheit ausgeht, dass man von den neuen Machthabern nichts zu befürchten hat, solange man den Gleichschritt der Volksgemeinschaft nicht verlässt. *Fraenkel* geht sogar weiter: Bedingung dafür, dass die herrschende Klasse (damit meint er nicht die NS-Staatsführung, sondern die wirtschaftlich-politischen Eliten der Weimarer Republik) überhaupt bereit war, sich einer monistischen Staatsgewalt zu unterwerfen, sei der Fortbestand eines Regelungssystems für die wesentlichen ökonomischen Vorgänge.<sup>27</sup> Mit anderen Worten: Der Fortbestand eines Normenstaates in der Diktatur ist nach *Fraenkel* conditio sine qua non für die Etablierung des nationalsozialistischen Herrschaftssystems.

Gleichzeitig existiert ein Maßnahmenstaat, in welchem die politische Führung Entscheidungen einzig und allein orientiert an politischer Opportunität trifft und umsetzt. Für den Maßnahmenstaat spielen sachliche oder örtliche Zuständigkeiten keine Rolle.<sup>28</sup> Der Maßnahmenstaat kennt zudem einen Akteur, der völlig außerhalb des Institutionengefuges des Normenstaates steht: die NSDAP. Normen-

staat und Maßnahmenstaat überlagern sich, weil die Entscheidungen der politischen Führung idR. nur mithilfe der Behörden und Gerichte umgesetzt werden können, derer sich auch der Normenstaat bedient. Natürlich können Entscheidungen des Maßnahmenstaats im Widerspruch zu den Regeln des Normenstaates stehen. Dieser latent bestehende Konflikt löst sich im Doppelstaat zugunsten des Maßnahmenstaats auf, der sich über die Regeln und Handlungen des Normenstaates hinwegsetzen kann.<sup>29</sup> Die Institutionen des Normenstaats ihrerseits unterwerfen sich dem Maßnahmenstaat. Entscheidungen des Maßnahmenstaates erkennen sie als bindend und als Grenzlinie ihrer eigenen Befugnisse an, indem sie diese als »Führerbefehl« oder »Staatsnotwendigkeit« bezeichnen bzw. sich grundsätzlich außer Stande sehen, Maßnahmen der Reichsregierung oder des Sicherheitsapparats auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen.<sup>30</sup> Das Preußische OVG, welches dereinst die Staatsmacht durch sein berühmtes »Kreuzberg-Urteil« in ihre Schranken wies,<sup>31</sup> stellte in einem Urteil v. 10.11.1938 fest, weder die Maßnahmen der Gestapo noch Maßnahmen der Schutzpolizei im Auftrage oder auch nur im Zuständigkeitsbereich der Gestapo gerichtlicher Kontrolle unterziehen zu können.<sup>32</sup>

Die Umwandlung der Weimarer Republik in einen *Fraenkel*schen Doppelstaat lässt sich anhand des »Radio-Urteils« illustrieren. Allein dass die RRG frei bekundet, sie entlasse die Radiotechniker auf Verlassung der Reichsregierung, zeigt die bereits Anfang 1933 bestehende Allmacht des Maßnahmenstaates. Diese Aussage bestätigt, dass das Kompetenzgefüge des Normenstaats für den Maßnahmenstaat unerheblich ist und dass der Maßnahmenstaat auf die Begrenzungen des Normenstaates (Arbeitsrecht, Zuständigkeitsgrenzen der Reichsregierung) keine Rücksicht nehmen muss. Im krassen Gegensatz dazu steht das Urteil im Radio-Fall, welches auf Recht und Gesetz fußt: Weil es den Willen der politischen Leitung nicht als allein maßgebend anerkennt, bricht es mit den Gesetzmäßigkeiten des Doppelstaats. Doch der Maßnahmenstaat gibt sich nicht geschlagen: Indem er die Techniker inhaftiert und ihnen einen Verzicht abnötigt, stellt er seine im Doppelstaat bestehende Überlegenheit gegenüber dem Normenstaat von neuem und auf zweierlei Weise unter Beweis. Er demonstriert zunächst,

<sup>23</sup> Abgedruckt in: *Fraenkel, Ernst*: »Gesammelte Schriften« Bd. 6, S. 569 ff., Nomos-Verlag, Baden-Baden 2001.

<sup>24</sup> *Fraenkel* (Fn. 20), Preface S. V.

<sup>25</sup> *Fraenkel*, »Der Doppelstaat« (Fn. 14).

<sup>26</sup> Unter einem Pseudonym veröffentlichte *Fraenkel* bereits 1937 einen Aufsatz mit dem Titel »Das Dritte Reich als Doppelstaat«. Dort verwendet er für den Normenstaat den Begriff »technischer Staat« und für den Maßnahmenstaat die Begriffe »politischer Staat« und »Führerstaat«. Diese Begrifflichkeit erleichtert nach Auffassung des Verfassers den Zugang zur Figur des »Doppelstaats«. Es ist gut möglich, dass *Fraenkel* sie aufgab, weil sich diese Begriffe schwerer ins Englische übersetzen lassen, der Sprache, in der »Der Doppelstaat« zuerst erschien. Der eben genannte Aufsatz ist abgedruckt in: *Fraenkel, Ernst* (Fn. 23), Bd. 2, S. 504 ff.

<sup>27</sup> *Fraenkel, Ernst* (Fn. 14), S. 206.

<sup>28</sup> *Fraenkel, Ernst* (Fn. 14), S. 58 f.

<sup>29</sup> *Fraenkel, Ernst* (Fn. 14), S. 58, 122.

<sup>30</sup> *Fraenkel, Ernst* (Fn. 14), S. 67-88.

<sup>31</sup> Preußisches OVG v. 14.6.1882, erneut abgedruckt in DVBl 1985, 219 ff.

<sup>32</sup> Preußisches OVG v. 10.11.1938, JW 1939, S. 382, zit. nach *Fraenkel* (Fn. 14), S. 82 f.

dass er die nach den Gesetzmäßigkeiten des Normenstaats gewonnenen Entscheidungen revidieren kann. Er zeigt aber auch, dass er sich dabei nicht einmal des Verfahrens des Normenstaats (hier: der von der RRG tatsächlich eingereichten Berufung) bedienen muss, sondern den Willen der politischen Leitung außerhalb der Begrenzungen des Normenstaates mit Gewalt (Abnötigen eines Verzichts) umsetzen kann.

Das »Radio-Urteil« von *Otto Kahn-Freund* war vielleicht eine der letzten rechtsstaatlichen Gerichtsentscheidungen in Deutschland vor 1945. Seine Vorgeschichte und sein Nachspiel zeugen davon, dass die Ordnung, auf der dieses Urteil fußte, bei seiner Verkündung schon gar nicht mehr bestand. Sie hatte sich in den von *Ernst Fraenkel* beschriebenen Doppelstaat gewandelt. Auch wenn die Entscheidung den Kl. nicht mehr zu ihrem Recht verhelfen konnte, beweist sie neben seiner Qualität als Arbeitsrechtler vor allem den Mut des *Otto Kahn-Freund*. Nicht geringer einzuschätzen ist die Courage *Ernst Fraenkels*, der in den Jahren 1933 bis 1938 die einzige im nationalsozialistischen Deutschland entstandene kritische Analyse des Regimes verfasste. Zu Recht werden beide deswegen (u.a.) als streitbare Juristen gewürdigt.<sup>33</sup>

## Das Urteil des Arbeitsgerichts Berlin (Auszug)

Die Bekl. (Reichs-Rundfunk-Gesellschaft mbH) wird verurteilt,

1.) den Kl. Lubszynski über den 31.5.33 hinaus weiterzubeschäftigen oder ihm eine Entschädigung von 4815 RM zu zahlen, 2.) den Kl. Dr. Weigt über den 30.6.33 hinaus weiterzubeschäftigen oder ihm eine Entschädigung von 4245 RM zu zahlen, 3.) den Kl. Uecker über den 31.3.33 hinaus weiterzubeschäftigen oder an ihn eine Entschädigung von 470 RM zu zahlen.

(ArbG Berlin v. 14.3.1933, 3a AC 137/33)

### Aus dem Tatbestand:

Die 3 Kl. stehen als techn. Angestellte in den Diensten der Bekl. ... Am 9.2.33 kündigte die Bekl. den Kl. .... »Auf Veranlassung der Reichsregierung kündigen wir den Vertrag ..., weil Ihre Person uns nicht mehr diejenige Gewähr für die Sicherheit des Rundfunkbetriebes bietet, die für eine Beschäftigung in diesem lebenswichtigen Betriebe unbedingt erforderlich ist ....« Gegen diese Kündigung legten die Kl. beim Vorsitzenden des Betriebs- und Angestelltenrats Einspruch ein ...

### Aus den Gründen:

**II.** Voraussetzung für die Zulässigkeit des Einspruchs ist das Vorliegen einer rechtswirksamen Kündigung. Eine Kündigung ist rechtsunwirksam, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB; RAG 24.4.29). Insbes. war zu erwägen, ob die Kündigungen nicht deshalb nichtig seien, weil sie gegen Art. 118 der Reichsverfassung verstößen. Nach Art. 118 Abs. 1 RV hat jeder Deutsche »das Recht, innerhalb der Schranken der allg. Gesetze seine Meinung durch Wort, Schrift, Druck,

Bild oder in sonstiger Weise frei zu äußern. An diesem Rechte darf ihn kein Arbeits- oder Anstellungsverhältnis hindern und niemand darf ihn benachteiligen, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht.« ... Die Anwendung des Art. 118 RV war zu prüfen, obgleich durch § 1 der VO des Reichspräsidenten zum Schutz von Staat und Volk v. 28.2.33 Art. 118 gegenwärtig außer Kraft gesetzt ist; denn in dem hier maßgebenden Zeitpunkt der Kündigung am 9.2.33 war Art. 118 RV noch in Kraft...

**III.** Der Einspruch gegen die Kündigungen ist begründet, und zwar zunächst nach § 84 Abs. 1 Ziff. 1 BRG. Es besteht der begründete Verdacht, daß die Kündigung wegen politischer Betätigung oder wegen Zugehörigkeit zu einem politischen Verein erfolgt sei. Die Bekl. ... hat ausdrücklich erklärt, irgendein konkreter Anhaltspunkt für Störungsabsichten eines der 3 Kl. bestehe nicht. ... Daß aus einer irgendwie gearteten politischen Gesinnung der Schluß auf verbrecherische Absichten ohne weiteres gezogen werden könne, kann nicht zugegeben werden. Der Gedanke, daß jemand infolge einer bestimmten Einstellung zu politischen Fragen allein eines Sabotageaktes fähig sei, liegt so fern, daß der Verdacht begründet ist, auch die Bekl. habe einen solchen Schluß nicht ziehen können.

... Das Gericht hat die Frage, ob die Bekl. ein politischer Tendenzbetrieb sei, verneint. Es ist richtig, daß in den letzten Monaten und namentlich in den letzten Wochen die Reichsregierung sich des Rundfunks in gesteigertem Maße zum Zwecke der Verbreitung von Mitteilungen und Ansprachen politischen Inhalts bedient hat. Das Gericht ist aber davon ausgegangen, daß die Regierung hierbei keine parteipolitische Tendenz verfolgt hat und daß die Benutzung der Rundfunkeinrichtungen durch die Regierung keinen anderen Sinn haben könnte als den, allen Deutschen ohne Unterschied der Parteirichtung die Teilnahme an dem öffentlichen Leben der Nation zu erleichtern. Daß der Rundfunk durch die Reichsregierung den Charakter eines politischen Tendenzbetriebes erhalten habe, könnte man nur annehmen, wenn man der Regierung die Absicht unterstellt, dem Rundfunk einen parteipolitischen Charakter zu geben, was mit Rücksicht auf Art. 109 Abs. 1, aber auch auf Art. 130 Abs. 1 RV nicht in Frage kommen könnte. ...

**VI.** Das Gericht sah sich veranlaßt, den Kl. die nach § 87 Abs. 1 Satz 2 BRG zulässige Höchstentschädigung zuzusprechen, da nur so ein Äquivalent für die unbewiesene Verdächtigung der Rundfunkstörungsabsicht geschaffen werden konnte und die besondere Unbilligkeit der Kündigungen einen Ausgleich forderte.

<sup>33</sup> Däubler, Wolfgang, »Otto Kahn-Freund – Ideologiekritik und Rechtsfortschritt im Arbeitsrecht«; v. Brünneck, Alexander, »Ernst Fraenkel – Soziale Gerechtigkeit und pluralistische Demokratie«, beide in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), »Streitbare Juristen«, Nomos-Verlag, Baden-Baden 1988.